



**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Ciencias del Derecho**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

# **ESTADO DE DERECHO, AUTONOMÍA Y DERECHOS SOCIALES**

**Profesor Guía**  
**Señor Álvaro Fuentealba Hernández**  
**Alumna**  
**Señorita Malva Olavarría Avendaño**  
**Santiago, 2009**

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>2</b>
<b>CAPÍTULO I CONCEPTOS Y MODELOS DEL ESTADO DE DERECHO .....</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO II CHILE: ESTADO DE DERECHO, OPINIÓN PÚBLICA Y SOCIEDAD CIVIL .....</b>	<b>24</b>
<b>CAPÍTULO III ELEMENTOS, RELACIONES Y PRESUPUESTOS DEL ESTADO DE DERECHO.....</b>	<b>32</b>
<b>1. DERECHOS FUNDAMENTALES .....</b>	<b>32</b>
<b>2. DEMOCRACIA .....</b>	<b>50</b>
<b>3. POLÍTICA .....</b>	<b>61</b>
<b>4. PODER JUDICIAL.....</b>	<b>67</b>
<b>5. LA AUTONOMÍA.....</b>	<b>70</b>
<b>6. DE NUEVO EL PODER JUDICIAL.....</b>	<b>101</b>
<b>CAPÍTULO IV ¿REPRODUCCIÓN DEL MUNDO DE LA VIDA PREMODERNO?.....</b>	<b>121</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>138</b>

## INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas se expondrán desde un punto de vista general diferentes concepciones de Estado de Derecho, y, de entre ellas, se especificarán los elementos que representan adecuadamente la elección que adopta nuestro sistema jurídico.

Con posterioridad se determinará en qué medida este concepto normativo obliga a la realización de los principios que lo integran, cómo se vincula con la idea de derechos fundamentales y cuál es su posición en el sistema jurídico.

Lo anterior obligará a revisar tangencialmente la relación entre la política y el derecho, por una parte, y la legislación y la adjudicación, por la otra. Esto nos llevará al tema central de la tesis, en el que se vincularán las diferentes respuestas que tenemos para la pregunta ¿por qué nos agrupamos para convivir?

Este hecho de la convivencia de las personas, requerirá analizar ciertos presupuestos conceptuales y normativos.

La respuesta a esta pregunta sólo será desarrollada a grandes rasgos, pero quedará en evidencia que sólo un compromiso del Estado con las razones fundamentales que explican esta convivencia, hace honor al concepto de Estado de Derecho que se proponga.

La razón central se refiere a la protección y fomento de la autonomía de los individuos. Es por que valoramos la imaginación y el desarrollo de los más variados planes de vida, lo que justifica a las sociedades actuales.

La autonomía como valor central de la comunidad política involucra del Estado no sólo un deber de abstención en aquellos ámbitos decisivos en lo que la persona

puede legítimamente desarrollar sus propias concepciones sobre lo bueno y lo justo, y, en consecuencia, un plan de vida.

La autonomía también requiere de una actividad “positiva” sobre todo en aquellas circunstancias de la vida que significan una erosión de la autonomía de la persona.

En las etapas tempranas del desarrollo de la persona, la vulnerabilidad es evidente. A medida que el ser humano logra estadios superiores de desarrollo, su capacidad de autodeterminarse individualmente aumenta, pero también es evidente que las personas durante sus vidas están expuestas a contingencias que en la mayoría de los casos no pueden sortear por sí solas: sufren accidentes, enfermedades, o simplemente van envejeciendo y perdiendo su capacidad de trabajo. En estas etapas de vulnerabilidad, es especialmente importante la actividad del Estado, visto como comunidad jurídicamente organizada.

La acción del Estado, en estos casos, se justifica jurídicamente para reafirmar y posibilitar la autonomía del ser humano, en los casos en que naturalmente se pierde por diversas contingencias.

Este compromiso del Estado con la autonomía exige una teoría del control judicial de la legislación.

## CAPÍTULO I CONCEPTOS Y MODELOS DEL ESTADO DE DERECHO

La noción de Estado de Derecho puede ser entendida de diversas formas y adoptar variados modelos, mas todos ellos refieren la relación entre las personas y el Estado y como se legitima el ejercicio del poder de este último para vincular a los primeros.

Su origen se encuentra en las primeras décadas del siglo XIX en Alemania. Los autores se referían así al *Rechstaat*.

Los puntos cardinales a través de los cuales se estructura la noción de Estado de derecho, según Costa<sup>1</sup>, parecen ser: el poder político, la ley y los individuos. Es decir, no es posible hablar acerca del Estado de derecho sin remitirse a estos tres aspectos, aún cuando estos términos por sí, se refieran a una determinada relación entre la ley y el Estado que es beneficiosa para los individuos.

De este modo, conceptualmente el Estado de derecho se refiere a como los individuos intervienen en el poder estatal para salvaguardar ciertas posiciones, esta forma de intervención tiene lugar mediante la ley.

Esto se vincula con los derechos fundamentales que se aseguran a los ciudadanos, pero el vínculo no es el de una condición necesaria. El Estado de derecho puede garantizar ciertas condiciones beneficiosas para los individuos, pero puede hacerlo a través de otras formas jurídicas diferentes a los derechos.

De acuerdo a Costa es posible trazar la historia del Estado de derecho como una lucha constante entre la ley y el derecho<sup>2</sup>. Esta historia es divisible en tres estados: la historia, la prehistoria y la historia moderna. Nosotros sólo partiremos

---

<sup>1</sup> COSTA PIETRO, *The rule of law: a historical introduction*, p. 73.

<sup>2</sup> COSTA PIETRO, *ob. cit.*, *loc. cit.*

de los diversos conceptos utilizados en general por la doctrina comparada en los últimos doscientos años, es decir, nos centraremos en la historia moderna.

Desde la Teoría Constitucional, Maurice Hauriou<sup>3</sup> entiende por Estado de Derecho, la sumisión del Estado al derecho y agrega que la dificultad que envuelve este concepto es que el derecho debe imponerse a un poder que lo crea y lo sanciona.

Para él existen dos formas de Estado de Derecho, el judicial y el legal, atendiendo a si la limitación del poder es establecido por la ley o por la sumisión al juez.

Esta aproximación al concepto de Estado de Derecho, la obtiene a partir de una observación histórica, que le permite distinguir entre el régimen consuetudinario y judicial, plasmado en la tradición del derecho insular anglosajón y el régimen legal y administrativo de la tradición jurídica romano canónica, de la Europa continental.

Para la primera tradición no existe una completa realización del Estado de Derecho y su falibilidad estriba en que los poderes políticos están sometidos al juez; en cuanto este participa en la creación del derecho consuetudinario o *common law* y porque limita la creación de la ley escrita, por ser él quien ejerce el control de constitucionalidad respecto de las leyes.

En la segunda tradición, la consecución del Estado de Derecho es el resultado de un equilibrio que se obtiene por la creación de un nuevo poder, el ejecutivo o administrativo. Su misión en el marco de la ley, consiste en colaborar en su formación y en crear las condiciones necesarias para su implementación.

De lo anterior, Hauriou deduce la separación del poder ejecutivo del judicial, dada la sustracción de funciones que realiza el primero. La mencionada escisión

---

<sup>3</sup> MAURICE HAURIOU, en *Principios de Derecho Público y Constitucional*, editorial Comares, Granada, 2003, páginas 312 y ss.

desemboca en el imperio de la ley escrita, pues se separan también los poderes judicial y legislativo, quedando el juez inhibido de hacer o derogar la ley.

Para Hauriou, el hecho de que la ley requiera de distintos poderes para crearla y aplicarla, le confiere una aptitud de balanza que los equilibra. Si bien la ley es obra del poder legislativo, el poder ejecutivo colabora en su formación permitiendo su ejecución al proveer elementos concretos para su implementación. Por último, quien la aplica, es el poder judicial.

De la supremacía de la ley, deriva un principio del Estado de Derecho, cual es que "...en el gobierno y en la administración del Estado, toda decisión particular ha de ir precedida de la emisión de una regla general que reglamenta la materia y a la cual quede sometida aquélla...Como la ley es una regla general, superior a todas las demás reglas generales, los reglamentos administrativos están subordinados a la ley; Hay la posibilidad de crear leyes de muchas categorías, por ejemplo leyes constitucionales superiores a las leyes ordinarias, una superlegalidad superior a la legalidad. Existirán entonces reglas generales constitucionales, superpuestas a las reglas generales de la ley ordinaria, lo cual será muy útil para contener al poder legislativo"<sup>4</sup>.

Hauriou identifica como condición esencial del Estado de Derecho la sumisión de todos los poderes al imperio de la ley. Dado que no especifica mayores condiciones que éstas, es posible considerar que su concepción es formal.

El tránsito hacia una concepción material de Estado de Derecho puede verse en Pérez Luño.

---

<sup>4</sup> MAURICE HAURIOU, ob. cit., página 315 y 316.

El autor español explica<sup>5</sup> el concepto de Estado de Derecho como una fórmula de compromiso entre diversas garantías establecidas y amparadas en una Constitución que consagra la división de poderes y el principio de legalidad.

La organización estatal debe poseer un ordenamiento jurídico que vincule, mediante leyes dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, a la jurisdicción y a la administración. Agrega que los miembros de los tribunales deben gozar de independencia, y que la administración debe ser responsable de sus actos.

En esta concepción se manifiestan tres elementos fundamentales: El principio de legalidad, los derechos públicos subjetivos y la organización del Estado.

El principio de legalidad: El poder público está sometido a la ley y tiene la autoridad que ella le concede, los actos de los representantes del poder público están sujetos a ella y carecen por lo tanto de poder personal. La supremacía de la ley entonces, sustituye a la antigua supremacía del príncipe, excluyendo el ejercicio arbitrario del poder.

Junto con ello, dada la generalidad del mandato legal que obliga a todos sin distinción, se concibe al principio de legalidad como fuente de igualdad respecto de los ciudadanos.

Los derechos públicos subjetivos: Los define como un fuero de la persona que la ley debe reconocer y garantizar. Constituyen un área impenetrable para el Estado, entes institucionales que garantizan la libertad y autonomía de los individuos.

Respecto al reconocimiento de los derechos fundamentales desde un punto de vista filosófico-político, indica de modo general que para el conjunto de concepciones jurídicas comúnmente denominadas *positivismo*, estos emanan del

---

<sup>5</sup> PEREZ LUÑO ANTONIO ENRIQUE, en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, editorial Tecnos, Madrid, 2003, páginas 30 y ss.



derecho creado por el Estado y, por lo tanto, son una concesión de éste. Esta fundamentación es opuesta a la concepción iusnaturalista, para la cual el principio de legalidad sólo es un soporte en el que reposa el fundamento ideológico del Estado de Derecho, sin embargo ciertos derechos morales no forman parte del pacto social, por ende, preceden al Estado como forma política.

La organización del Estado: Está compuesta por la tríada legislativa, judicial y ejecutiva, bajo el principio de la separación de poderes. El primero es el órgano representativo de la comunidad, y, en consecuencia puede dictar leyes abstractas y universales, el segundo resuelve los conflictos que se originan como consecuencia del ejercicio de la libertad garantizada por las leyes y el último genera las condiciones de aplicación de los mandatos legales y de lo impuesto por las sentencias de los tribunales.

El único fin de este tipo de Estado de Derecho es la defensa de la legalidad, entendida como el conjunto de normas elaboradas por los órganos del Estado, que de acuerdo con el principio de validez establecido en la Constitución, operan válidamente en el marco de su competencia. Las leyes promulgadas, sujetándose a las vías procesales requeridas por este principio de validez, serán justas y por consiguiente, obligatorias.

Esta noción adhiere a una concepción formal-liberal que se limita a imponer al Estado un rol negativo, es decir, un deber de abstención, lo que resulta insuficiente para amparar los derechos que nominalmente se consagran. Este deber negativo no es nominal en lo que se refiere a los derechos subjetivos, como el derecho a la libertad ambulatoria, ya que se realizan justamente con la abstención de afectación por parte del Estado, o dicho de otro modo, se realizan a condición de que el Estado se abstenga de afectarlos. Sin embargo, los derechos sociales sí son derechos “nominales”, para el liberalismo decimonónico, pues son figuras meramente programáticas, pues no desencadenan directamente la acción

del Estado. La omisión sólo genera la responsabilidad política del administrador y del legislador.

La debilidad de este modelo estriba en que las libertades y los derechos que proclaman sólo favorecen a aquellos que *naturalmente* pueden realizar sus derechos, y, que por ende, quedan reservados sólo a quienes se encuentran en condiciones materiales que les permiten ejercerlos, lo que implica que no respeta sus propios presupuestos, pues excluye a todos quienes no pueden “ayudarse a sí mismos”. Esta concepción del Estado de Derecho es simétrica a la concepción económica sobre el rol del Estado, propia del liberalismo económico del siglo XIX, que se separa hacia principios del siglo XX de las concepciones del liberalismo político, hasta transformarse en una ideología autónoma.

Como el principio de igualdad constituía uno de los rasgos fundamentales del principio de legalidad, y éste a su vez es la base del Estado de Derecho, la concepción decimonónica se hizo insostenible. La poca consideración por la capacidad real que tenían las personas para poder ejercer sus derechos equivalía a no considerar relevante el principio de igualdad.

En consecuencia, sólo podía ser considerado legítimo un Estado de Derecho fundado efectivamente en el principio de igualdad, que requiere como condición mínima que provea de los elementos necesarios y suficientes para que la persona pueda ser considerada como ser autónomo. Ello, en la concepción dominante del liberalismo político de finales del siglo XIX, antecesora inmediata de las concepciones socialdemócratas de principios del siglo XX, significó el establecimiento del deber de proveer de una manera igualitaria las condiciones sociales para que el desarrollo del individuo alcance la plena autonomía.

Desde un punto de vista histórico, este “compromiso” del Estado con la autonomía del individuo se manifestó fuertemente a mediados del siglo pasado en lo que se

conoció como *Welfare State*. El *Welfare State* significó una intervención estatal en dos áreas fundamentales, la normativa y la económica.

Crece la participación del Estado y por ende el poder regulatorio de la Administración, posicionándose casi paralelamente al poder legislativo como fuente de derecho. Esto tiene profundos efectos en los particulares y en el desarrollo del Derecho Administrativo, aspectos que en todo caso no serán abordados.

Además de incidir en la estructura legal y ejecutiva, el Estado Social de Derecho implicó un cambio en la forma de comprender los derechos fundamentales. Los derechos subjetivos del Estado liberal, los llamados derechos de defensa, dejan de ser el único objeto de protección estatal. El Estado Social de Derecho también abordará la realización de los derechos de prestación, es decir, los derechos de igualdad.

Desde el punto de vista de la comprensión de los derechos fundamentales, los derechos sociales ya no se conciben primariamente como derechos de carácter programático. Ello trae como resultado la eficacia directa de la normativa constitucional que hasta ese momento sólo se consideraba políticamente exigible.

Se pasa entonces desde un plano formal o programático a uno material o sustantivo; de un Estado abstencionista, a uno cuyas acciones están dirigidas a la satisfacción de un fin común tales como políticas orientadas al pleno empleo, la estabilidad de la moneda, el equilibrio de la economía interna, la ejecución de políticas públicas tendientes al bienestar general, entre otros.

Lo planteado, empero, no implica el cese del control ejercido respecto del Estado; al contrario, junto con el mayor protagonismo adquirido, deben aumentar también los medios de control que le serán aplicables.

No obstante, es evidente que el sólo respeto al principio de legalidad, al de estructuración orgánica del poder estatal y el establecimiento de una declaración de derechos, incluso exigibles, no son óbice para la vigencia de un Estado autoritario o totalitario.

Es decir, la mayor o menor actividad del Estado sobre la realización efectiva de los derechos fundamentales, no dice nada sobre la legitimidad de estas medidas. El Estado puede ser totalmente welfariano pero autoritario. Por ello, la construcción de un Estado de Derecho “real” exige el progresivo desarrollo de la democratización de las estructuras de poder y de acceso y goce de los derechos que pregonan para todos.

Si bien se requiere que la actividad del Estado se encamine a lograr la autonomía de las personas, también se requiere que se garanticen las condiciones de un ejercicio democrático del poder, ambas condiciones son necesarias para la legítima existencia del *Rechtsstaat*. En palabras de Rodolfo Vázquez “La mera existencia empírica de un ordenamiento jurídico no garantiza ipso facto un Estado de Derecho. Se requiere de algo más. Precisamente, la defensa de los principios de imperatividad de la ley, de publicidad, de independencia judicial y de autonomía personal me permitirá justificar una concepción liberal igualitaria del Estado de Derecho, que al decir con toda razón de Elías Díaz, ‘se halla muy distante de los dogmas neoliberales que derivan, entre otras cosas, de la beatífica total preeminencia del mercado y de la acumulación privada del capital, así como de la exclusiva práctica de la individualista y agresiva competitividad’...”<sup>6</sup>.

Vázquez enumera cuatro principios, cuya satisfacción sirve de fundamento al Estado de Derecho: primacía de la ley; responsabilidad de los funcionarios; control judicial de constitucionalidad y respeto y promoción de los derechos fundamentales.

---

<sup>6</sup> RODOLFO VÁZQUEZ en *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, editorial Paidós, México, 2001, página 29.

A esta altura se hace necesario detenernos en el concepto de igualdad que supone la noción de Estado liberal igualitario de derecho<sup>7</sup>.

Uno de los principales riesgos que representan los gobiernos respecto de los ciudadanos, en la concepción liberal, es el abuso de poder que deviene del abandono al respeto de los derechos fundamentales. La historia ha demostrado convincentemente la inmensa cantidad de grupos humanos que se han visto afectados en este sentido.

Esta falta de respeto a los derechos fundamentales de la persona, al menos en los casos históricamente cercanos, se ha fundado en la exclusión del reconocimiento de la calidad de persona. Es el caso del estatus jurídico que se dio a los indígenas en el siglo XVI al ser colonizados por la Corona Española.

Actualmente una de las formas más importantes de exclusión se manifiesta en el estatus jurídico de los “inmigrantes ilegales”, y la concesión de la ciudadanía a los extranjeros.

En el último ejemplo expuesto algunos, como Garzón Valdés<sup>8</sup>, ven manifiesta la falibilidad de los principios que se suponen gravitantes en la construcción del Estado de Derecho democrático. Ello evidencia la necesidad de dar un contenido sustancial a los principios que se invocan.

Lo anterior no significa necesariamente identificar la vigencia de los derechos fundamentales con su eficacia. Que los derechos dejen de concebirse como figuras programáticas sólo significa preguntarse por la posibilidad de su justiciabilidad.

---

<sup>7</sup> Este concepto hace referencia a la clasificación que el autor hace de los Estados liberales en ob.cit.

<sup>8</sup> GARZÓN VALDÉS ERNESTO, *Algo más acerca del coto vedado*, pp. 209-213.

El excesivo formalismo del positivismo ideológico ha sido comúnmente foco de las críticas del iusnaturalismo, en orden a que al poner el énfasis en la forma, cualquier mandato que provenga de la autoridad, revestido de las formas preestablecidas y bajo los procedimientos predefinidos es ley, y por tanto debe acatarse, con total independencia o indiferencia incluso, de su contenido moral o sus contenidos de justicia. Los extremos de esta postura han criticado el formalismo al punto de señalar que realidades como el nacionalsocialismo fueron posibles, justamente por la existencia de este soporte jurídico filosófico.

Otros autores, sin embargo, como Kaarlo Tuori, no atribuyen al positivismo de la Alemania Nazi toda la responsabilidad por haber permitido los excesos del derecho nacionalsocialista. Esto no habría sido un resultado debido a la formalidad de la noción de Estado de Derecho, ni por el contenido puramente normativo de los derechos, ya que el derecho del Tercer Reich, expresaba la voluntad del Führer, sin sujeción alguna a un procedimiento de creación de leyes, exigencia básica en el modelo procedimental.

No hay incompatibilidad entre las dos tesis examinadas. Tuori revela las implicaciones democráticas del concepto formal de *Rechtsstaat*, apoyado en el respeto del principio de legitimidad procedimental; Garzón, las exigencias a que se refiere el principio de igualdad.

Estas tesis no son excluyentes. Es más, debe considerarse que ambas son esenciales en la construcción del concepto de Estado de Derecho. Tuori le da contenido al principio de legalidad vinculándolo al concepto de democracia. Garzón, por otro lado, le da contenido a este a través del principio de igualdad.

Es decir, Tuori se centra en los aspectos jurídico-políticos del ejercicio del poder, lo que lo lleva a considerar que sólo la democracia significa ejercicio legítimo del poder, puede sólo en la democracia puede hablarse de auto-gobierno. Garzón, por otra parte, puede re-interpretarse en el sentido que el auto-gobierno político,

presupone un auto-gobierno privado de los miembros de dicha comunidad, lo que sólo puede lograrse garantizando efectivamente el principio de igualdad.

Tuori explica que “La legitimidad del derecho moderno sólo puede basarse en el procedimiento con el que se llevan a cabo las decisiones sobre los cambios del derecho...Las teorías contractuales propusieron el consentimiento como clave a la solución del problema de legitimidad...El supuesto del consentimiento también confiere legitimidad a las leyes como expresiones del poder soberano del Estado”<sup>9</sup>

El problema actual respecto de los derechos fundamentales, que fundamenta el auto-gobierno político –Tuori- y el auto-gobierno –Garzón-, es que actualmente existe una tendencia a ampliar el reconocimiento de los derechos y aquello que puede ser concebido como derecho exclusivamente en términos simbólicos, lo que puede debilitar la esfera de protección en términos fácticos cuando no es acompañado por la creación de un instrumento jurídico que la haga eficaz. Esto es lo que tradicionalmente ha ocurrido con los derechos sociales.

La aparente inutilidad de los derechos sociales fundada en la carencia de medios procesales de realización, debe en todo caso ser matizada. Incluso su carácter programático ofrece una forma de control sobre los representantes políticos, manifestación de ello es la rendición de cuentas, también llamada *accountability*.

La presencia de los derechos sociales en la arena pública-política exige a los representantes soluciones directas “si no buscan remedios económicos, sociales o de otro tipo para satisfacer las necesidades básicas, entonces no votaremos por ellos en la próxima elección, los sacamos del poder”.

El carácter *programático* que se asigne a los derechos sociales, puede operar presionando a la política, manifestándole a los operadores que no están haciendo

---

<sup>9</sup> KAARLO TUORI, en *Positivismo Crítico y Derecho Moderno*, editorial Fontamara, México, 1998, página 148 y siguiente.

bien su trabajo, que no están obrando en interés de todos, en suma, como un elemento de crítica y exigencia de rendición de cuentas de gestión pública. No obstante, no impide concebir a los derechos sociales como derechos exigibles. Una de las ventajas que se asigna a un sistema de revisión judicial, estriba en que el pronunciamiento de los tribunales puede mejorar la deliberación pública al exigir de la administración la exposición de los argumentos en virtud de los cuales ciertas demandas sociales –por ejemplo, las demandas habitacionales- no han sido contestadas. Por ello, no es indiferente el carácter de la deliberación judicial, ni la clase y categoría de tribunales que exista, ni la tradición jurídica en que se sustenten.

Las vías de la revisión judicial y la *accountability* pueden transitar por caminos separados, sobre todo en una comunidad cuya sociedad civil se encuentra debilitada y el monopolio de los medios de comunicación reduce la eficacia de control que pueda tener la opinión pública.

En un sistema político liberal, con énfasis en la concepción negativa de los derechos, la inexigibilidad del contenido de los derechos sociales presiona al sistema político para que se haga cargo de estas pretensiones, lo que presupone, en todo caso, un sistema político provisto de ciertas condiciones.

**En el contexto chileno parece evidente que *accountability* no hay, pues uno de sus aspectos más básicos es la existencia de un juicio político y de la asunción política de la responsabilidad que se atribuye.**

Esto se puede ver claramente en la situación de los humanos en Chile. Hasta el día de hoy, nadie ha respondido políticamente por los atropellos a los derechos humanos durante la dictadura militar.

Sin *accountability* parece difícil que *lo político* opere en el sentido que imponen las demandas sociales. Si de la negativa a esta demanda no se siguen costos



políticos, no hay razones para pensar que las demandas sociales tienen algún sentido.

En este contexto institucional dichas demandas pueden ser ignoradas, porque no son para esta concepción jurídicamente exigibles; a lo sumo, habrá un costo político producto del sistema democrático, si no se satisfacen. Precisamente por ello es que la preocupación debe centrarse en la implementación de factores auxiliares eficaces, y el poder judicial puede tener un rol en esto<sup>10</sup>.

Otra faz del principio de igualdad es la de asegurar la imparcialidad del legislador, en palabras de Robert E. Goodin “El punto básico es simple: allí donde cada cual tiene que ser tratado de igual manera, resultará imposible desplegar el favoritismo o la parcialidad con respecto a algunos”<sup>11</sup>.

En este sentido, el principio de imparcialidad puede ser concebido como principio de neutralidad en la toma de decisiones públicas “La versión tolerante del principio de neutralidad significa que no sólo la formación informal de la opinión y la voluntad, sino también la regulada por procedimientos, ha de poder extenderse a cuestiones éticas relevantes de la vida buena, de la identidad colectiva y de la interpretación de las necesidades. El legislador político que, por poner un ejemplo, se disponga a regular la materia <violencia en el matrimonio>, habrá de poder incluir en sus debates los correspondientes temas y contribuciones, sin que ello signifique menoscabo de la imparcialidad del procedimiento legislativo. La tematización y tratamiento públicos de tal materia, en su proceso de conversión en tipo legal, no significa todavía una interferencia en los derechos subjetivos. Pues la distinción entre asuntos privados y asuntos públicos hemos de efectuarla a su vez bajo dos aspectos, a saber, el de la accesibilidad y tematización, y el de la regulación de competencias y responsabilidades. El hablar sobre algo no es lo

---

<sup>10</sup> Me refiero a las instituciones de apoyo que acompañan la reacción estatal, frente al quebrantamiento de una prescripción legal, por ejemplo, tratándose de la imposición que realiza en la prohibición de la violencia intrafamiliar, lo son la existencia de terapias psicológicas. Es decir implican un mandato de acción para el Estado.

<sup>11</sup> Ob. cit., *Liberalismo, Estado de derecho y Minorías*, página 17.

mismo que inmiscuirse en los asuntos del prójimo. Ciertamente, el ámbito de la intimidad ha de permanecer protegido contra impertinencias y miradas críticas de extraños; pero no todo lo que queda reservado a las decisiones de las personas privadas, queda también sustraído a la tematización pública y protegido contra la crítica.”<sup>12</sup>.

Si bien esto presupone un concepto amplio de *lo político* no todo queda a disposición de la política “... los asuntos que han menester de una regulación política deben discutirse públicamente; pero no todo lo que justificadamente es objeto de una discusión pública, queda ya también convertido en objeto de regulación política.”<sup>13</sup>, puede adelantarse la siguiente tesis que será desarrollada con posterioridad, aquello que queda por fuera es la autonomía. Ello es presupuesto por Habermas “El sistema de derechos exige la realización simultánea y complementaria de la autonomía privada y de la autonomía pública o ciudadana, que, consideradas normativamente, son co-originales y se presuponen mutuamente por que la una permanecería incompleta sin la otra. Pero el cómo repartir y parcelar en detalle las competencias y responsabilidades privadas y públicas, a fin de realizar adecuadamente los derechos ciudadanos, depende naturalmente de las circunstancias históricas y, como todavía veremos, de los contextos sociales -percibidos-.”<sup>14</sup>.

Esto que queda fuera de la disposición por la política, lo que queda fuera de lo decidible por el legislador, es lo que Garzón denomina *Coto Vedado*. La super legalidad está destinada mayoritariamente a definir los elementos que componen el Coto Vedado, tales como los derechos fundamentales<sup>15</sup>. Esta concepción permite entender la igualdad ante la ley como, la oportunidad de acceder al goce del contenido dado al Coto Vedado. En palabras del autor “Todas las personas

---

<sup>12</sup> HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 391.

<sup>13</sup> HABERMAS, JÜRGEN, *ob. cit., loc. cit.*

<sup>14</sup> HABERMAS, JÜRGEN, *ob. cit.*, p. 392.

<sup>15</sup> El autor citado utiliza de manera indistinta este término con el de derecho subjetivo, lo que a mi juicio es impropio, pues no todos los derechos subjetivos son esenciales.

son iguales ante la ley en el sentido de que todas tienen (o deberían tener) la posibilidad de acceder al goce de los bienes garantizados por los principios y reglas contenidos en el <<coto vedado>>... toda violación de la posibilidad de acceso implica una discriminación y es, por lo tanto, lógicamente imposible dentro del sistema constitucional.”<sup>16</sup>.

A los principios y reglas que el ciudadano elector y los miembros de la asamblea legislativa determinen, está subordinada la realización de la igualdad constitucional de un Estado liberal de derecho social y el funcionamiento de la democracia.

“Fuera de los límites del coto vedado, el axioma de igualdad no rige y son admisibles constitucionalmente cualesquiera diferencia... si quieres establecer diferencias, tendrás que correr con la carga de la prueba recurriendo a argumentos que no estén meramente basados en tus propias creencias o ideologías”.<sup>17</sup>

Que la fuente de este límite sean las constituciones dictadas en países con gobiernos democráticos, permite a este sistema, dar continuidad al Estado liberal de derecho social, sin embargo no satisface la explicación de su origen.

Sólo en las naciones que han tenido un régimen democrático puede identificarse la pretensión de trazar una línea divisoria entre el ejercicio legítimo e ilegítimo del poder.

Parece dudoso que la autoridad basada en la fuerza quiera prescindir de ella o limitar su disposición en aras de respetar espacios que irremediamente cercenaran la disposición de su *potestas*.

---

<sup>16</sup> Ob. cit., *Liberalismo, Estado de derecho y Minorías*, página 20.

<sup>17</sup> Ob. cit. *Liberalismo, Estado de derecho y Minorías*, página 20.

Tanto la concepción de Vázquez como la de Garzón, se enmarcan en lo que Kaarlo Tuori denomina modelo democrático de Estado de Derecho, dentro del sistema de clasificación que construye, el cual está compuesto por cuatro modelos: liberal, constitucional o sustantivo, formal y democrático.

Para Tuori la noción de *Rechtsstaat* es propia de Europa, específicamente de la cultura y política alemana.

El modelo liberal implica la existencia de dos condiciones fundamentales: la demanda de racionalidad de las leyes y la democracia.

En cuanto al primero, si bien se trata de un requisito sustantivo, su obtención se logra a través de un procedimiento formal, como es el de creación de las normas jurídicas que debe estar desprovisto de cualquier fundamento teleológico o metajurídico. De esta manera, su autoridad reposa exclusivamente en el procedimiento establecido para la creación de leyes, las que por su carácter general y abstracto garantizarían la seguridad jurídica y la igualdad.

La democracia como tipo de gobierno, se deriva de la ideología política que concibe al poder legislativo como expresión de la voluntad ciudadana.

Históricamente corresponde al período moderno o capitalista de organización de la sociedad. En ella identificamos dos ámbitos claramente independientes entre sí, el privado y el público.

La regulación de la órbita privada está dada por el mercado<sup>18</sup> y por el reconocimiento a los particulares de los derechos fundamentales; en la esfera pública, en cambio, por la sujeción del Estado al principio de legalidad.

---

<sup>18</sup>Al referirse a la regulación brindada por el mercado, entiende que en sí encierran un principio democrático que escapa a la influencia de las diversas posiciones de poder que ocupan los individuos.

En el modelo constitucional, se abandona el principio de soberanía popular propio de los ilustrados. Sin embargo, este desplazamiento es relativo, pues se continúa identificando al Estado con el pueblo. Aquél debía ejercer su poder respetando los límites impuestos por el derecho.

Al igual que en el modelo anterior, la escuela constitucionalista alemana del siglo XIX, pregonó la sujeción de las acciones del Estado al respeto del principio de legalidad, pero entendiendo por derecho no sólo el derecho positivo, sino que también el reconocimiento de un orden ético anterior al Estado, que fundaba positivamente determinadas demandas y establecía objetivos.

En palabras de Tuori, “Por un lado, la noción de *Rechtsstaat* era esencialmente sustantiva y entrañaba demandas sustantivas al Estado. Por otro lado, la interpretación del derecho como un orden ético independiente del Estado, también cortó los vínculos con los que se entrelazaba al derecho con la democracia en la Teoría de Kant”<sup>19</sup>.

El modelo positivista formal nacido a fines del siglo XIX, centra la construcción del *Rechtsstaat* en el derecho positivo. Ni la soberanía popular, ni la noción de pueblo del constitucionalismo temprano, explican el concepto de Estado.

Este modelo positivista originario se auto-comprende como un modo de organización similar al de las personas jurídicas de derecho privado, con ello se desprovee de contenido ético al Estado de Derecho; se le comprende desde una perspectiva puramente formal.

En la interacción entre derecho y Estado, se le reconoció a éste la capacidad de ser fuente de derecho<sup>20</sup> y al mismo tiempo se le impuso la obligación de sujetar sus actos a dicho ordenamiento jurídico.

---

<sup>19</sup> KAARLO TUORI, ob. cit., página 143.

<sup>20</sup> “...el papel regulatorio del *Rechtsstaat* sería ahora desempeñado por el principio de legalidad de la administración”. KAARLO TUORI, ob. cit., página 144.

La dificultad teórica derivada del método planteado, fue superada por la proposición de Jellinek, quien aplicó analógicamente el “sujeto moral autorregulado de Kant”<sup>21</sup> al Estado, entendiendo que este también se autolimitaba al respetar el principio de legalidad de la administración.

Tuori manifiesta su adhesión al modelo democrático y explica la construcción que realiza del concepto de *Rechtsstaat*, asumiendo la influencia que aporta el *Sozialstaat*, reconocido en las constituciones de occidente.

La justificación de este modelo reposa en el principio de legitimidad procedimental vigente en el derecho moderno; del mismo modo, la legitimidad de las decisiones relativas a los cambios del derecho se basan en el procedimiento establecido para ello.

Tuori encuentra antecedentes de este principio de legitimidad en las teorías contractuales de los siglos XVII y XVIII, en las cuales el consentimiento prestado por los ciudadanos es central para legitimar el ejercicio del poder soberano del Estado. Agrega que las primeras constituciones posrevolucionarias, francesa y norteamericana, habrían incorporado los elementos de las teorías contractuales, además de ser determinantes en el contenido del derecho moderno y del *Rechtsstaat*. Son tres las características heredadas; la constitución como un tipo de contrato, la regulación que desarrolla del procedimiento legislativo y su súper legalidad; el principio de soberanía popular, concebida como una demanda de democracia en el establecimiento de las leyes; y los derechos humanos, garantizados desde la teoría democrática, por la relación entre soberanía popular y “... el derecho como expresión de la voluntad general constituida sobre la base de la participación de todos los ciudadanos”<sup>22</sup> .

---

<sup>21</sup> KAARLO TUORI, ob. cit., página 144.

<sup>22</sup> KAARLO TUORI, ob, cit., página 150.

A fin de lograr la concreción del modelo democrático, revisa el contenido de los principios invocados, y precisa el de soberanía popular señalando que, a diferencia de la definición contractualista, supone un elemento de participación que va más allá de la suma de los individuos, cual es, la sociedad civil. Entendida como el segmento ocupado entre el poder estatal y los sujetos sobre los que recae. Dicho espacio permite la mediación entre el ámbito público y el privado.

Es su actuar independiente, autónomo, fiscalizador, el que en conjunto con el derecho (concebido como producto de la expresión de la voluntad general, integrada por la participación de todos los ciudadanos) garantizan la existencia de los derechos fundamentales, del mismo modo que estos garantizan la autonomía de la sociedad civil, sujeto principal del principio de soberanía popular.

La presencia de una sociedad civil como la descrita en el párrafo anterior, requiere satisfacer ciertas condiciones jurídicas, cuales son la igualdad ciudadana, las libertades de organización y actividad política, y la elección democrática del poder legislativo. El principio procedimental de legitimidad permite relacionar a la sociedad civil activa y plural, con el derecho, ya que para que esta se manifieste necesitamos que se cumplan los requisitos apenas mencionados.

Respecto a los derechos fundamentales, señala que no pueden entenderse sólo como un deber de abstención de la acción del Estado, esto es, como un ámbito privado que excluye la actividad estatal, sino que requieren de una intervención por parte de éste, lo que se observa visiblemente en los derechos reconocidos por el *Sozialstaat* democrático. Derechos de segunda generación que buscan asegurar las condiciones materiales y culturales básicas de los individuos, lo que permite el desarrollo de una sociedad civil activa, con las consecuencias que ello tiene en la realización de la democracia.

Tuori diferencia los derechos fundamentales de los económicos, sociales y culturales, a los que denomina derechos políticos fundamentales. Esta distinción

implica un desplazamiento de la visión negativa de la acción estatal, a una positiva, pues para asegurar su protección no basta con el respeto de la esfera privada, sino que es necesario un despliegue de la actividad estatal que permita el goce del derecho reconocido. En sus palabras “...los derechos fundamentales reciben una nueva justificación de parte del principio de democracia: los derechos fundamentales pueden entenderse como **condición necesaria** de los procesos de comunicación y formación democrática de la voluntad política”<sup>23</sup>.

El modelo democrático incorpora el principio de legalidad, entendido en dos acepciones. La primera como sujeción de un poder a otro y la segunda como justificación del poder detentado y ejercido por la administración. Ella está sujeta a lo establecido por las leyes aprobadas por el poder legislativo, lo que conlleva a la supremacía de éste último.

En este contexto la constitución además de consagrar los derechos fundamentales y un tipo de gobierno democrático, debe ser permeable a los procesos de comunicación surgidos en el área intermedia que une lo público con lo privado, cual es, el espacio ocupado por la sociedad civil activa. Dado que permite recoger pluralidades que fortalecen la democracia, pues sus atributos discursivos disminuyen los contrastes propios de las mayorías, las que concebidas como una suma de individuos, se muestran desprovistas de matices y cualidades.

---

<sup>23</sup> KAARLO TUORI, ob. cit., página 152.



## CAPÍTULO II CHILE: ESTADO DE DERECHO, OPINIÓN PÚBLICA Y SOCIEDAD CIVIL

El capítulo anterior, nos han permitido justificar de modo hasta ahora genérico, la organización del poder estatal, en tanto se vincule a ciertas finalidades específicas.

De este modo, la necesidad de la acción estatal para crear las condiciones mínimas que permitan el goce de los derechos puede vincularse a la legitimidad del ejercicio del poder.

El poder, entonces, no puede auto-legitimarse. En este marco puede evaluarse la propuesta de Habermas “La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí y para sí solo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y para la administración de justicia garantizan una formación imparcial del juicio y la voluntad común y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético”<sup>24</sup>.

La legitimidad gravita en que todo poder del Estado procede del pueblo, en ello reposa la vinculación entre el procedimiento democrático y el discurso moral y, es esta relación la que justifica desde el punto de vista ético, su concepción de *Rechtsstaat*.

Tanto la discusión más clásica como la más moderna sobre el Estado de derecho, parecen no haber sido recepcionadas por la doctrina chilena.

En Chile, Palma constata que en Chile, no había prácticamente discusión, al menos en la doctrina, sobre el concepto de Estado de Derecho durante el siglo XIX “Podemos afirmar entonces que la instauración del Estado constitucional en

---

<sup>24</sup> HABERMAS JÜRGEN, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, editorial Paidós, 1991, página 172.

Chile no presenta en el plano de las ideas la contradicción entre Estado de policía y Estado de derecho...”<sup>25</sup>

Este panorama cambia durante el período 1950-1985, pues parece haber un claro interés doctrinario en el término. La doctrina, durante estos años, manejará una noción de Estado de Derecho liberal, centrado casi exclusivamente en los aspectos más básicos del principio de legalidad y la protección de los derechos de primera generación.

El concepto de Estado de Derecho si fue, en cambio, discutido abiertamente en la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, durante la dictadura militar.

De las actas queda en evidencia que para Jorge Ovalle el Estado de Derecho era una consecuencia del régimen democrático de gobierno, si bien, continúa otorgándole primacía al principio de legalidad.

En un sentido similar opinaba Enrique Evans, quien ve que el Estado de derecho puede tener cualquier contenido, lo que según Palma “... parece evidente que nuevamente se está identificando el concepto con el principio de legalidad y que tal identificación sólo es del tipo formal: El Estado de derecho consiste en la sujeción del Estado a la ley.”<sup>26</sup>

A diferencia de Ovalle y Evans, Alejandro Silva Bascuñan considera que el Estado de derecho no es simplemente un conjunto de normas positivas que establecen poderes y regulan competencias, tiene un contenido sustancial y que dirige la actividad estatal hacia el bien de las personas y grupos que integran la sociedad política.

---

<sup>25</sup> PALMA GONZÁLEZ ERIC EDUARDO, *El Estado de derecho en la doctrina y práctica político institucional chilena*, p. 31.

<sup>26</sup> PALMA GONZÁLEZ ERIC EDUARDO, ob. cit., p. 66.

Esta fue la comprensión que al final, parece haberse impuesto en el seno de la Comisión "... la Comisión opta finalmente por mantener la expresión del artículo 1º inciso 4º: en Chile hay Estado de derecho. Es más, podemos sostener que arribó a una conclusión compartida por la mayoría de sus miembros, en el sentido de que el Estado de derecho no consiste en el mero principio de legalidad sino en el que la Constitución Política consagra los derechos humanos, sus garantías, y en que se respeten efectivamente tales derechos mediante la sujeción de las autoridades públicas a la Constitución y las leyes."<sup>27</sup>

Al final, en todo caso, esta discusión no tuvo no prosperó, pues que no se incorporó la disposición que mencionaba al Estado de derecho.

En el fondo, según Palma el significado del Estado de derecho, de acuerdo a la Comisión, sólo tenía un objetivo legitimatorio "Se trata simplemente de respaldar la vigencia de las disposiciones de las Actas Constitucionales dictadas. Se recurre a un concepto de tan amplio significado como el estudiado, y que remite a un orden jurídico protector de los derechos y libertades individuales, a la vigencia de garantías de tales derechos y libertades, y a autoridades respetuosas de su ejercicio."<sup>28</sup>

Al final, si siendo determinante la visión formalista del Estado de derecho apegado al principio de legalidad.

Es más o menos de este modo, aunque de forma más sofisticada, que Bernardino Bravo entienden el Estado de Derecho.

Para Bravo el Estado de derecho es un concepto que surge sólo para morigerar al Leviatán o para domesticar la furia del Príncipe.

---

<sup>27</sup> PALMA GONZÁLEZ ERIC EDUARDO, ob. cit., p. 76.

<sup>28</sup> PALMA GONZÁLEZ ERIC EDUARDO, ob. cit., p. 79.

De esta manera, el contenido de las constituciones se centraría en la delimitación entre dos órbitas de acción, el Estado y la de los individuos, siendo fundamental en esta relación el catálogo de derechos que se reconocen a los segundos.

Los derechos del individuo y las facultades del Estado son vistos por Bravo en oposición. Estos derechos, a diferencia de la comprensión del antiguo régimen, ya no se entienden como ligazón de dependencia hacia Dios, es decir como relación vertical. Bajo esta nueva comprensión, el gobernante detenta y monopoliza el poder, el gobernado en cambio se le somete. "...los derechos del Estado son vistos como una limitación para los de los ciudadanos".<sup>29</sup>

Pero si se comprenden verticalmente y no como producto de su propia deliberación, los derechos no pueden ser comprendidos como derechos, sino sólo como símbolo de sometimiento, de opresión, como si todavía las condiciones de la sociedad no permitiesen el olvido del estado de naturaleza hobbesiano.

Para Bravo los constitucionalistas, advirtiendo esta disparidad entre Estado y personas, y la consecuente posibilidad de abuso del primero respecto de los segundos, elaboraron la teoría constitucional con el propósito de brindar protección a los individuos frente a este poder erigido. Este razonamiento explicaría el principio de división de poderes.

Por otro lado, para garantizar los derechos consagrados a los gobernados, después de advertir que su reconocimiento en el papel era insuficiente, se acercan al poder judicial, reconociendo en éste la capacidad de darles eficacia, cuando los afectados sufren agravio: "Al constitucionalismo le interesa más el parlamento que la justicia... de ahí que se intente proteger a las personas por la vía legal de garantías constitucionales, con preferencia a la vía judicial de los recursos de los afectados"<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> BRAVO, BERNARDINO, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile: Por la Razón o la Fuerza*, editorial Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, página 260.

<sup>30</sup> BRAVO, BERNARDINO, ob.cit., página 126.

Como hemos podido ver, la doctrina chilena tradicional continúa apegada a una lectura formalista del estado de derecho, semejante a la visión liberal clásica que sólo coloca el énfasis en el respeto del principio de legalidad.

La fundamentación de los derechos sigue vinculándose con la fundamentación del propio Estado. Sin embargo, como hemos visto, no se trata de sometimiento de los individuos, sino de lo contrario, del auto-gobierno que se constituye a través de la democracia.

En esto compartimos la concepción habermasiana, la cual agrega a la noción de Estado de Derecho un contenido sustantivo, el ético, cuya fuente es directa. No obedece a una concepción naturalista. Emanada y es determinada por la soberanía popular, la cual se expresa a través de la influencia de la opinión pública en el procedimiento legislativo.

En su concepción ocupa un lugar central la opinión pública, pues ello se vincula con las dinámicas de poder propias de los procesos políticos.

La opinión pública se configura en el espacio público, que es un espacio virtual que está abierto a todos los ciudadanos, los que como individuos particulares se reúnen como público. Esta reunión de ciudadanos debe ser voluntaria, libre, sin presiones, todo bajo la garantía de que lo que se exprese públicamente es un derecho.

Cuando la audiencia está constituida por un público amplio, la comunicación requiere de ciertos medios de transferencia, como revistas, diarios, radio, televisión, Internet, etc. Estos son los medios del espacio público, que se caracteriza por ser un espacio político, puesto que las discusiones que tienen lugar aquí se relacionan con las materias a que se refiere la práctica del Estado.

El rol de la opinión pública-política consiste en la crítica y el control de la administración vigente. Ello no sólo tematiza lo que podemos entender como la actividad del gobierno, sino que abarca la política por entero, es decir, abarca al gobierno y a la oposición.

Al igual que para Habermas, para Tuori la opinión público-política es entendida como “expresión institucional del espacio público”<sup>31</sup>, algo fundamental para la legitimidad del sistema democrático.

Igualmente fundamental es la existencia de una sociedad civil organizada. La sociedad civil está constituida por un conjunto de asociaciones y movimientos sociales no estatales que surgen de forma más o menos espontánea y que “...recogen la resonancia que las constelaciones de problemas de la sociedad encuentran en los ámbitos de la vida privada, la condensan y elevándole, por así decir, el volumen o voz, la transmiten al espacio de la opinión pública-política.”<sup>32</sup>

Sin embargo, en Chile, ni la una ni la otra parece estar a la altura. La sociedad civil chilena, todavía, no constituye un conjunto de asociaciones que tenga la fortaleza suficiente para manifestar en el espacio público-político sus pretensiones. Por otro lado, los medios de comunicación, salvo algunos, son dependientes de grupos económicos.

En todo caso, aún cuando esta descripción fuera acertada, no parece suficiente como para concluir que el poder es ejercido de manera autoritaria o ilegítima. Sin perjuicio de esto, la incipiente sociedad civil y la debilidad de la opinión público-política, sí debilita al Estado de Derecho.

---

<sup>31</sup> KAARLO TUORI, ob. cit., página 141.

<sup>32</sup> HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 447.

Para constatar esta debilidad hay datos empíricos relevantes. Que los medios de transmisión de la opinión pública-política sólo responden a un cierto grupo de intereses, parece haber sido demostrado por Fazio<sup>33</sup>.

Un camino para revertir este proceso pasa por reconocer estas falencias y exigir la necesidad de la actividad del Estado, la definición de canales institucionalizados de participación de una ciudadanía activa, informada y opinante en la definición de las políticas públicas y en los mecanismos de control de la actividad del Estado.

Para ello, es necesario, además, definir mecanismos simples de acceso a la información, de modo que el público pueda juzgar los fundamentos de las políticas públicas y las demás decisiones del Estado. Ello, debe ir de la mano de la constitución de un sistema de protección social que permita hacer frente al proceso de desmantelamiento del incipiente Estado de Bienestar que se construía en Chile hacia 1973.

Esta tendencia vuelve insuficiente el puro respeto al principio de legalidad, la auto-comprensión liberal clásica del Estado de derecho corresponde a la época pre-moderna del estado, en la que bajo la concepción unilateral del burguesía dominante sólo exige del Estado deberes de abstención.

Como hemos visto, varios principios son informadores de una concepción moderna y aceptable de Estado de Derecho: Que rija el principio de legalidad en sentido procedimental, que exista un principio de igualdad –propiamente tal y de oportunidades-, el principio de imparcialidad, el coto vedado.

Todos estos principios informadores del concepto de Estado de Derecho se vinculan con los derechos fundamentales. Es por esta razón, que se hace necesario preguntarse por el estatus de estos derechos al interior del ordenamiento jurídico respectivo.

---

<sup>33</sup> HUGO FAZIO, *Mapa actual de la extrema riqueza en Chile*, editorial LOM, Santiago, página 436.

Preguntarse por el estatus de estos derechos no sólo pasa por determinar si se consagran efectivamente como derechos o como facultades en el sentido hohfeldiano del término, sino por la medida de reconocimiento que de éstos el ordenamiento jurídico hace.

En otros términos, lo que sigue es la pregunta por los mecanismos institucionales para hacer exigibles estos derechos garantizados por la Constitución y cuáles son los problemas que de ello se siguen para el sistema político-jurídico.



## CAPÍTULO III

### ELEMENTOS, RELACIONES Y PRESUPUESTOS DEL ESTADO DE DERECHO

#### 1. Derechos fundamentales

Para tratar la relación entre derechos fundamentales y Estado de Derecho debemos, en primer término y desde el plano dogmático, determinar en qué medida éstos son garantizados por la constitución, esto es, si son exigibles directamente al legislador -exigibilidad política- o indirectamente, es decir, la tesis de la justiciabilidad de los derechos fundamentales. En este apartado trataremos la tesis de la justiciabilidad, para ello nos serviremos del modelo propuesto por Ferrajoli que distingue entre garantías primarias y secundarias. La exigibilidad política será abordada con posterioridad.

Precede a ello, el concepto de derechos fundamentales. Para Ferrajoli "...son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas."<sup>34</sup>.

La definición, según el autor, es teórica, no dogmática, esto es, no se constituye en referencia a un ordenamiento jurídico determinado, y formal, en el sentido que se atribuye a toda la clase de sujetos que son titulares de derechos fundamentales.

---

<sup>34</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho fundamentales*, en "Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli", Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, 2001, p. 19.

Que sea teórica permite que pueda ser aplicada a cualquier ordenamiento jurídico. La formalidad, por otro lado, opera como base para la igualdad jurídica, pues la aplicación universal de los derechos a la clase de sujetos que corresponde, sería una característica estructural, imposible de prescindir, para la definición.

Tal universalidad no sería en todo caso, absoluta. Lo que se predique de la igualdad dependerá de la cantidad y calidad de los intereses fundamentales protegidos, y, respecto de quien se predique como titular de estos, dependerá de la mayor o menor extensión de la clase de personas que para el ordenamiento en cuestión tengan el estatus de sujeto de esos derechos. Actualmente, el estatus de sujeto, según el autor, se establecería de acuerdo a la ciudadanía y a la capacidad de obrar, lo que, naturalmente, restringe el concepto.

El autor ofrece una tipología de los derechos fundamentales en función de la ciudadanía y la capacidad de obrar. Los clasifica en: *derechos primarios*, son los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos; *derechos públicos*, aquellos que se reconocen por lo general sólo a los ciudadanos (derecho de residencia, derecho de circulación, derecho de subsistencia, etc.); *derechos secundarios*, que se sub-dividen a su vez en *derechos civiles* que son los derechos que tienen aquellos capaces de obrar (libertad contractual, de trabajo, etc.), y, *los derechos políticos*, reservados a los ciudadanos con capacidad de obrar (derecho a votar, etc.)

Según Ferrajoli, históricamente se puede constatar que con el progreso del derecho, lo que ha cambiado "... no son los criterios –personalidad, capacidad de obrar y ciudadanía– conforme a los cuales se atribuyen los derechos fundamentales, sino únicamente su significado, primero restringido y fuertemente discriminatorio, después cada vez más extendido y tendencialmente universal."<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., p. 24.

Esta definición y tipología es consistente con lo que Ferrajoli afirma es quizás la tesis más importante sobre los derechos fundamentales, la relación entre los derechos y sus garantías “Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. Pero tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun estando implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, de hecho no sólo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación.”<sup>36</sup>

Esta tesis reconoce el carácter de derechos a disposiciones constitucionales no obstante no estén positivizadas sus correspondientes garantías secundarias, lo que es fundamental para nuestra tesis, por que en el derecho público chileno se ha discutido el estatus de “derechos” de las disposiciones previstas en los tratados internacionales (la discusión recién se zanjó dogmáticamente en 1989, con la reforma al artículo 5° de la Carta Política), e incluso alguna doctrina niega que algunos de las disposiciones consagradas en el art. 19 de la Constitución serían derechos autoejecutables, y por lo tanto, exigibles al juez.

Según Ferrajoli, la distinción no sólo pretende evitar la irrelevancia de las grandes conquistas del constitucionalismo del siglo XX, cual es, la internacionalización de

---

<sup>36</sup> FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., p. 26.

los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, sino que está vinculada a la naturaleza positiva y *nomodinámica* del derecho.

Según Ferrajoli “En un sistema nomoestático, como es la moral y como sería un sistema de derecho natural fundado únicamente sobre principios de razón, las relaciones entre figuras deónticas son relaciones puramente lógicas...”<sup>37</sup>, es decir, la existencia o inexistencia de una determinada norma es condición suficiente para la existencia o inexistencia del correlato deóntico de estas. Por ejemplo, si existe una norma que establece el derecho a la vida, existe la obligación correlativa de no privar de este derecho. En un sistema como éste, no existen ni antinomias ni lagunas, y cuando existen, una de las normas debe ser excluida mediante su declaración de invalidez.

Sin embargo en un sistema nomodinámico la existencia o inexistencia de una norma jurídica “... depende de la existencia de una norma positiva que la prevea, que, a su vez, no es deducida de la de otras normas, sino inducida, como hecho empírico, del acto de su producción. Por consiguiente, es muy posible que, dado un derecho subjetivo, no exista –aun cuando debiera existir– la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que las prevé. Como también es posible que, dado un permiso, exista –aún cuando no debiera existir– la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que la prevé.”<sup>38</sup>, luego, son posibles tanto las antinomias como las lagunas.

Las lagunas pueden ser primarias, lo que ocurre cuando no se estatuyen las obligaciones y prohibiciones del derecho subjetivo, o secundarias, cuando no se instituyen los mecanismos necesarios para sancionar o invalidar las violaciones a las garantías primarias. Según Ferrajoli, incluso en estos casos no es posible negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por la norma jurídica, sólo que

---

<sup>37</sup> FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., p. 46.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., loc. cit.

deberá lamentarse que estas carencias hacen de éste un derecho de papel. No obstante, existirá el deber del legislador de colmarla.

Así “En suma, es la estructura nomodinámica del derecho moderno la que impone [el deber de] distinguir entre los derechos y sus garantías, en virtud del principio de legalidad como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes; la que obliga a reconocer que los derechos existen, si y sólo si, están normativamente establecidos [p. 49], así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen, si y sólo si, también ellas se encuentran normativamente establecidas. Y esto vale tanto para los derechos de libertad (negativos) como para los derechos sociales (positivos), y lo mismo para los establecidos por el derecho estatal que para los establecidos por el derecho internacional.”<sup>39</sup>

Consecuencias teóricas. El nexo entre expectativas y garantías es normativo, la ausencia de garantías secundarias impone al legislador el deber de llenar las lagunas, y ello también significa que “... las violaciones de derechos cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deben ser concebidas como antinomias igualmente indebidas que es obligatorio sancionar como actos ilícitos o anular como actos inválidos.”<sup>40</sup>. Para Ferrajoli esto no implica que las garantías sean realizables en concreto. En efecto, históricamente los derechos sociales no han sido provistos de garantías que permitan adecuadamente su justiciabilidad, de una manera parangonable a los derechos liberales. Pero esto sólo quiere decir que la divergencia entre norma y realidad debe ser reducida, como condición de la legitimación política y jurídica.

Ferrajoli distingue en este contexto entre posibilidades de realización técnica y posibilidades de realización política. En cuanto a las primeras, sostiene que no es correcto afirmar que los derechos sociales no son garantizables del mismo modo que los otros derechos, por que su satisfacción depende de actos inevitablemente

---

<sup>39</sup> FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., p. 50.

<sup>40</sup> FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., loc. cit.

discrecionales, no formalizables y no susceptibles de control jurisdiccional “Ante todo, hay que afirmar que esta tesis no vale para todas las formas de garantía ex lege que, a diferencia de lo que ocurre con las prácticas burocráticas y potestativas propias del Estado asistencial y clientelar, podrían muy bien realizarse mediante prestaciones gratuitas, obligatorias e incluso automáticas: como la enseñanza pública gratuita y obligatoria, la asistencia sanitaria asimismo gratuita o la renta mínima garantizada.”<sup>41</sup>

Además, la tesis de la no jurisdiccionalidad de los derechos sociales resulta desmentida por la creciente y reciente experiencia en el mundo relativa a los derechos a la salud y a la seguridad social. Por último, sostiene que estos derechos tienen el valor de “... principios informadores del sistema jurídico ampliamente utilizados en la solución de las controversias por la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales. Sobre todo, en fin, no hay duda de que muy bien podrían elaborarse nuevas técnicas de garantía. Nada impediría, por ejemplo, que constitucionalmente se establecieran cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciéndose así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación estatal.”<sup>42</sup>

Respecto de las posibilidades de realización política, los grandes costos que implica la satisfacción de estos derechos, se convierten en obstáculos de naturaleza política, por lo que el desafío lanzado “... a las fuerzas democráticas es, precisamente por eso, político, y consiste, hoy más que nunca, en la lucha por los derechos y sus garantías. Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer.”<sup>43</sup>

En el marco de la teoría de Ferrajoli, no aparece claramente fundamentada la posibilidad de la justiciabilidad de los derechos fundamentales, aunque sí, la

---

<sup>41</sup> FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., p. 51.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., loc. cit.

<sup>43</sup> FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., p. 52.

obligación del legislador de establecer los procedimientos y acciones correspondientes en el caso que no establezca garantías secundarias a las primarias. En todo caso, si menciona que la tendencia moderna tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, indica que esto si es posible.

En un sentido similar, Abramovich da cuenta que la tradición liberal clásica ha tendido a naturalizar la función negativa del Estado. Así, coincide con Ferrajoli, en que esta forma tradicional de comprender los derechos fundamentales es objeto de discusión, señalando que “En síntesis la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a ‘naturalizar’ esta actividad estatal y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.”<sup>44</sup>

En este contexto, la tesis de la exigibilidad de los derechos sociales ha sido convincentemente criticada. Entre nosotros, Fernando Atria postula que debemos diferenciar entre la exigibilidad de los derechos de primera generación de los derechos de segunda generación. Las tesis de Atria consisten en un argumento conceptual sobre cómo debemos comprender los derechos sociales, y dos argumentos teóricos, uno sobre la determinación del contenido del derecho subjetivo y otro sobre la relación entre la política y el derecho en lo que se refiere a la argumentación jurídica.

Veamos el primer argumento. Atria se enfoca en dos tradiciones sobre los derechos sociales. Por un lado se encuentra el liberalismo que “...en su variante

---

<sup>44</sup> ABRAMOVICH, VICTOR, *Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados*, Revista Internacional de Derechos Humanos, nº 2, 2005, p. 25.

‘progresista’, acogió la idea de derechos sociales, pero para fundarlos debe recurrir a una concepción más amplia que lo común de auto-interés, un *enlightened selfinterest*. Por eso, los derechos sociales en clave liberal son concebidos como una especie de seguro que cada agente toma para precaverse de la posibilidad de encontrarse descubierto y necesitado... Steven Holmes ha mostrado, de hecho, que los autores liberales clásicos efectivamente reconocían la existencia de ciertos ‘derechos de bienestar’ [*welfare rights*]. Pero precisamente como ellos manejaban una noción ‘natural’ de derechos, i.e. derechos existentes en el estado de naturaleza (derechos en cuya justificación normativa el hecho de vivir en comunidad no aparece), esos derechos de bienestar sólo podían tener como límite máximo ese estado: es irracional acceder a un pacto constitutivo si en virtud del pacto el sujeto quedará peor de cómo estaba en el estado de naturaleza. Si uno no tuviera un derecho de bienestar, un derecho a un nivel de vida apenas superior a la vida ‘solitaria, pobre, desagradable, bruta y breve’ de que habla Hobbes, entonces los demás ciudadanos no podrían exigirle respeto a la autoridad. Por eso los derechos de bienestar que Holmes encuentra en la tradición liberal no son derechos sociales en el sentido socialdemócrata, sino derechos a un mínimo.”<sup>45</sup>

Por el contrario, en la tradición socialista “... los derechos sociales son una manifestación de un forma superior de comunidad, una en que (e.g.) cada uno contribuye de acuerdo a sus capacidades, y recibe de acuerdo a sus necesidades. Esta es precisamente la idea discernible en el análisis ofrecido por T H Marshall. Los derechos sociales constituyen una manera más amplia, más completa de concebir la ciudadanía, y como la ciudadanía es la pertenencia a una comunidad política, los derechos sociales de los que nos habla Marshall son la consecuencia de una nueva forma de concebir la asociación comunitaria. Ahora la sola pertenencia a la comunidad política es suficiente para fundar esos derechos. La diferencia entre la ciudadanía liberal (i.e. derechos civiles y políticos, en términos de Marshall) y la socialista es que mientras la primera es una forma de comunidad

---

<sup>45</sup> ATRIA, FERNANDO, *¿Existen derechos sociales?*, en “Doxa Discusiones”, N° 4, 2004, p. 31.



que se caracteriza porque sus miembros ‘no tienen interés en los intereses de otros’, la segunda es una forma de comunidad en que cada uno de sus miembros tienen un interés en el bienestar del otro, un interés que se extiende, como lo expresara el slogan del National Health Service británico, ‘from cradle to grave’ (desde la cuna hasta la tumba).”<sup>46</sup>

La crítica del socialismo al liberalismo según Atria es que esta visión “Era unilateral, porque miraba al individuo aislado de la comunidad y dejaba fuera de consideración al individuo situado. La lista de derechos con que los liberales dotaban al individuo era una que quedaba definida naturalmente, sin que la existencia de la (artificial) comunidad política fuera relevante. Por supuesto, como hemos visto, los revolucionarios burgueses creían que los derechos eran relevantes para la asociación política porque la protección de los mismos fijaba su única finalidad legítima, pero el hecho de vivir en comunidad no era fuente de ‘derecho’ alguno. Esto no era casual, porque si los derechos fueran concebidos como derechos del ciudadano situado ya no sería posible hablar de la verdad autoevidente de que ‘para proteger esos derechos los hombres instituyen gobiernos’.”<sup>47</sup>

Esta carga ideológico-política de los derechos, impide que el derecho obre de manera totalmente dúctil a su respecto y exprese de manera clara esta forma de auto-comprender la comunidad política. Según Atria ello significa que los conceptos “muerden de vuelta de modo perverso”, la idea de exigibilidad de los derechos sociales, es decir, su transformación en derecho subjetivo, sustrae su finalidad social.

La exigibilidad del derecho social posiciona a la persona en una relación opuesta a la comunidad: es su propia necesidad individual la que pretende que sea reconocida incluso a pesar de cualquier finalidad colectiva.

---

<sup>46</sup> ATRIA, FERNANDO, *ob. cit.*, p. 32.

<sup>47</sup> ATRIA, FERNANDO, *ob. cit.*, p. 19.

Respecto del segundo argumento, Atria sostiene que los derechos de primera generación tienen una característica especial "... la especificación completa del contenido del aspecto activo de esos derechos es al mismo tiempo una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Al determinar quién tiene derecho a qué queda también determinado, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber. Esto tiene una consecuencia de extraordinaria importancia. Los derechos de primera generación pueden ser concebidos como naturales, porque para especificar su contenido tanto activo como pasivo es suficiente [p. 19] atender a la posición del individuo aislado. Pero los derechos sociales son radicalmente diversos en este sentido. La especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Ella no incluye información ni sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de su obligación. La respuesta a esta pregunta sólo es posible una vez que los individuos viven en comunidad, de modo que es posible, por ejemplo, cargar a todos de acuerdo a sus capacidades (e.g. a través de un sistema impositivo progresivo) con la obligación de satisfacer las necesidades cubiertas por los derechos sociales. En la medida en que los derechos cumplen la función de justificar la existencia del estado (es decir, en la medida en que ellos necesitan ser caracterizados con prescindencia de cualquier forma de asociación entre seres humanos), ellos sólo pueden ser los derechos naturales, derechos de esos que hoy llamamos de 'primera' generación."<sup>48</sup>

Para Atria los derechos sociales no son asimilables a los derechos subjetivos. Cuando se habla de derechos sociales, sin embargo, podemos utilizar el lenguaje de la política "El sentido político de la expresión 'w tiene derecho (humano, natural, etc.) a x' puede perfectamente ser 'un Estado es ilegítimo, y su autoridad se basa en su sola fuerza, si no asegura a w el goce de x'. Pero como hay muchas maneras a través de las cuales x puede ser garantizado, es perfectamente posible

---

<sup>48</sup> ATRIA, FERNANDO, ob. cit., p. 20.

que w goce de x sin que la forma jurídica a través del cual se le garantice sea un derecho subjetivo a x.”<sup>49</sup>

El tercer argumento de Atria. Los derechos sociales corresponden a una tradición política diferente; la tradición liberal de los derechos subjetivos entiende que el titular pretende una determinada protección individual frente a la colectividad. Estimar que los derechos sociales de la tradición socialista pueden ser reconfigurados bajo el concepto liberal de derecho subjetivo, es una contradicción en sus términos. Pero además, el tratamiento judicial de los derechos sociales implica para el órgano adjudicador la asunción de funciones legislativas: dado que el contenido del derecho social no está legalmente determinado como sí lo están los derechos de primera generación, no queda otro remedio que recurrir a las propias concepciones del juez acerca de lo que “en derecho” corresponde según el derecho social de que se trate.

La tendencia a judicializar estos derechos es fatal para lo político, trasladado al campo judicial de lo que se trata no es de las argumentaciones correctas o más convincentes, pues la discusión se acaba desde el momento en que alguien concibe su pretensión como “derecho”.

Esta tendencia Atria la denomina legalismo “El positivismo era, en este sentido (al igual que el movimiento codificador), un movimiento para asegurar la sujeción a la ley de los ‘sinister interests’ de ‘Judge & Co’, afirmando la prioridad de la política (el derecho como voluntad, no como razón) sobre la razón artificial del derecho. Hoy, sin embargo, la relación entre derecho y política se ha invertido y se nos invita a celebrar la sujeción de la política al derecho. A esta visión, que concibe al derecho como lo que estructura, limita y ordena el conflicto político, la denominaré ‘legalismo’. El legalismo ya no concibe al derecho como el ‘gran ocultador de la opresión’, sino como el medio a través del cual la comunidad se constituye a sí misma. Ahora el derecho expresa ‘el pueblo que queremos ser y la comunidad que

---

<sup>49</sup> ATRIA, FERNANDO, ob. cit., p. 33.

aspiramos a tener'. Liberales y republicanos celebran el potencial emancipador del derecho, aunque uno [p. 36] podría haber esperado algo distinto. Incluso entre las posturas más explícitamente radicales, es a través de la subversión de los significados jurídicos, la detección del contraprinzipio que yace, indefectiblemente, escondido bajo el principio, que será posible volver a luchar por los viejos ideales de la izquierda. En la práctica política, especialmente en varios de los países latinoamericanos (Argentina y Chile entre ellos) la idea de utilizar foros judiciales para luchar por el progreso social y político se ha hecho más y más corriente, y esos foros consecencialmente más y más importantes... El supuesto básico de esta aceptación generalizada del derecho como el medio de expresión del conflicto político es que el derecho es neutral, es decir, que el discurso jurídico permite la expresión sin distorsiones de las pretensiones políticas.”<sup>50</sup>

El autor afirma que esto es incorrecto, ya que no es suficiente con que el discurso jurídico no sea independiente en relación al discurso político. Para que el derecho sea verdaderamente neutral y así se manifieste el conflicto político sin distorsiones, el derecho debe ser totalmente dúctil “Y es ésta la condición que el derecho no puede cumplir. Una manera de explicar por qué el derecho no puede cumplir esta condición es considerando la discusión sobre la relevancia jurídica de los derechos sociales, porque tratándose de derechos sociales, el sentido jurídico del sustantivo no es neutral respecto de las dos maneras ya distinguidas de entender el significado político del adjetivo.”<sup>51</sup>

El derecho no es suficientemente dúctil, al menos no cuando se trata de derechos sociales. Tratándose de derechos subjetivos, estos hacen referencia a lo que es justo dar, hacer o no hacer a favor del titular del derecho, lo que puede determinarse con independencia de consideraciones substantivas. Es por ello que los derechos triunfan, en el sentido de Dworkin, por sobre consideraciones de utilidad general. Estas no pueden constituir una razón que triunfe sobre un

---

<sup>50</sup> ATRIA, FERNANDO, ob. cit., p. 37.

<sup>51</sup> ATRIA, FERNANDO, ob. cit., p. 38.

derecho subjetivo, esto es lo que tener derecho a, por ejemplo una indemnización de perjuicios, significa. Es por esta característica por la que los derechos sociales se intentaron asimilar a los derechos subjetivos “Pero por supuesto, una vez que esas ideas comunitarias son expresadas como ‘derechos’ la idea comunitaria en la que descansan es negada y la demanda es entendida como una de individuos en contra de la comunidad.”<sup>52</sup>

Esto es lo que ocurre cuando un derecho social es invocado en un tribunal, el derecho social es reformulado en términos de una violación individual y concreta. Así por ejemplo, el derecho a la protección de la salud se convierte en un derecho individual alegado por el demandante para que se obligue al Estado a dar una determinada prestación.

En esta demanda las necesidades de los otros no son relevantes “Lo que llega al tribunal no es un derecho social, no puede ser un derecho social, sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de ésta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás.”<sup>53</sup>

Los enunciados sobre derechos sociales no pueden ser entendidos jurídicamente. Lo que significa entender que el discurso político es parasitario del discurso jurídico, y, si ello es así, es imposible no caer en una contradicción ideológico-política “... si el lenguaje del derecho es el lenguaje de la política, entonces la promesa de los derechos sociales debe ser ignorada... la colonización de la política por el derecho hace ininteligible la pretensión socialista de un nuevo modo

---

<sup>52</sup> ATRIA, FERNANDO, ob. cit., p. 39, “El argumento a seguir tiene como corolario que hay un sentido importante en el cual la expresión ‘derechos sociales’ es una contradicción, es tan contradictoria como ‘soltero-casado’. A pesar de esto, mucho esfuerzo e inteligencia se ha gastado en ofrecer una noción de derechos sociales que sea razonable. Sin embargo, persiste siempre una tensión entre lo que depende del contenido del material jurídico positivo (i.e. positivado, puesto) y lo que depende del modo de operación de las prácticas institucionalizadas que llamamos ‘jurídicas’; una tensión, en otras palabras, entre mirar a la sustancia contingente del derecho puesto o a su forma necesaria de operación (necesaria, i.e. en tanto jurídica) para explicar la especial (devaluada) posición que ocupan los derechos sociales frente a los derechos de primera generación en los sistemas jurídicos occidentales.”, ob. cit, loc. cit.

<sup>53</sup> ATRIA, FERNANDO, ob. cit., p. 46.

de comunidad, originalmente expresado en el lenguaje político (no jurídico) de los derechos. Al mismo tiempo, impone una concepción liberal de los derechos. Pero la colonización de la política por el derecho se presenta a sí misma como neutral, en el sentido de que es agnóstica entre liberalismo y socialismo (y otros, desde luego).”<sup>54</sup>

El hecho de que el discurso jurídico no pueda acomodarse a los derechos sociales, como sí pueden acomodarse a los derechos de primera generación, se vincula con el concepto mismo de derecho subjetivo.

El concepto mismo de derecho subjetivo, implica que el interés individual que el derecho protege, triunfa, precede, a las demandas comunitarias.

Quien reclama un derecho subjetivo se separa de la comunidad y afirma su derecho aún en contra de ella “Por consiguiente, concebir la política como estructurada fundamentalmente por la idea de derechos subjetivos... implica rechazar la idea de una forma de asociación en la cual las personas se relacionan unas con otras no como agentes auto interesados sino unidos por vínculos de solidaridad y reciprocidad... Por las razones anteriores es que todas las formas de socialización basadas en nociones de solidaridad y reciprocidad no pueden ser juridificadas sin traicionar su significado, es decir, sin ser tergiversadas o destruidas.”<sup>55</sup>

La doctrina comparada, en particular Robert Alexy, sostiene que las disposiciones sobre derechos fundamentales, incluyendo aquellas sobre derechos sociales, si son susceptibles de ser aplicadas por los tribunales de justicia.

---

<sup>54</sup> ATRIA, FERNANDO, ob. cit., p. 48.

<sup>55</sup> ATRIA, FERNANDO, ob. cit., p. 52, según Atria “Hacer algo respecto de otro porque el otro tiene derecho a exigirlo excluye el hacerlo por solidaridad. Esto no quiere decir que yo no pueda hacer por solidaridad algo a lo que de todos modos el otro tiene derecho. Pero sí quiere decir que ambas descripciones (‘actuó para satisfacer un derecho del acreedor’/‘por solidaridad’) son incompatibles.”, ob. cit., loc. cit.

Si bien parece problemático aplicar su teoría en Chile, puesto que Alexy ha sostenido que su teoría es una teoría dogmática, esto es, una "... una teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico..."<sup>56</sup>, i.e. Alemania, la doctrina chilena ha aceptado que sus tesis sí son aplicables en Chile<sup>57</sup>.

No es posible extenderse en las múltiples tesis que Alexy defiende en su teoría de los derechos fundamentales, sin embargo, es necesario referirnos a una de las que el mismo autor considera fundamentales, la tesis sobre la diferencia entre reglas y principios.

Para Alexy los principios "... son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos."<sup>58</sup>

En cambio las reglas "... son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de[be] hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio."<sup>59</sup>

La diferencia se hace explícita cuando en el sistema jurídico se producen colisiones de principios y colisiones de reglas. El conflicto entre reglas sólo puede

---

<sup>56</sup> ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 29, en adelante nos referiremos a ella como TDF.

<sup>57</sup> RUIZ-TAGLE, PABLO, *Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile*, Revista de Derecho Público, nº 63, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago (2001), p. 196 y ss.

<sup>58</sup> ALEXY, ROBERT, *ob. cit.*, p. 86.

<sup>59</sup> ALEXY, ROBERT, *ob. cit.*, p. 87.

ser resuelto introduciendo una cláusula de excepción, o bien eliminando una de las dos reglas del sistema jurídico correspondiente.

En la colisión de principios, en cambio, uno de los dos principios precede al otro, sin la introducción de una excepción y sin que ninguno de ellos tenga que ser eliminado del ordenamiento jurídico. Alexy, concibe esta precedencia de un principio sobre otro como una precedencia condicionada, esto es, un principio precede a otro sólo bajo ciertas condiciones: idoneidad, adecuación y proporcionalidad<sup>60</sup>.

Esta teoría ha sido objeto de crítica.

Atria sostiene respecto del principio de proporcionalidad, que es el sub-principio donde se materializa la tesis de los principios de Alexy, que "... oscila entre los dos polos que hemos venido comentando: o es trivial, porque sólo excluye medidas irracionales que carecen completamente de justificación (y es por lo tanto políticamente irrelevante), o es un juicio que no puede ser un juicio jurídico sino es un juicio político, es decir, un juicio que debe tomar en cuenta todas las consideraciones aplicables (sin exclusión) y decidir sobre su balance.<sup>61</sup>

Es decir, Alexy confundiría lo que suele llamarse discurso de justificación de normas con el discurso de aplicación de normas, de este modo unificaría indebidamente el ámbito que le corresponde a la política con lo que le corresponde al juez en tanto órgano adjudicador "El argumento aquí... es que en la determinación del contenido de los derechos sociales no es posible distinguir entre lo político y lo jurídico, y por consiguiente lo jurídico no es posible. La razón por la que la distinción no es posible es la razón ofrecida en el artículo principal: como la caracterización del aspecto activo de los derechos no es suficiente para

---

<sup>60</sup> Alexy desarrolla la idea de los sub-principios de idoneidad, adecuación y proporcionalidad, y diferencia entre derechos de libertad y de igualdad.

<sup>61</sup> ATRIA, FERNANDO, *Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales*, en "Doxa Discusiones", N° 4, 2004, p. 158.



caracterizar su aspecto pasivo, la positivación de los derechos sociales deja tan abierta como estaba antes la cuestión de cuáles son “los medios propicios para satisfacer las necesidades implícitas en los derechos de prestación”. Pero la discusión abierta sobre los medios adecuados para lograr esas finalidades (en breve: el más alto bienestar posible de la población) es la discusión política... De lo anterior se sigue que es incorrecto entender que lo problemático de los derechos sociales, en esta lectura, sea su “indeterminación”. No se trata de que esos derechos sean, a diferencia de los de primera generación, “indeterminados” en cuanto a su contenido. Se trata de que una norma que constitucionaliza un derecho social no contiene decisión política alguna que pueda ser entendida y aplicada por un juez en tanto juez.”<sup>62</sup>

Así, concluye que “... el principio de proporcionalidad no puede ser un concepto jurídico: porque carece de la autonomía necesaria frente al discurso moral o político. Simétricamente, el concepto de derecho subjetivo de esta concepción no puede ser un concepto jurídico...”<sup>63</sup>, por lo tanto tampoco pueden serlo los derechos que Alexy llama derechos de prestación, que se refieren a los derechos de igualdad.

Para Atria, el derecho subjetivo entendido como lo entienden los liberales, delimita claramente las funciones de legislación y adjudicación. El derecho subjetivo puede lograr esto porque determina al titular del mismo, al sujeto obligado por él y el contenido de la obligación impuesta. Así por ejemplo “Para poder identificar adecuadamente un derecho real como el de dominio sobre una cosa, por ejemplo, necesitamos desde luego saber quién es el titular del mismo y qué obligaciones tienen en virtud de ese derecho qué personas. El hecho de que el sujeto pasivo

---

<sup>62</sup> ATRIA, FERNANDO, *ob. cit.*, p. 151, “Tratándose de derechos de primera generación al especificar el contenido del aspecto activo del derecho el aspecto pasivo queda especificado: del hecho que x tenga derecho a la libertad negativa se sigue que todos y cada uno de los individuos restantes tienen el deber de no interferir con la conducta lícita del otro (desde luego, si x está solo en el universo esto es irrelevante, pero este hecho no hace irrelevante decir que en sus tratos con cualquier otro todos éstos tendrán el deber correlativo).”, ATRIA, FERNANDO, *Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales*, en “Doxa Discusiones”, N° 4, 2004, p. 149.

<sup>63</sup> ATRIA, FERNANDO, *ob. cit.*, p. 161.

del derecho de dominio sea universal no es objeción. Desde este punto de vista, no hay diferencia entre los derechos reales y personales...”<sup>64</sup>

Atria propone una lectura política de los derechos sociales “La cuestión no es si yo (o ellos) creo que el art. 19 N° 10 es indeterminado, sino cuál es el tipo de discurso que puede redimir mi pretensión de que están equivocados. La tesis defendida aquí y en el artículo principal es que no es una forma de razonamiento jurídico sino político (la cuestión, por supuesto, no es reducible a una de etiquetas, como si lo que estuviéramos discutiendo fuera la correcta manera de usar la palabra “derecho” o “jurídico”. Se trata, por el contrario, de si hemos de entender ese desacuerdo como uno respecto del cual hay algunos - e.g. los abogados, juristas y jueces - que tienen en razón de su conocimiento del derecho, de su manejo de lo que Coke llamaba “la razón artificial del derecho”, una voz epistémicamente privilegiada).”<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> ATRIA, FERNANDO, *ob. cit.*, p. 167.

<sup>65</sup> ATRIA, FERNANDO, *ob. cit.*, p. 152.

## 2. Democracia

Como vimos en el capítulo anterior, una importante crítica a la exigibilidad de los derechos sociales es la confusión entre las funciones de legislación y las de adjudicación. Para determinar el aserto de esta crítica tenemos que saber qué es lo que se discute cuando se habla de legislación.

En este contexto, la crítica de Atria es sobre la legitimidad del órgano aplicador del derecho para resolver los problemas que plantean los derechos sociales. Esta crítica presupone una cierta forma de comprender la legitimidad de los sistemas políticos, y en especial, la democracia.

De acuerdo a Sartori, es posible distinguir tres aspectos de la democracia “En primer lugar, la democracia es un principio de legitimidad. En segundo lugar, la democracia es un sistema político llamado a resolver problemas de ejercicio (no únicamente de titularidad) del poder. En tercer lugar, la democracia es un ideal.”<sup>66</sup>

Nos enfocaremos someramente en el primer y segundo punto.

Respecto de lo primero, la democracia se legitima sobre el consenso no presunto, como aclara Sartori, de los ciudadanos. El poder se legitima por las elecciones libres y recurrentes de los votantes. Los votantes, el pueblo, es el titular del poder.

El segundo punto es propio de los tiempos contemporáneos. Hoy en día ya no es posible la democracia al estilo griego, la democracia contemporánea “... no puede ser más que una democracia representativa que separa la titularidad del ejercicio para después vincularla por medio de los mecanismos representativos de la transmisión del poder. El que se añadan algunas instituciones de democracia directa –como el referendium y la iniciativa legislativa popular- no obsta para que

---

<sup>66</sup> SARTORI, GIOVANNI, *Elementos de teoría política*, Editorial Alianza, 1992, p. 27.

las nuestras sean democracias indirectas gobernadas por representantes.”<sup>67</sup>, en este contexto no se trata ya sólo del auto-gobierno (i.e. que sean efectivamente todos los ciudadanos los que puedan participar de la constitución de la democracia), sino de la limitación y control sobre el gobierno (i.e. que los controles al ejercicio del poder protejan adecuadamente a los ciudadanos). La nota característica del mundo moderno a este respecto es la disociación entre titularidad/ejercicio, la identificación era propia de “lo político” del mundo antiguo.

De esto puede seguirse que el control del ejercicio del poder y las limitaciones que en debido a ello se generan, no se basan necesariamente en una concepción natural de los derechos, sino en una cuestión conceptual, el Estado puede afectar derechos fundamentales, actuando muchas veces de forma justificada –por que es legítima la restricción de estos derechos en ciertos supuestos- pero en muchas otras no, y, en lo que es posible concluir de la experiencia histórica de atropello de los derechos humanos por el Estado, esto es, que tiende históricamente a vulnerarlos.

De este modo, los derechos fundamentales no sólo legitiman el ejercicio del poder sino que autoriza necesariamente su control.

El ejercicio del poder soberano en nuestro sistema político corresponde al poder legislativo. La premisa básica entonces es que es este órgano estatal y no otro el que dicta las leyes. Entendidas como directivas sobre el comportamiento, la ley se diferencia de otras directivas por que están dotadas de una autoridad especial –a diferencia, por ejemplo, de los simples actos de la administración.

El fundamento de esta autoridad de esta autoridad radica en el primer elemento a que se refiere Sartori. La autoridad de las leyes se basa en que son el producto del órgano más representativo del Estado. Las personas participan indirectamente del proceso legislativo, de este modo, las leyes pueden ser comprendidas como

---

<sup>67</sup> SARTORI, GIOVANNI, *ob. cit.*, p. 28.

un producto, si bien indirecto, de la voluntad del pueblo. Es el propio pueblo el que se auto-gobierna.

Si se trata de auto-gobierno, entonces las personas en un sistema de representación indirecta tienen que tener, el menos, la posibilidad de elegir voluntariamente a aquellos que dictarán las reglas. Este procedimiento de identificación con el sistema político llamado democracia.

Sin embargo, la decisión por la democracia puede ser abordada desde otro punto de vista, no propio de la teoría política, sino desde el punto de vista sociológico de la coordinación social de la acción.

Desde esta otra perspectiva, la democracia puede ser entendida formalmente como un sistema de reglas bajo el cual la coordinación de la acción se hace posible.

En este contexto surge la pregunta ¿por qué preferir la democracia y no otra forma de coordinación de la acción? En efecto, si de lo que se trata es de elegir la mejor forma de coordinar nuestras acciones, entonces debemos preguntarnos cuál sería la mejor forma de lograr la coordinación colectiva.

En el mundo moderno, existen varias formas de lograr la coordinación colectiva de acciones además de las formas políticas que dan lugar a diferentes formas de ejercicio del poder, como la monarquía, la plutocracia, la democracia, etc. También podemos encontrar mecanismos sistémicos de organización de la acción.

En el que nos queremos enfocar es una forma particular de coordinación sistémica. Examinaremos el “mercado” como forma de organización colectiva de acciones, para determinar en referencia a éste, por qué debemos preferir la democracia. Esto será abordado desde el punto de vista de la legitimidad del

poder, veremos que el mercado genera asimetrías inconciliables con la coordinación democrática de la acción.

Lo anterior no obsta en todo caso a un análisis sobre la eficiencia de la democracia para los efectos de la inversión privada. En este sentido es como parece hablarse hoy cuando se hace referencia la gobernabilidad, por que parece entenderse que sólo bajo el trasfondo de un complejo de expectativas garantizadas jurídicamente la actividad comercial puede tener lugar.

Según Knight & Johnson los mercados son instituciones que "...precisamente en el sentido que tenemos en mente: mecanismos para coordinar interacciones sociales en curso..."<sup>68</sup>. Esta afirmación es posible de ser enmarcada en una teoría de la sociedad. Siguiendo a Habermas, los mercados son instituciones de coordinación de acciones que operan de forma sistémica. A grandes rasgos, ello significa que la coordinación de las acciones no se produce de forma orientada al entendimiento.

El énfasis en estos tipos de actos de habla significa que la legitimidad de las reglas bajo las cuales se logra la coordinación se mide por sus efectos. Es decir, en la medida que se produzcan los efectos de las pretensiones comunicativas de los actores que se desenvuelven en un determinado ámbito de la sociedad, dichas reglas son legítimas. Si la aplicación de las reglas coordina la acción colectiva, entonces es legítima. La legitimidad, entonces, se mide por la mayor o menor eficacia de los efectos en el mundo exterior.

Para que el mercado pueda producir este tipo de reglas se requiere de un contexto social de ciertas características. Como lo pone de manifiesto Knight & Johnson, las condiciones necesarias para el argumento de que las interacciones del mercado producen resultados normativamente atractivos "...buscan asegurar que

---

<sup>68</sup> KNIGHT JACK Y JOHNSON JAMES, *Evaluación de los límites de la democracia radical*, en Gestión y política pública, volumen XIV, nº 3, II semestre de 2005, p. 503.

las decisiones de ningún productor o ningún consumidor ejerzan una influencia significativa en las decisiones de otros agentes. En otras palabras, los modelos microeconómicos estándar están poblados de agentes que son libres e iguales.<sup>69</sup> Este es el primer problema, puesto que si de lo que se trata a través del ejercicio de coordinación de acciones, es que las reglas acordadas rijan para todos, existiría un déficit en el comienzo, si lo que se pretende es operar bajo el presupuesto de que todos somos libres e iguales. Debe aclararse que la exigencia a que se refieren los autores no es de carácter normativo, sino empírico.

Estos presupuestos coinciden con los que los teóricos de la elección racional suponen, sin embargo de acuerdo a Knight & Johnson “No hay una sola explicación de la elección racional para la génesis de las instituciones. Si bien los teóricos de la elección racional suelen decir que las instituciones surgen de los esfuerzos centralizados de actores racionales para resolver problemas estratégicos recurrentes, presentan varias versiones enfrentadas de este proceso. Éstas difieren en: 1) las maneras como los teóricos conciben y moldean las interacciones sociales básicas que producen las instituciones, y 2) las características del contexto social que invocan, a fin de resolver los problemas estratégicos inherentes en esas interacciones.”<sup>70</sup>

Sin perjuicio del desacuerdo que existe, la versión más sólida sobre el surgimiento de las instituciones de acuerdo al paradigma del mercado, presupone que “...las condiciones para la existencia de la presión competitiva parecida a la del mercado por lo general son frecuentes y fácilmente reproducibles en un ambiente social descentralizado. Segundo, es más probable que el proceso descentralizado del surgimiento y el cambio de las instituciones produzca instituciones de mercado imparciales que neutralicen los efectos de las asimetrías de poder.”<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> KNIGHT JACK Y JOHNSON JAMES, *ob. cit.*, p. 506.

<sup>70</sup> KNIGHT JACK Y JOHNSON JAMES, *ob. cit.*, p. 511.

<sup>71</sup> KNIGHT JACK Y JOHNSON JAMES, *ob. cit.*, p. 517.

El cumplimiento de estas condiciones parece no corresponder a la realidad. De acuerdo a la evidencia existente, los autores afirman que las condiciones necesarias para la “presión competitiva” semejante al mercado son extremadamente restrictivas, aún dándose sólo rara vez regirían el surgimiento de las instituciones sociales. Ello permite afirmar que es más probable que surjan formas institucionales que favorezcan los intereses de los grupos sociales dominantes, luego, no se daría la competencia de mercado necesaria para neutralizar los efectos de las asimetrías de poder.

En consecuencia, según estos autores “...la versión más sólida del surgimiento de las instituciones realmente debilita justo el tipo de confianza que necesitamos, a fin de sustentar el privilegio del mercado. De hecho, esperamos que, en la mayoría de los casos, las instituciones, incluidas las instituciones del mercado que surgen de la interacción social descentralizada, encarnen los tipos de asimetrías que coinciden con las condiciones de participación libre e igual que presupone la operación eficiente de los mercados... Esta conclusión plantea un problema de justificación obvio y especialmente desconcertante. Si las instituciones estratégicas caracterizadas por asimetrías de poder y, por tanto, son moralmente arbitrarias, ¿cómo podemos justificar cualquier arreglo institucional dado o propuesto?”.<sup>72</sup>

Podría postularse que estas asimetrías son producto de la ignorancia de los sujetos, asimetrías de conocimiento que no sería posible de subsanar. En un modelo de coordinación como el mercado ello afecta de manera concluyente su capacidad justificatoria, pero parece que también afecta al modelo democrático de deliberación. En efecto, si los votantes son sistémicamente ignorantes de los procesos a través de los cuales se generan los presupuestos de la legislación (debido a interferencias como el lobby, acuerdos internacionales, etc.) entonces no habría un vínculo lo suficientemente fuerte como para justificar la democracia indirecta.

---

<sup>72</sup> KNIGHT JACK Y JOHNSON JAMES, *Evaluación de los límites de la democracia radical*, en *Gestión y política pública*, volumen XIV, nº 3, II semestre de 2005, p. 518.



Esta, en parte, es la crítica que modernamente se hace a la democracia deliberativa por Pincione y Tesón<sup>73</sup>. Para Mackie esta visión de los votantes no sería correcta. En efecto “Los altos costos de la información, la susceptibilidad heurística y los prejuicios, han inspirado a algunos autores (Frey y Stutzer, Robert H. Frank, Sunstein y Thaler) en la elección privada para proponer que el gobierno y otras instituciones ayuden a superar estos obstáculos para los *one's all-things-considered goals* [no existe una traducción precisa pero puede entenderse como “objetivos de las personas en que se consideran todos los aspectos conjuntamente”], casi lo opuesto a la teoría de Pincione y Tesón... Los ciudadanos carecen de omnisciencia, pero son capaces de juzgar si a quienes le incumbe hacer “políticas” lo hacen mejor o peor. Uno no necesita ser un chef para juzgar una comida, ni elegir entre restaurantes que compiten entre sí. Esta forma de considerar la representación como una institución para economizar la adquisición de información valiosa y la deliberación pública puede ser defectuosa. Pero es una alternativa plausible a la posición de la falla del discurso y requiere de una respuesta.”<sup>74</sup>

Entonces, el Mercado podría regular aquellos sectores en que no existe esta asimetría de información, es decir, aquellos sectores en que los votantes sí están informados.

Carol Rose parece sugerirlo. La autora sostiene que “La idea es que si la propiedad puede permanecer a salvo el comercio se vuelve viable, los ciudadanos son más proclives a interesarse por ganar dinero, en lugar de matarse unos a

---

<sup>73</sup> Cfr. GUIDO PINCIONE Y FERNANDO TESÓN, *Rational choice and democratic deliberation*, Cambridge University Press, 2006.

<sup>74</sup> MACKIE GERRY, en Notre Dame Philosophical reviews, 2007 “The costliness of information, and susceptibility to heuristics and biases, in *private* choice has inspired some authors (Frey and Stutzer, Robert H. Frank, Sunstein and Thaler) to propose that government and other institutions help to overcome these obstacles to one's all-things-considered goals, almost a reversal of Pincione and Tesón's theory... Citizens lack omniscience, but are able to judge whether incumbents are making the polity better off or worse off. You don't need to be a chef to judge the meal, nor to choose among competing restaurants. This account of representation as an institution for economizing on costly information acquisition and public deliberation may be defective, but it is a plausible alternative to their claim of discourse failure and requires a response.”

otros por razones de religión, de nacionalidad o de clan. Por estas razones, la propiedad privada y un comercio activo deberían volver a la política en general un asunto menos caldeado y menos peligroso. Es mejor una política insulsa que una demasiado encendida o demasiado apasionante, y el estímulo del comercio es una forma de volver insípidos los asuntos públicos. Según esta postura, una baja participación de votantes no es un problema. Es un síntoma de que la gente tiene mejores cosas que hacer con su tiempo, a saber, volverse ricos. Si pueden ocuparse en obtener fortuna, dejarán de disiparse entre ellos.”<sup>75</sup>

Rose parece equivocarse. Desde un punto de vista moral, la democracia no es un gobierno de los pobres para los pobres. No es un gobierno cuyo alcance se limite sólo a quienes están desinformados -Pincione- o no tienen propiedad -Rose-, sino que es la forma a través de la cual se toman decisiones que alcanzan a toda la comunidad política. En el mundo de hoy, ello significa que las decisiones colectivas -la legislación- pretenden regular la conducta de todas las personas.

Por lo demás, si la tesis de Rose fuera correcta significaría que la exclusión de los ámbitos de decisión colectiva que es lo que se produce con la marginalización -y empobrecimiento- de ciertos grupos sociales, debería generar mayor participación, lo que tampoco es correcto empíricamente.

El mercado entonces, no puede explicar de manera consistente el surgimiento de instituciones deliberativas, lo que a su vez, parece remarcar dos propiedades del proceso democrático. Primero, que no puede constituirse exclusivamente por actos orientados a producir determinados efectos en el receptor, sino fundamentalmente de actos orientados al entendimiento. Segundo, en la democracia no se trata, al menos no solamente, de lograr la coordinación de la acción colectiva, sino de justificar una determinada forma de coordinación de la acción. Se sigue de lo anterior la tercera propiedad: que la justificación de la

---

<sup>75</sup> ROSE CAROL, *Privatización y gobierno*, SELA, p. 18.

democracia parece depender de que efectivamente se trate de actos orientados al entendimiento.

Es decir, si se afecta la democracia por la existencia de distorsiones en el proceso deliberativo, ello tiene que estar sujeto a control. Como vimos, el aspecto central de la democracia indirecta es el control de los poderes estatales. Lo que no sólo alcanza al poder Ejecutivo y Judicial, sino también al Legislativo. Partiendo del supuesto que parte Sartori, parece ser que sólo en una democracia directa - imposible en el mundo actual- el control de la legislación no está justificado. En un modelo como este, el pueblo toma directamente las decisiones, y, por el hecho de que las decisiones las toma directamente, es que no se considera la necesidad de control. El control de estas decisiones en un modelo de democracia directa es imposible de justificar internamente. Todo control externo a la toma de decisiones afecta la legitimidad de la elección tomada.

Sin embargo ello no ocurre tratándose de las democracias indirectas. El control en estos sistemas es inherente a la legitimidad del ejercicio del poder.

Que el control de los poderes estatales es inherente a la democracia indirecta es algo evidente si se considera el hecho de las elecciones periódicas. En este sentido, el reconocimiento de la legitimidad del *judicial review* puede ser visto como otro tipo de control sobre el ejercicio del poder. Sólo identificando ejercicio con el dominio del poder, el control se hace innecesario, pero ello supone un modelo de democracia directa, lo que es imposible. De esta manera el *judicial review* puede verse en el marco más general del control del ejercicio del poder. Lo que debe discutirse entonces, es si es una forma apropiada de control del ejercicio del poder.

El problema de entender que el control sólo reside en los períodos electorales, es que parece romperse una regla básica de la teoría del control, esto es, que debe ser un órgano diferente el que se auto-controle. Bajo el prisma del control

exclusivo de las elecciones, el único control, lo ejerce el mismo sujeto colectivo que constituye al legislativo, al ceder -condicionalmente- el ejercicio de la soberanía: el pueblo.

El argumento es fuerte, en el sentido que parece ser correcto que sea la fuente del poder quien controla el ejercicio del poder, este control sería el control justificado por excelencia. Pero parece irreal que este control sea efectivo, o bien, la realidad de la efectividad de este control presupone no sólo una sociedad civil fuerte y una opinión pública consolidada, sino un ejercicio de “lo político” como presuponemos, es decir, ausente de la prioridad de actos no-orientados al entendimiento. Sin embargo, es un hecho la existencia de procesos que distorsionan el proceso político, esto lo demuestra la misma experiencia del lobby y las presiones internacionales.

Si “lo político” no funciona adecuadamente, entonces otros controles se hacen necesarios, como se verá.

De acuerdo Knight & Johnson el éxito de la democracia se explica por el contexto social en que se desarrolla este proceso deliberativo, en particular, al hecho del pluralismo político. Según estos autores, dado el hecho del pluralismo político habrá siempre desacuerdo legítimo sobre ciertos temas “...la previsible persistencia de dicho desacuerdo legítimo recomienda una postura experimental hacia las formas institucionales en competencia. Esto, a su vez, apoya nuestra afirmación específica acerca de la prioridad de la democracia. Un rasgo crucial de los procedimientos experimentales es la capacidad de reflexión. Debemos confiar o valorar los resultados experimentales sólo en la medida en que emergen en las condiciones adecuadas y dedicamos mucho esfuerzo a monitorear esas condiciones. La prioridad de las instituciones democráticas, y específicamente de los arreglos democráticos deliberativos, surge porque expresa los tipos de capacidad de reflexión necesaria para monitorear las condiciones en las que dichas instituciones y prácticas alternativas, incluidos los propios procedimientos

democráticos, generan resultados normativamente atractivos.”<sup>76</sup>, en cambio, otras instituciones sociales como los mercados, y, en algunos casos, el derecho consuetudinario, producen resultados normativamente atractivos, en gran medida, porque prescinden de la capacidad de reflexión de las interacciones sociales.

El desacuerdo legítimo en cuestiones centrales para la decisión acerca de cómo habremos de organizarnos para vivir juntos, es fundamental en una sociedad pluralista que considera legítimo diferentes concepciones sobre lo bueno. Ello presupone, en todo caso, ciertas propiedades del contexto social en la cual este desacuerdo tiene lugar.

Como veremos, el hecho que estas condiciones no siempre se den –el funcionamiento correcto de la sociedad civil, la opinión pública y la política– posibilita el surgimiento legítimo de ciertos correctores, como la teoría de la revisión judicial en sentido débil.

---

<sup>76</sup> KNIGHT JACK Y JOHNSON JAMES, *ob. cit.*, p. 521.

### 3. Política

Hemos convenido en que es la democracia la forma a través de la cual alcanzaremos los acuerdos necesarios para coordinar las acciones. Pero esto todavía no dice nada sobre el papel de los desacuerdos.

Se ha resaltado actualmente la importancia del desacuerdo en materia política, ya Knight & Johnson aludían tangencialmente a ello. La respuesta más razonable a como resolvemos el legítimo desacuerdo sobre cuestiones sustanciales, como por ejemplo, con arreglo a que decisión institucional decidiremos cuestiones sobre justicia distributiva, parece ser la defendida por Atria “La solución razonable es asumir que para actuar colectivamente no necesitamos acuerdo, y esta decisión debe manifestarse en un modelo institucional que nos permita tomar decisiones e identificar las decisiones ya tomadas sin necesidad de resolver el problema sustantivo que nos divide. Las formas institucionales de decisión, en consecuencia, y el modo en que las decisiones producidas son identificadas, deben ser arbitrarias desde el punto de vista de la sustancia: si no lo fueran no podríamos tomar decisiones en las circunstancias de la política ni podríamos identificar las decisiones ya tomadas.”<sup>77</sup>.

De acuerdo con la concepción de Atria, la separación entre política y derecho es necesaria para evitar que en cada nueva decisión de aplicación del derecho se reproduzca el desacuerdo, ello haría imposible la jurisdicción. La forma de separar estos ámbitos opera a través de la “formalidad” de las normas jurídicas. La formalidad de las normas permite hacer a un lado la reactualización del desacuerdo sobre asuntos sustanciales, de manera que los conflictos que se promueven ante los tribunales se resuelven sin la necesidad de recurrir a la resolución de estas cuestiones otra vez más. Luego, el derecho, resuelve el

---

<sup>77</sup> ATRIA, FERNANDO, *Verdad, política y derecho*, en “Ius et Praxis”, año 2000, volumen 6, número 001, p. 568.

conflicto mediante la sola identificación de criterios procesales –que ya suponen una decisión sobre un desacuerdo político- por parte de un juez.

En el plano político también hay una cierta formalidad. Atria sigue aquí a Waldron, quien afirma que en cuestiones políticas no es importante la discusión sobre la existencia o inexistencia de los “hechos morales”, en efecto “Dado que la política es una esfera en la cual concurren distintos actores en plano de igualdad, no es razonable que yo espere que mi posición en primera persona sea [p. 567] privilegiada frente a la de los demás a menos que yo esté dispuesto a reconocer ese privilegio a los otros, caso en el cual, desde luego, no habría privilegio alguno. En una discusión sobre la moralidad de la tortura... yo puedo invocar y desarrollar las razones por las cuales (yo creo que es verdadero que) la tortura es inmoral, pero no puedo agregar, además, como una razón a ser sumada a las anteriores, que mi afirmación es verdadera...”<sup>78</sup>, si ello es verdad, la corrección de la norma jurídica aplicable depende exclusivamente de la capacidad del juez de identificar la norma “procesal” aplicable, el juez para ser tal debe ser capaz de capear el balance que está ínsito en la deliberación política.

El problema es que parece presupuesto un concepto de lo político muy amplio sin delimitaciones claras.

Esto puede verse claramente en el argumento de Waldron contra la revisión judicial. Según Ruiz Miguel, Waldron sostiene que “... si creemos en el igual derecho a la participación de los ciudadanos en las decisiones colectivas, la teoría de la autoridad que debemos defender es la democrática, que da la última palabra sobre el alcance de los derechos a los ciudadanos, o a sus representantes, y no a un tribunal.”<sup>79</sup>. Es decir, es el acuerdo al que llegan los representantes en el marco de la discusión política es la decisión verdaderamente autoritativa, permitir que sean los jueces los que tengan la última palabra sobre la materia, significa

---

<sup>78</sup> ATRIA, FERNANDO, *ob. cit.*, p. 568.

<sup>79</sup> RUIZ MIGUEL, ALFONSO, *Constitucionalismo y democracia*, ISONOMÍA nº 21, octubre 2004, p. 70.

conceder a lo judicial, la autoridad que en principio sólo le reconocemos al legislador.

Waldron es uno de los pocos autores en el sistema jurídico norteamericano, que es crítico<sup>80</sup> del *judicial review*. Sin embargo, creo que en el marco de su teoría, el estricto rechazo de este mecanismo de control del ejercicio de la legislación, implica adoptar una concepción de lo político que no tiene límites muy bien definidos, convirtiéndose en un concepto excesivamente amplio.

Este concepto parece seguirse de la adopción de Waldron de una particular visión de la teoría de juegos para analizar la teoría política. Según Gerald Gaus el equilibrio de coordinación, que es el equilibrio sobre el que Waldron basa su teoría de la política, es una combinación en la cual nadie habría estado mejor si cualquier agente por sí solo hubiera actuado de otra manera, el mismo o alguien más. Esto es lo que se llama juego de “coordinación impura”, en que si bien hay desacuerdos -en este caso políticos- sobre el punto de coordinación que debe ser preferido, es mejor actuar conjuntamente que cualquier forma de resultado no coordinado. Sin embargo, según Gaus “... es posible tener un juego de coordinación en el que algunos puntos no coordinados (que no están en equilibrio) son mejores para todos los agentes que algunos puntos coordinados.”<sup>81</sup>. Luego, estrictamente desde el punto de vista de la teoría de juegos de Waldron, es dudoso que sea preferible lo que afirma que es, a saber, la actuación coordinada.

Gaus no sólo objeta estas presuposiciones de la teoría de juegos de Waldron, sino que considera inadecuado, en algunos casos, la utilización de esta teoría en los contextos de la legislación y la política. De acuerdo con el ejemplo propuesto por Gaus sobre un juego de coordinación con un punto no coordinado Pareto-superior, supuestamente demuestra que no se sigue necesariamente que en todos los

---

<sup>80</sup> CFR. WALDRON JEREMY, *The core of the case against judicial review*, Yale Law Journal, 2006, 1347-1406.

<sup>81</sup> GAUS, GERALD, *Waldron y el juego de la coordinación jurídica*, en “Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella”, volumen 4, nº 2, julio 2003, p. 3.



juegos de coordinación, el actuar por cuenta de cada uno individualmente, sea siempre peor que cualquier forma de coordinación<sup>82</sup>.

Según Gaus, Waldron tiene razón en que "...hay cosas sobre las que necesitamos coordinar, y para algunas cuestiones la explicación basada en la coordinación es clara. Todos (o prácticamente todos) estamos de acuerdo en que necesitamos algunas leyes de propiedad... Waldron, sin embargo, no sólo pretende mostrar que algunas de nuestras leyes actuales son puntos de coordinación (nuevamente, vis a vis el estado de naturaleza), sino también que podemos comprender debates sobre nuevas leyes, y nuestra aceptación de su autoridad, como juegos de coordinación impura..."<sup>83</sup>.

Por último, según Gaus, sus conclusiones en lo relativo al debate de las leyes son incorrectas "... para que Waldron pruebe que la nueva legislación resuelve el problema de coordinación jurídica, debe ocurrir que no haya absolutamente ninguna ley sobre 'M' es clasificado por debajo de toda ley propuesta (¿posible?) en el orden de preferencias de cada uno. Y eso parece ser lo que Waldron sí supone... Esta suposición, sin embargo, es manifiestamente falsa. Abrumadoramente, en los debates sobre nueva legislación, un número significativo de personas cree que no se requiere ninguna política común sobre M o, al menos, que no se adopte ninguna política común es ciertamente mejor que muchas de las maneras propuestas de actuar conjuntamente."<sup>84</sup>

En todo caso, el punto fuerte de la tesis de Atria es que, aparentemente, es estrictamente respetuosa del ideal democrático. Las normas por las que debemos guiar nuestra conducta "... serán justificadas sólo en la medida en que el requerimiento que expresan es aceptable para todos los involucrados."<sup>85</sup>, esta es la razón por lo que todos los intereses de las personas deben estar debidamente

---

<sup>82</sup> GAUS, GERALD, *ob. cit.*, p. 4.

<sup>83</sup> GAUS, GERALD, *ob. cit.*, p. 2.

<sup>84</sup> GAUS, GERALD, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>85</sup> ATRIA FERNANDO, *Legalismo, derechos y política*, SELA, p. 34.

representados en el aparato deliberativo. Esta sería, dicho sea de paso, la principal razón para modificar el sistema electoral binominal actual, aplicado a las elecciones parlamentarias, puesto que esta configuración disminuye la representatividad de intereses cuantitativamente relevantes.

En este marco, los derechos fundamentales son entendidos, implícitamente, en el sentido de su concepción política. Bajo esta perspectiva el respeto por estos "... derechos verdaderamente fundamentales asegura que la comunidad a la cual pertenecemos satisface un requerimiento muy mínimo de decencia y de esta forma nos da razones para mantener nuestra pertenencia. Decir que somos miembros de la comunidad es decir que adoptamos hacia ella la actitud interpretativa, y al hacer esto entendemos y aceptamos la existencia de otras interpretaciones. Aunque podamos estar sustantivamente en desacuerdo con esas interpretaciones, nuestra pertenencia común implica respeto por el otro como un adversario cuyas opiniones sustantivas pueden ser incorrectas (como lo son cuando apoyan un sistema de salud de seguros privados más subsidios de acuerdo al ingreso) pero legítimas. El mínimo más básico constituye la diferencia entre adversario y un enemigo. La política es, entonces, sobre todo lo demás..."<sup>86</sup>.

Que la política sea por sobre todo lo demás "... significa que la comunidad deja de ser valiosa cuando esos derechos (deberes) muy básicos entran al campo de batalla político..."<sup>87</sup>.

Esto no parece ser muy consistente con sus propias presuposiciones sobre los derechos fundamentales, pues si es "lo político" lo que debe definir los aspectos más básicos de la convivencia<sup>88</sup>, entre los que se incluyen las cuestiones relativas a los derechos fundamentales –de ahí que los jueces no deban tener la autoridad para resolver estas cuestiones en el marco de su teoría- , el problema es

---

<sup>86</sup> ATRIA FERNANDO, *ob. cit.*, p. 60.

<sup>87</sup> ATRIA FERNANDO, *oi. cit.*, p. 62.

<sup>88</sup> ATRIA FERNANDO, *Revisión Judicial: El Síndrome de la Víctima Insatisfecha*, en "Centro de Estudios Públicos", N° 79, año 2000, p. 348 y ss.

determinar con arreglo a qué criterio se determina qué queda fuera y qué queda dentro, y qué órgano del Estado debe decidir si el marco del acuerdo político excede lo que tiene autoridad para tratar.

Pero si ciertos aspectos –pues de lo contrario no puede haber comunidad política– quedan fuera de la deliberación política, la política no auto-define todo. Creo que es correcto que “no todo” quede al alcance de la deliberación política, como veremos.

Lo que “queda fuera” de “lo político” está referido a la constitución del agente político, no a cómo actúa el agente político. La política es reflexiva en tanto alcanza a la misma comunidad política<sup>89</sup>, esto es, en tanto decide sobre la identidad misma del colectivo político. Pero en la decisión de esta identidad, algo siempre debe quedar fuera, como veremos.

---

<sup>89</sup> ATRIA, FERNANDO, *Sobre la soberanía y lo político*, conferencia SELA, p. 20.

#### 4. Poder judicial

La legislación, entonces, que es el producto de la política, trata sobre las cuestiones fundamentales para la convivencia de las personas en una determinada sociedad. El producto de la política resulta ser un conjunto de normas universales, esto es, regulan soluciones genéricas a casos genéricos. Esta forma de entender la legislación afecta la forma en que podemos entender la función judicial.

En efecto, la aplicación de estas normas universales implica una cierta forma de estructurar el poder judicial "...puesto que al momento de la aplicación el requerimiento no es justificar una norma sino aplicarla, no existe ninguna razón por la cual las autoridades adjudicativas deban compartir la onerosa estructura de una asamblea legislativa. Las autoridades adjudicativas dan por sentada la justificación, y su función es evaluar un caso concreto desde el punto de vista de todos sus aspectos concretos y singulares."<sup>90</sup>

Según Atria, los tribunales sólo están encargados de la aplicación de la ley, esto es, resolver si el caso presentado ante el tribunal comparte aquellas propiedades previstas por la norma correspondiente, de manera que se pueda afirmar que es una "instanciación" de los casos genéricos cuya solución genérica está regulada en la ley.

El poder judicial así concebido no puede ser una alternativa legítima cuando se trata no de discursos de aplicación sino de discursos de justificación, como son aquellos a que se refiere la revisión judicial: "El argumento acerca de la revisión judicial y la protección judicial de los derechos fundamentales es un argumento acerca de la legitimidad de preferir una respuesta judicial por sobre una legislativa

---

<sup>90</sup> ATRIA FERNANDO, *Legalismo, derechos y política*, SELA, p. 34.

a problemas controversiales que surgen de las implicaciones del reconocimiento de estos derechos.”<sup>91</sup>

En esta teoría no es que los derechos fundamentales carezcan de valor, estos tratan sobre cuestiones tremendamente importantes y por ello mismo es que los conflictos que se suscitan con referencia a ellos es que se deben resolver en la sede que tiene mayor representatividad, el parlamento.

Atria da un ejemplo en que se debe determinar la constitucionalidad de una medida del gobierno que obliga a los colegios particulares subvencionados a recibir una cuota de 15% de alumnos vulnerables “No es posible determinar la constitucionalidad de esta medida sin una concepción política que asigne peso relativo a la libertad del dueño de un colegio subvencionado de elegir a los alumnos de éste y a la igualdad de oportunidades...”<sup>92</sup>.

El, peligro de la inseparabilidad de la política y el derecho cuando se trata de la exigibilidad de los derechos fundamentales, es que la posibilidad de desacuerdo legítimo sobre el que reposa el estado democrático puede desaparecer: “Los problemas constitucionales surgen generalmente porque hay un desacuerdo sobre el contenido de un derecho específico. Si la constitución garantiza el derecho a la vida hay espacio para el desacuerdo acerca de si el aborto está prohibido. El espacio para el desacuerdo sobre ese tema se ve seriamente disminuido, cuando no eliminado, después de que la corte ha decidido que la constitución permite (o prohíbe) el aborto. Ahora, a menos que un agente político quiera desafiar la autoridad de la Corte, el asunto está resuelto.”<sup>93</sup>.

El desacuerdo legítimo en una sociedad democrática es disuelto en los conflictos individuales que resuelven los tribunales. Luego, la idea que se esconde detrás de

---

<sup>91</sup> ATRIA FERNANDO, *ob. cit.*, p. 39.

<sup>92</sup> ATRIA FERNANDO, *ob. cit.*, p. 41.

<sup>93</sup> ATRIA FERNANDO, *ob. cit.*, p. 68.

la revisión judicial es un idea anti-democrática "... la idea es que las personas, en las cuales debe confiarse para que tomen las opciones más importantes de sus vidas, no pueden ser confiables cuando se reúnen públicamente para deliberar y decidir sobre los derechos de todos. La institución de la revisión judicial aquí es vista como una forma de garantía de que el pueblo no podrá avasallar los derechos de algunos, y esto a su vez es hecho plausible por la vía de asumir, sin necesariamente explicitar, que la agencia colectiva es irracional y que cada agente participa de ella guiado sólo por su autointerés..."<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> ATRIA FERNANDO, *Verdad, política y derecho*, en "Ius et Praxis", año 2000, volumen 6, número 001, p. 570.

## 5. La autonomía

Este apartado puede considerarse la parte central de esta tesis, pues suministra los fundamentos normativos para la función experimental del poder judicial que aquí se sostiene. Pero la función que la autonomía tiene para el sistema jurídico y social excede ampliamente el marco de lo que puede entenderse por función de la judicatura, pues suministra las razones más generales que se encuentran en la base de nuestro ordenamiento social. De esta manera, la autonomía también suministra las razones que legitiman al Estado mismo. La autonomía como el centro de la estructura social y jurídica, sin embargo, excede el marco de esta tesis. Por ello, sólo la abordaremos en sus aspectos centrales, refiriéndonos al Estado de Derecho y a la constitución de lo social.

La autonomía ha sido analizada generalmente en el marco de las teorías liberales de la justicia. Sin embargo, estas teorías al analizar el concepto de autonomía han adoptado una visión unilateral y centrada en una concepción pre-moderna del Estado, como se verá.

Estimo que es mejor partir de un concepto simple de autonomía, en sentido personal. La autonomía es la condición en que se encuentra una persona para tomar las decisiones sobre su plan de vida. Esta definición, si bien es estipulativa, posee las propiedades que por regla general comparten los diferentes conceptos que se formulan sobre la autonomía. Su carácter formal nos servirá para dar contenido y límites a lo que al final de este apartado, deberá ser el concepto más convincente sobre la autonomía.

Cuando se habla de autonomía, la filosofía moral moderna suele distinguir entre autonomía moral y autonomía personal. Según Waldron "Hablar de autonomía personal evoca la imagen de una persona a cargo de su vida, que no sigue simplemente sus deseos, sino que elige qué deseos seguir. No es una idea inmoral, pero tiene poco que ver con la moralidad. Aquellos que la valoran no lo

hacen como parte de la empresa moral de reconciliar los intereses de una persona con los de otra; en cambio, ellos lo ven como una forma particular de entender en que consisten los intereses de cada uno. La autonomía moral, por contraste, se asocia específicamente con la relación entre la búsqueda de los fines propios de una persona con la búsqueda de los fines de otro. Esto es particularmente cierto en sus manifestaciones kantianas. Una persona es autónoma en sentido moral cuando no es guiada sólo por su propia concepción de felicidad, sino por una preocupación universal por los fines de todas las personas racionales.”<sup>95</sup>

De esta manera, la autonomía personal se referiría al ideal de la persona que autodetermina el curso de su vida; la autonomía moral, a la pretensión de reconciliar los fines propios de X con los fines propios de Y. Una persona, en consecuencia, obra de manera autónoma -en sentido moral- cuando reconcilia su propio interés con el del otro de acuerdo a una ley de carácter universal.

La autonomía personal, entonces, no se referiría “externamente” a esta reconciliación con el otro, sino a una especie de “reconciliación interna”. En relación con ello, pasan a ser relevantes las decisiones de segundo orden. Las decisiones de primer orden son las decisiones referidas a la elección en concreto de diferentes alternativas. Por ejemplo, la decisión entre viajar diariamente al trabajo en micro o en metro son decisiones de primer orden. Pero existen otro tipo de decisiones, que se refieren al modo en como tomamos estas decisiones de primer orden. Estas decisiones se refieren a “...la estrategia apropiada para reducir los problemas asociados con la realización de decisiones de primer orden.

---

<sup>95</sup> WALDRON, JEREMY, *Moral autonomy and personal autonomy*, en “Autonomy and the Challenges to Liberalism”, Edited by John Christman and Joel Anderson, Cambridge University Press, 2005, 307 “Talk of personal autonomy evokes the image of a person in charge of his life, not just following his desires but choosing which of his desires to follow. It is not an immoral idea, but it has relatively little to do with morality. Those who value it do not value it as part of the moral enterprise of reconciling one person’s interest with another’s; instead they see it as a particular way of understanding what each person’s interest consists in. Moral autonomy, by contrast, is associated specifically with the relation between one person’s pursuit of his own ends and others’ pursuit of theirs. This is particularly true of its Kantian manifestations. A person is autonomous in the moral sense when he is not guided just by his own conception of happiness, but by a universalized concern for the ends of all rational persons.”



Las decisiones de segundo orden, así, implican las estrategias que la gente usa en orden a evitar meterse en una situación ordinaria de decisión.”<sup>96</sup>, de este modo en el caso de nuestro ejemplo, la decisión de segundo orden se referiría a los criterios con arreglo a los cuales yo decido si me iré al trabajo en micro o en metro. Si viajar en micro demora más tiempo pero voy más cómodo, y, prefiero viajar más cómodo, viajaré a mi trabajo en micro. Ello implica, por de pronto, la decisión de no viajar en metro, si pretendo llegar a la hora de ingreso regular a mi trabajo, tendré que levantarme más temprano, etc.

Existe un “mundo” de decisiones de segundo orden, desde el punto de vista de la autonomía, sin embargo, las decisiones de segundo orden relevantes se refieren a la determinación “de quien uno es”. En efecto “El reconocimiento de Dworkin también deja en claro que en el contexto de la teoría de la autonomía, los deseos de segundo orden relevantes se deben referir a los deseos de primer orden vinculados al concepto de uno mismo... La concepción de quien uno es -el tipo de vida que uno quiere tener, el tipo de persona que uno quiere ser- es esencial para la reflexión de segundo orden que constituye la autonomía. Raz, yo creo, también ve esto cuando asocia la autonomía a la auto-realización. Si bien la persona autónoma no necesita vivir una existencia altamente programada, es sin embargo una persona que en algún sentido relaciona las elecciones que hace con el curso global de su vida. El no sólo tiene opciones que puede tomar y realizar, también entiende su curso y significado en la matriz de “esta vida es mía”, y elige entre ellas sobre esta base. Yo creo que es posible que el ciudadano de Ronald Dworkin “que ve televisión, que toma cerveza y que se apasiona al decir ‘esta es la vida’, califica como autónoma bajo este criterio, pero también es posible que no. Para calificar, ‘esta es la vida’ tendría que referirse -como no se refiere a menudo en el

---

<sup>96</sup> SUNSTEIN CASS, R. AND ULLMANN-MARGALIT, EDNA, *Second-Order Decisions*, en “Chicago Public Law And Legal Theory Working Paper”, N°01, 1999 “... we refer to decisions about the appropriate strategy for reducing the problems associated with making a first-order decision. Second-order decisions thus involve the strategies that people use in order to avoid getting into an ordinary decision-making situation in the first instance.”

discurso coloquial- a algún aspecto valioso de la totalidad de la configuración de la existencia de la persona, no sólo al confort del momento.”<sup>97</sup>

Es por ello, que la autonomía personal está vinculada a la noción de autenticidad “... la deliberación que considera cual de ciertos deseos es el tipo de cosa por lo que yo debo estar motivado por su deliberación la cual accesa a mi verdadero yo, el centro de la autenticidad moral que puede desafiar deseos e inclinaciones que son juzgadas como ajenas a mi ser. Así, la autonomía personal es como la autonomía moral en el tipo de deliberación y compromiso que esta enfatiza. En ambos casos, hay un logro de distancia crítica, en ambos casos hay reflexión, y en ambos casos esta reflexión involucra la idea de ‘quien soy yo realmente’.”<sup>98</sup>

Para Waldron estos aspectos deliberativos y de compromiso que se encuentran en la autonomía personal también se encuentran en la autonomía moral. Así, ambos conceptos se acercan “... el hecho de que los dos tipos de autonomía privilegien capacidades del mismo tipo es, no obstante, útil, pues significa que cuando las demandas de la moralidad entran en escena, no estamos llamando a los individuos a que desarrollen un ejercicio completamente diferente del que está implicado en su autónoma auto-realización. La introducción de consideraciones morales no es el primer momento en el cual los deseos son chequeados o la

---

<sup>97</sup> WALDRON, *ob. cit.*, p. 318-319 “Dworkin’s account also makes it clear that in the context of a theory of autonomy, the relevant second-order desires must refer the first-order desires to the concept of one’s self... The conception of who one is - the sort of life one wants to lead, the sort of person one wants to be - is essential to the second-order reflection that constitutes autonomy. Raz, I think, sees this too when he associates autonomy with self-authorship. Though the autonomous person need not live a highly scripted existence, he is nevertheless a person who can relate the choices he makes to some sense of the overall course of his life. He not only has options and can carry them out, but he also understands their course and significance on the matrix of “this life of mine,” and he chooses among them on that basis. I guess it is possible that Ronald Dworkin’s “television-watching, beer-drinking citizen who is fond of saying ‘This is the life,’” qualifies as autonomous under this criterion, but it’s also possible that it does not. To qualify, “This is the life” would have to refer – as it does not often refer in colloquial discourse - to some valued feature of the whole shape of the person’s existence, not just the comfort of the moment.”

<sup>98</sup> WALDRON, *ob. cit.*, p. 319 “... the deliberation that considers whether a given desire is the sort of thing I ought to be motivated by is deliberation which accesses my true self, a core of moral authenticity that can defy desires and inclinations that are judged to be alien to me. So personal autonomy is like moral autonomy in the kind of deliberation and commitment that it emphasizes. In both cases, there is an achievement of critical distance, in both cases there is reflection, and in both cases this reflection involves the idea of “who I really am.”

inclinación espontánea es sujeta a escrutinio. Los individuos liberales, como sujetos personalmente autónomos, están ya familiarizados con la idea del disciplinamiento de sus inclinaciones a la luz de la clase de personas que quieren ser. Todo lo que sucede en la fase moral es que la imagen de esta persona es concebida como una que 'vive en términos justos con otros': es ahora a la luz de esta auto-imagen, más que meramente la auto-imagen de aquel 'a quien le gustaría que su vida tuviera tal y tal carácter', que esta inclinación es chequeada y que el deseo es sujeto a escrutinio. La moralidad ya tiene un punto de apoyo, y no hay una discontinuidad radical entre estos modos de reflexión y el auto-control requerido por la sumisión a lo que es correcto."<sup>99</sup>.

Waldron parece sugerir más que un acercamiento entre autonomía moral y autonomía personal, lo que dificulta su diferenciación, pues si la moralidad entra en escena en el ámbito de la autonomía personal, en el sentido que las decisiones de segundo orden serán tales en la medida que estén supeditadas a la idea de "disciplinar las inclinaciones de acuerdo al criterio de quien queremos ser" de acuerdo a un criterio de moralidad, ello significa que la imagen que la persona tiene de sí misma es objeto de escrutinio moral. Si esto es así, entonces ¿cual sería la diferencia entre autonomía moral y autonomía personal? Creo que hay dos formas de entender esto, siempre desde la perspectiva moral, que es la que Waldron parece asumir.

Una comprensión material de acuerdo a la cual el "disciplinamiento de las inclinaciones de acuerdo al criterio de quien queremos ser" tiene lugar en virtud de

---

<sup>99</sup> WALDRON, *ob. cit.*, p. 320 "... the fact that the two sorts of autonomy privilege capacities of the same kind is helpful nonetheless. For it means that when the demands of morality do enter the picture, we are not calling upon individuals to engage in an utterly different kind of exercise from that involved in their autonomous self-authorship. The introduction of moral considerations is not the first moment at which desire is checked or spontaneous inclination subjected to scrutiny. As personally autonomous, liberal individuals are already familiar with the idea of disciplining their inclinations in the light of the sort of person they would like to be. All that happens in the moral phase is that the image of such a person is conceived as "one who lives on fair terms with others": it is now in the light of this self-image, rather than merely the self-image of "one who would like his life to have such-and-such a character," that inclination is checked and desire subjected to scrutiny. Morality already has a toe-hold, and there is no radical discontinuity between the modes of reflection and self-control appropriate to the pursuit of happiness and the modes of reflection and self-control required for submission to the right."

un criterio moral, lo que restringiría lo que podemos entender por autonomía personal. Por lo demás, en esta concepción la autonomía moral y la autonomía personal no se pueden diferenciar.

Una comprensión formal de acuerdo a la cual el “disciplinamiento de las inclinaciones de acuerdo al criterio de quien queremos ser” no tiene lugar en virtud de criterios morales, lo que no restringiría –al menos no necesariamente- lo que podemos entender por autonomía personal. De esta forma diferenciamos autonomía personal de la autonomía moral. La decisión de segundo orden sobre el plan de vida, en todo caso, tiene que ver con la moralidad, en el sentido que *prima facie* se respeta a todos por igual la decisión de segundo orden referida al disciplinamiento de las inclinaciones de acuerdo a lo que queremos ser. Esto no obsta, a que ex post, ciertos planes de vida sean en definitiva prohibidos –como sería asesinar por el simple gusto de hacerlo, aquí el criterio de Feinberg de daño a otros, parece ser fundamental para delimitar adecuadamente los ámbitos de acción que autorizan al estado a limitar la libertad de los demás.

Waldron parece criticar la concepción -que de acuerdo a nuestra distinción sería la comprensión material- de autonomía que propone Raz “... algo puede difícilmente ser una abolición de la autonomía si sólo interfiere con la elección de opciones no valiosas: ‘una elección entre lo bueno y lo malo no es suficiente’ para la autonomía. Desde el punto de vista del sujeto, Raz piensa que el ejercicio de la autonomía representa el esfuerzo individual para tomar parte con lo que es bueno. La experiencia P de una persona al elegir entre dos tipos de vida, A y B, es la experiencia de P juzgando cual de ellas sería mejor para él tener; y Raz piensa que de esto se sigue que cualquiera que elija A sobre esta base está necesariamente comprometido con la idea de que si resulta que A es indeseable (a saber, si resulta que A carece del valor que la persona pensaba que tenía cuando la eligió), entonces el ya no tiene una razón para perseguir esta opción. Y esto es verdadero, Raz insiste, incluso si P está convencido (erradamente) que A

es valioso, por que nadie piensa que es una buena idea perseguir un curso de vida bajo una comprensión equivocada de su valor.”<sup>100</sup>

Pero esto es correcto sólo bajo una determinada interpretación de lo que está diciendo Raz. Según Waldron La concepción de Raz sería una concepción liberal perfeccionista “... este no es el lugar para discutir el perfeccionismo que Raz establece en estas premisas. Para nuestro propósito lo que es significativo es el puente que parece establecer entre autonomía personal y la moralidad. Raz reconoce que en su comprensión de la autonomía... una persona que carece del poder moral para discernir no tendrá lo que se requiere para ser personalmente autónomo. Así ahora ya no es sólo la forma del argumento -reflexión auto-crítica- sino la substancia de la evaluación que une las dos formas de la autonomía.”<sup>101</sup>

Raz entonces sugeriría una concepción material, de acuerdo a la cual la decisión autónoma es sólo aquella que puede perseguir “lo moralmente bueno”. Algo parecido se encuentra en Taylor “La concepción de la autonomía personal implícita en la doctrina de la virtud de Kant elude el problema que es endémico en la literatura sobre la autonomía personal: la autonomía como es concebida en la literatura es consistente con el comportamiento no ético, incluso criminal, el que hace que apuntemos a la pregunta de su valor independiente... Lejos de condonar el comportamiento inmoral, esta versión es en sí misma una empresa moral, dirigiendo a los agentes para que mejoren la finalidad objetiva de la humanidad en

---

<sup>100</sup> WALDRON, *ob. cit.*, p. 324 “... something can hardly be an abrogation of autonomy if it interferes only with the choice of valueless options: "a choice between good and evil is not enough" for autonomy. From the subjective point of view as well, Raz thinks the exercise of autonomy represents an individual's attempt to engage with the good. A person P's experience of choosing between two ways of life, A and B, is P's experience of judging which of them it would be better for him to have; and Raz thinks it follows that anyone who chooses A on this basis is necessarily committed to the thought that if it turns out that A is undesirable (i.e., if it turns out that A lacks the value that he thought it had when he chose it), then he no longer has a reason to pursue it. And this remains true, Raz insists, even if P is still convinced (mistakenly) that A is valuable, for no one thinks it is a good idea to pursue a course of life under a misapprehension about its value.”

<sup>101</sup> WALDRON, *ob. cit.*, p. 324 “... this is not the place to discuss the perfectionism that Raz establishes on these premises. For our purposes what is significant is the bridge that this seems to establish between personal autonomy and morality. Raz acknowledges that his account of personal autonomy... a person who lacks the power of moral discernment will not have what it takes to be personally autonomous. So now it's not just the form of commitment - critical self-reflection - but the substance of evaluation that links the two forms of autonomy.”

ellos mismos y en los demás... Esta solución parece crear un nuevo problema, en todo caso. La autonomía ha significado típicamente una cierta independencia del constreñimiento, ¿entonces cómo una concepción significativa de la autonomía puede constituirse a través del constreñimiento del deber moral? La respuesta a esta pregunta es que estos constreñimientos son ellos mismos productos de la auto-legislación; la autonomía no es consistente con los constreñimientos *per se* sino con aquellos impuestos al agente por alguien más.”<sup>102</sup>. Raz sostendría que la decisión autónoma presupone la decisión de un rango de elecciones que la persona subjetivamente considere como correctas.

Sin embargo, también es plausible una concepción no-perfeccionista de la tesis de Raz, que no afirmaría que la decisión autónoma sólo es la que está dirigida a “lo moralmente bueno”, sino que la decisión no es autónoma si las elecciones que se le presentan a la persona sólo son X e Y, o buenas o malas. Si el rango de elecciones es así de estrecho, la decisión no es autónoma.

Sea un liberalismo perfeccionista o no, la defensa de la autonomía, en Raz, es uno de sus valores centrales. Según Gaus la tradición liberal “... en filosofía moral y política sostiene que cada persona tienen un derecho moral a hacer lo que desee mientras no exista una justificación que se ofrezca para limitar su libertad”<sup>103</sup>, es lo que según Gaus Feinberg llama presunción en favor de la libertad, es decir, que toda coerción siempre necesita de una justificación especial. Este enfoque en la autonomía parece centrarse en la posibilidad de solucionar, el menos

---

<sup>102</sup> TAYLOR, ROBERT S., *Kantian personal autonomy*, en “Political Theory”, vol. 33 N° 5, October 2005, p. 615 “The conception of personal autonomy implicit in Kant’s Doctrine of Virtue avoids a problem that is endemic to the personal-autonomy literature: autonomy as it is conceived in this literature is consistent with unethical, even criminal behavior, which leads one to question its independent value... Far from condoning immoral behavior, this version is itself a moral enterprise, directing agents to advance the objective end of humanity in themselves and others... Such a solution appears to create a new problem, however. Autonomy has typically meant a certain independence from constraint, so how then can a meaningful conception of autonomy be constituted by the constraints of moral duty? The answer to this question is that these constraints are themselves a product of self-legislation; autonomy is not inconsistent with constraints *per se* but rather with constraints imposed on an agent by someone else.”

<sup>103</sup> GAUS, GERALD, *ob. cit.*, p. 276 “... in moral and political philosophy maintains that each person has a moral claim to do as he wishes until some justification is offered for limiting his liberty.”.

parcialmente, visiones encontradas sobre la vida buena, es decir, parece referirse a la autonomía moral.

En este marco, la limitación de la libertad, según Gaus, debe estar justificada. Esta justificación para los actos que interfieren en la libertad de otros presupone en todo caso una determinada racionalidad y autonomía entre las personas que interactúan "... en la medida que las razones son prácticas... de esto se sigue que los agentes totalmente racionales actuarán sobre esas razones. Así cuando se invoca el principio liberal fundamental contra Betty, Alan no sólo supone que como agente moral racional ella posee autonomía moral, y puede actuar sobre razones que hacen a un lado sus valores, el también debe concebirse a sí mismo como un agente moral autónomo: uno que acepta y actúa sobre razones para la acción que Betty puede le puede dar a él y que justifiquen su interferencia, y esto no sólo en el sentido débil que Betty podría mostrar que ella es libre para interferir, sino en el sentido fuerte que ella puede tener una demanda sobre Alan que requiere de él que se abstenga de bloquear su interferencia, o se abstenga de usar la libertad que es lo que ella objeta. El principio básico, entonces, supone una relación entre agentes morales autónomos. Ambos capaces de hacer a un lado sus razones instrumentales y actuar de acuerdo a deber." <sup>104</sup>, es decir, el principio liberal supone una relación entre agentes morales que son autónomos. Es por ello que en el liberalismo el principio de autonomía ocupa un lugar central, un contexto entre personas no autónomas hace imposible al liberalismo. Sin embargo, si bien estas presuposiciones son ciertas, el compromiso del liberalismo con la autonomía es un compromiso débil.

---

<sup>104</sup> GAUS, GERALD, *ob. cit.*, p. 291 "... insofar as reasons are practical ...it follows that fully rational agents will act on these reasons. Thus when invoking the fundamental liberal principle against Betty, Alan not only supposes that as a rational moral agent she possesses moral autonomy, and can act on reasons to set aside her values, but he must also conceive of himself as a morally autonomous agent: one that accepts, and acts upon, reasons for action that Betty may give him that justifies her interference, and this not only in the weak sense that Betty may show that she is at liberty to interfere, but in the stronger sense that she has claims upon Alan that require him to refrain from blocking her interference, or refrain from the use of his liberty to which she objects. The basic liberal principle, then, supposes a relation among morally autonomous agents. Both are capable of setting aside their instrumental reasons and acting on duty."

Expresión de esta debilidad puede verse claramente en el concepto ultra mínimo de autonomía que sostiene Gaus, lo que es curioso, pues si este principio es tan central para el liberalismo como él afirma, parece poco serio un concepto tan débil de autonomía. Según Gaus el principio liberal fundamental sólo es poseído por aquellos que "... se dirigen a sí mismos en el sentido mínimo que he estado discutiendo. Esto puede ser entendido como una concepción ultra-mínima de autonomía personal sobre la cual el liberalismo está fundado. No es en sí misma una noción de autonomía moral. Si bien para alcanzar el derecho moral básico del liberalismo el agente debe ser moralmente autónomo, antes de que incluso se interese por este derecho él debe poseer las características no morales de concebirse a sí mismo como una persona auto-dirigida."<sup>105</sup>.

Este concepto débil de autonomía Gaus lo fundamenta en la pretensión de evitar un concepto perfeccionista, que precisamente por serlo afectaría las bases de su modelo liberal. Es por esta razón que critica la concepción de autonomía personal de Raz "La autonomía personal como auto-realización es un ideal controversial difícil de justificar públicamente. La metáfora de la auto-realización apunta a una forma de vida estética en la cual la vida de uno es una creación y el agente el artista. Esta metáfora no es confusa; estas concepciones de la autonomía son ofrecidas por los 'liberales perfeccionistas'. La misma idea de perfección indica una actitud cuasi-artística hacia nuestra propia vida, como un trabajo que debe ser perfeccionado. Parece difícil que todos los agentes tengan una razón para adoptar esta visión. Considérese a una persona cuyos objetivos están enteramente enfocados en producir ciertos estados de cosas que no incluyen la perfección de los seres humanos, sino, digamos, la protección de la naturaleza o el descubrimiento científico. Este último caso podría involucrar la perfección de la naturaleza humana (el primero podría frustrarla), pero el punto es que estos objetivos no son acerca de la naturaleza humana y sus excelencias; ellos se

---

<sup>105</sup> GAUS, GERALD, *ob. cit.*, p. 299 "...are self-directed in the minimal sense I have been discussing. This can be understood as the ultra-minimal conception of personal autonomy on which liberalism is founded. It is not in itself a notion of moral autonomy. Although to advance liberalism's basic moral claim the agent must be morally autonomous, before he is even interested in such a claim he must possess the non-moral characteristic of conceiving of himself as self-directed ...".



refieren a la producción de ciertos estados de cosas que no necesariamente se refieren al florecimiento de los humanos. Si estos estados de cosas pueden ser traídos sin perfeccionar la naturaleza humana, o sin una vida de auto-realización, ello en ningún caso les quita su valor. La búsqueda de estos estados de cosas por los agentes no es auto-enfocada; ellos no toman una actitud de creatividad auto-realizativa sobre sus vidas, pero poseen razones prácticas para investigar y cambiar el mundo en una variedad de formas. En cuanto tales, estas formas no están comprometidas con la autonomía personal como auto-realización o perfeccionismo”.<sup>106</sup>. Sin embargo, la interpretación de Gaus se equivoca. De lo que se trata en la autonomía personal no es que la vida sea una obra de arte perfecta, sino que el resultado de esta decisión sea fruto de la decisión reflexiva y libre de la propia persona. Ser autor de nuestra propia vida puede significar dedicarse a la naturaleza. Mientras la persona haya elegido libre y reflexivamente no veo como pueda decirse que esta decisión no significa auto-realizarse.

Gaus insiste en que “Nuestro ambientalista o científico, como he argumentado, está comprometido a verse a sí mismo como un agente con razones para la acción, así él debe concebirse como un agente auto-dirigido; muchos no pueden concebirse a ellos mismos -y hasta donde yo puedo ver, de manera racional- como autores o creadores de sus propias vidas, buscando hacer algo a través de sus elegidas formas de auto-realización.”<sup>107</sup>, pero si una persona no puede ser

---

<sup>106</sup> GAUS, GERALD, *ob. cit.*, p. 301 “Personal autonomy as self-authorship is a controversial ideal that is difficult to publicly justify. The self-authorship metaphor points to an aesthetic view of life in which one’s life is a creation and the agent the artist. The metaphor is not misleading; such conceptions of autonomy are offered by “perfectionist liberals.” The very idea of perfection indicates a quasi-artistic attitude towards one’s life, as a work to be perfected. It hardly seems that all agents have reason to adopt such a view. Consider one whose goals are entirely focused on bringing about states of affairs that do not include the perfection of human beings, but say, the protection of nature or scientific discovery. The latter may involve the perfection of human nature (the former may well call for thwarting it), but the point is that these goals are not about human nature and its excellences; they concern the production of certain states of affairs that do not make necessary reference to the flourishing of humans. If these states of affairs can be brought about without perfecting human nature, or without a life of self-authorship, that in no way detracts from their value. Agents pursuing such states of affairs are not self-focused; they do not take up an attitude of creative authorship to their lives, but possess practical reasons to investigate and change the world in a variety of ways. As such, they are not committed to personal autonomy as self-authorship or perfectionism.”

<sup>107</sup> GAUS, GERALD, *ob. cit.*, p. 301 “Our environmentalist or scientist, I have argued, is committed to seeing himself as an agent with reasons to act, so he must conceive of himself as a self-directed

considerado el autor de su propia vida ¿cómo puede predicarse respecto de ella autonomía?. Esto sólo puede hacerse asumiendo un concepto ultra mínimo como el de Gaus. El problema, es que con este criterio es imposible distinguir decisiones autónomas de las que no lo son. Respecto de una persona de escasos recursos que no recibió una educación de calidad y no se desarrolló debidamente en el plano intelectual -por causas ajenas a sus decisiones, como ésta- por lo que no pudo acceder a estudios superiores, Gaus afirmaría que esta persona ha decidido autónomamente (esta decisión, en todo caso, se entiende aquí como decisiones de segundo orden, como ya lo vimos, esto coincide con la tesis Frankfurt<sup>108</sup>).

Quizás por esta misma razón es que Gaus parece con posterioridad desdecirse “Si estoy en lo correcto acerca de esto, el principio liberal fundamental no descansa en una concepción ‘perfeccionista’ de la ‘autonomía personal’. Sería, en todo caso, incorrecto concluir que concepciones de la autonomía personal más demandantes que la noción ultra mínima no tienen espacio en la moralidad liberal y en la política. Hemos visto que la apelación al principio liberal fundamental presupone que ambos, la persona que apela al principio, y la persona a quien la apelación se le dirige, posean autonomía moral... Esto es, en ambos se supone que poseen la habilidad de distinguir sus propios deseos específicos y objetivos de aquellos que son requeridos por la moralidad pública. Ahora esta capacidad moral está vinculada justamente a ciertas sofisticadas habilidades cognitivas. Como el trabajo de Lawrence Kohlberg y otros ha mostrado, para ser capaz de distinguir lo que yo prefiero, o mis objetivos y aspiraciones, de aquello que puede ser universalizado y, por ello, aceptado por otras personas racionales, se requiere de una habilidad cognitiva que le permita tomar en consideración las perspectivas de los otros. Uno debe ser capaz de colocarse a sí mismo en su posición, considerar

---

agent; many do not—and as far as I can see, rationally so—conceive of themselves as authors or creators of their own lives, seeking to make something out of them through their chosen modes of self-authorship.”

<sup>108</sup> FRANKFURT, HARRY, *Alternate possibilities and moral responsibility*, en “The Journal of Philosophy”, Vol. 66, N°66 (Dec. 4, 1969), p. 829- 839.

las razones que ellos tienen, y así determinar si ellos tienen razones para actuar en determinadas formas.”<sup>109</sup>

La concepción de Gaus sobre la autonomía, como él la llama, es una concepción ultra mínima, por que sólo requiere que la persona sea una *self-directed person*. Por *self-directed person* Gaus entiende a la persona que concibe sus razones prácticas como lo que son, esto es, como razones para realizar sus acciones precisamente por que tienen la consecuencia práctica de determinar lo que uno hace. Así un esquizofrénico no cumpliría con estas condiciones en la medida que sus acciones son determinadas por otro y no por el mismo, este enfermo mental no es una *self-directed person*. Estas capacidades según Gaus, preceden a las capacidades referidas a la autonomía moral, y, no las concibe como una cuestión moral.

Sin embargo, Gaus no aclara dos puntos fundamentales. Primero, no precisa como estas habilidades no-morales preceden a la autonomía moral. La única forma de entenderlo es como una condición necesaria. Sino lo fuera, entonces no sería importante esta “precedencia”, pero para Gaus si lo es. Si esto es correcto entonces no veo como es posible decidir racionalmente cuestiones sobre la vida social concernientes a todos, si algunos poseen estas capacidades y otros no. Sea que decidamos incluir a algunos o excluir a otros, esto ya entra en el campo de la moralidad, si esto es correcto, entonces lo relativo a como se contribuirá socialmente al desarrollo de estas capacidades es una cuestión moral, que como

---

<sup>109</sup> GAUS, GERALD, *ob. cit.*, p. 302 “If I am right about this, the fundamental liberal principle does not rest on a commitment to a “perfectionist” conception of “personal autonomy.” It would, however, be wrong to conclude that conceptions of personal autonomy more demanding than the ultra-minimal notion have no place within liberal morality and politics. We have seen that the appeal to the fundamental liberal principle presupposes that both the person appealing to the principle, and the person to whom the appeal is directed, possess moral autonomy... That is, both are supposed to possess the ability to distinguish her own specific wants and aims from the requirements of public morality. Now this moral capacity is bound up with fairly sophisticated cognitive skills. As the work of Lawrence Kohlberg and others have shown, to be able to distinguish what you want or prefer, or your goals and aspirations, from what can be universalized and, so, accepted by rational others, requires a cognitive ability to take up the perspectives of others. One must be able to put oneself in their place, consider what reasons they have, and so whether they have reasons to act in certain ways.”

tal, precede a la decisión que como agentes morales autónomos tomaremos en lo relativo a los asuntos públicos.

Segundo, en esta concepción ultra-mínima de autonomía no aparecen necesarias estas “sofisticadas habilidades cognitivas”. En efecto, como Gaus afirma, la intensificación de estas habilidades tienen cabida en su concepción ultra mínima de la autonomía personal, pero no son necesarias, y si no lo son es perfectamente posible que las personas no desarrollen estas habilidades.

En consecuencia, la tesis de Gaus sobre la presuposición de estas “sofisticadas habilidades cognitivas” o bien son irrelevantes -porque no son necesarias-, o bien son necesarias para que las personas posean autonomía moral. Pero, si como aduce, son necesarias para la autonomía moral ¿es esto consistente con su pretensión de autonomía personal ultra mínima?, parece que no. Si estas habilidades son necesarias para la autonomía moral, ello quiere decir que la autonomía moral presupone las capacidades necesarias para la autonomía personal de Gaus. Si esto es correcto, si la autonomía personal es condición necesaria de la autonomía moral, entonces no puede ser algo contingente el desarrollo de estas sofisticadas habilidades cognitivas.

El análisis de estas concepciones de autonomía moral y autonomía personal, deja de manifiesto la importancia de distinguir la autonomía moral de la autonomía personal, y sobre todo, que existen ciertas presuposiciones empíricas respecto de las capacidades de las personas para que sean considerados como seres autónomos. Por ello, estas concepciones deben ser consideradas insuficientes.

El camino correcto, entonces, supone la distinción entre autonomía moral y personal, y ciertas presuposiciones sobre ciertos aspectos empíricos. En este camino nos encontramos con las tesis de Nino y Honneth.

Nino, sin embargo, sólo se enfoca parcialmente en los presupuestos de la autonomía personal. Este enfoque es “parcial” porque las “necesidades básicas” de las que habla parecen referirse únicamente a una visión individualista de la interacción social, como veremos.

Para Nino la autonomía “... prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción [p. 204] de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Éste es el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros; tal interferencia es objetable en tanto y en cuanto ella puede implicar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos.”<sup>110</sup>

En este marco, entonces, la actividad institucional del Estado debe estar dirigida a proveer las condiciones para que las personas ejerzan su autonomía. Nino introduce en este punto una diferenciación, entre ejercicio de la autonomía y creación de la autonomía. Según Nino, Goowin examina “... la posibilidad de defender la precedencia de necesidades sobre deseos sobre la base del principio liberal de autonomía personal. Las necesidades estarían supeditadas al fin de promover la autonomía de la persona. Pero esta posición parece paradójica porque conduce a frustrar deseos previamente formados para proteger la formación de otros deseos. La creación de autonomía no puede ser más importante que el ejercicio de esa autonomía, sino que a lo sumo debe haber un compromiso entre estos dos objetivos.”<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> NINO, CARLOS SANTIAGO, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de Fundamentación*, Editorial Atrea, 1989, p. 205.

<sup>111</sup> NINO, CARLOS SANTIAGO, *Autonomía y necesidades básicas*, en “DOXA”, N° 7, 1990, p. 22.

Con respecto a los presupuestos indispensables de la creación de la autonomía, las necesidades básicas ocuparían un lugar central, sin embargo, no todas las necesidades son relevantes en el marco de una sociedad liberal “... las necesidades cuyo reconocimiento es relevante analizar son las categóricas o absolutas, o sea, aquellas que están supeditadas a fines que no dependen de los deseos o preferencias de los agentes. Dado que el valor básico de una concepción liberal de la sociedad es la autonomía personal, esas necesidades deberían identificarse como estados de cosas que son prerequisites de esa autonomía. Pero la autonomía personal, como señala Goowin, tiene dos caras: su *creación* y su *ejercicio*. La primera no depende de los deseos y preferencias de la gente, mientras que la segunda sí depende de aquello. Para que las necesidades categóricas tengan un lugar central en una concepción liberal de la sociedad la creación de autonomía debe tener preeminencia sobre su ejercicio.”<sup>112</sup>, es decir, la autonomía personal estaría desprovista de consideraciones morales. Nótese que esta concepción difiere de la versión formal que ya mencionáramos, pues en aquélla son consideraciones morales las que definen cómo debe ser entendida la autonomía -concepto que puede caracterizarse como procesal porque lo relevante es la forma de la auto-deliberación-, sin embargo, en la concepción de Nino la moralidad de la autonomía no se encontraría en la dimensión interna de este concepto, sino en la concepción que postula sobre autonomía moral.

Para Nino, la autonomía personal no tiene prioridad a la autonomía moral. En efecto, del principio general de autonomía moral que Nino presupone en el discurso moral, deriva el principio más específico de autonomía personal que valora la libre elección y concreción de ideales del bien y de virtud personal.

Nino acierta no sólo por su distinción entre la creación de la autonomía y su ejercicio, sino entre la elección de un plan de vida y la materialización del plan de vida “A primera vista esta oposición parece falsa, ya que cada uno de estos aspectos no tiene valor sin el otro: no tiene sentido elegir planes de vida que no se

---

<sup>112</sup> NINO, *ob. cit.*, p. 22.

pueden materializar y no tiene valor, en el contexto de una concepción liberal de la sociedad, materializar planes de vida que uno no ha elegido libremente... Sin embargo, la oposición es real y se pone de manifiesto tan pronto tenemos en cuenta el dato de la escasez de bienes. Un conjunto finito de bienes puede ser comparado con otro teniendo en cuenta hasta qué punto nos capacitan para elegir planes de vida materializables. También pueden ser comparados teniendo en cuenta hasta qué punto nos permiten satisfacer un cierto plan de vida libremente elegido. El conjunto de bienes que resulta superior en la primera comparación no necesariamente resulta superior cuando hacemos la segunda.”<sup>113</sup>. Sin embargo, creo que es posible tomar algunas de ideas de Nino a este respecto y reformularlas, de manera que no exista una dependencia tan estricta entre una y otra.

Nino vincula implícitamente su concepción de la autonomía personal, basada en la satisfacción de ciertas necesidades, con el principio de igualdad. En consecuencia, sugiere que “... debemos igualar a los individuos en la dimensión de sus capacidades, lo que implica satisfacer ciertas necesidades básicas. Esto permite, efectivamente, asignar un lugar central a las necesidades categóricas en una concepción liberal de la sociedad, ya que la distribución pública de recursos debe atender a los prerequisites para la formación libre de preferencias satisficibles en algún grado y no tomar en cuenta la satisfacción de preferencias libremente formadas en algún grado. Las necesidades básicas están sólo condicionadas por la razón proporcionada por el principio de autonomía personal que, por supuesto, no depende de las preferencias de los individuos. Sólo de este modo promovemos la creatividad de los individuos en la plasmación de su vida, que no es un mero ejercicio inicial de la imaginación, sino que consiste en una virtud que se manifiesta en todas las opciones que hacemos en el curso de nuestra vida, dadas ciertas condiciones preexistentes que no se van adaptando a cada una de esas decisiones.”<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> NINO, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>114</sup> NINO, *ob. cit.*, p. 33.

Difícil es determinar si Nino implícitamente supone una concepción perfeccionista de la autonomía, si bien explícitamente, al menos, la rechaza. Ello, porque su concepción la autonomía "... es parte de una concepción más amplia del bien personal y que, en consecuencia, cuando promovemos a aquélla no estamos siendo neutrales frente a diversas concepciones del bien. Lo que ocurre es que precisamente por ser la autonomía un componente central del bien de la auto-realización, el reconocimiento de este bien tiene un impacto diferente en el razonamiento práctico del agente y de terceros, proveyendo, como vimos antes, razones relativas. La relatividad de las razones que provee el bien de la auto-realización se expresa en términos que aluden a las necesidades básicas: mientras que los terceros, incluyendo el Estado, deben atender a la satisfacción de las necesidades de los individuos, o sea, a una maximización igualitaria de sus capacidades, sólo compete a cada individuo el ejercicio de esas capacidades en cualquiera de las múltiples alternativas que ellas ofrecen (por supuesto siempre que no afecten la igualdad en las capacidades de que gozan otros individuos). Si bien el ejercicio que los individuos puedan hacer de sus capacidades resulta muchas veces insuficiente o desequilibrado, cualquier intervención de terceros para ayudarlo a superar esas deficiencias, frustraría el bien de la *auto-realización*."<sup>115</sup>.

La teoría de Nino, sin embargo, se funda en una visión atomística e individualista de la sociedad, de ahí que separe indebidamente del concepto de autonomía las capacidades que la persona debe tener para hacer efectivo y desarrollar su plan de vida.

Lo que Nino no ve, es que la autonomía tiene también un sentido positivo. Desde luego que tiene un aspecto negativo por que el que se le ordena al Estado abstenerse en ciertos ámbitos, pero también exige de acciones positivas, por que sólo se podrá realizar un plan de vida si se tienen las capacidades para ello. Esta

---

<sup>115</sup> NINO, *ob. cit.*, p. 33.



relación entre aspectos positivos y aspectos negativos en la autonomía son los que Nino pasa por alto.

Esto también queda de manifiesto en que Nino no se hace cargo de aquellas situaciones de vulnerabilidad que afectan al individuo, y, que en una lectura menos individualista, saltan a la vista cuando se considera lo restringido de alusión clásica a aquello que se entiende por “necesidades básicas”. Por necesidades básicas no sólo deben entenderse bienes que el individuo consume y que pueden maximizar su capacidad, sino cierto tipo de relaciones intersubjetivas sin las cuales no es posible la autorrealización en sociedad.

Estos aspectos positivos deben ser necesariamente tomados en consideración, como postulan, Honneth y Anderson.

Por último, abordaremos la tesis de Honneth y Anderson, que nos parece en lo fundamental, correcta.

Honneth y Anderson, al igual que Gaus, Waldron y Nino, consideran que uno de los compromisos fundamentales del liberalismo es proteger la autonomía de los individuos<sup>116</sup>, pero a diferencia de los autores que hemos venido revisando, consideran que un aspecto central de la justicia social es el compromiso de proteger a las personas vulnerables “Tomados conjuntamente, y combinados con un entendimiento de la autonomía como un conjunto de habilidades adquiridas para poder dirigir nuestra propia vida. Estos compromisos sugieren que las sociedades liberales deberían estar especialmente preocupadas de hacerse cargo de las vulnerabilidades de los individuos reconociendo el desarrollo y la mantención de la autonomía. En este capítulo, nosotros desarrollamos un reporte acerca de qué significaría para la sociedad tomar seriamente la obligación de reducir las vulnerabilidades vinculadas a la autonomía en un mínimo aceptable. En

---

<sup>116</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, *Autonomy, vulnerability, recognition, and justice*, en “Autonomy and the Challenges to Liberalism”, Edited by John Christman and Joel Anderson, Cambridge University Press, 2005, p 127.

particular, nosotros argumentamos que la consideración liberal estándar subestima el alcance de esta obligación porque falla en apreciar varias amenazas a la autonomía.<sup>117</sup>, así entendido, Honneth y Anderson se abocan a los presupuestos de la autonomía personal.

El problema según Honneth y Anderson es que el liberalismo normalmente subestima la amplitud de la obligación que impone la autonomía, pues no considera adecuadamente las vulnerabilidades que amenazan al individuo. Esto se debería a que la autonomía ha sido tradicionalmente entendida en un sentido individualista. Precisamente en referencia a esta forma de entender la autonomía, estos autores pretenden articular una concepción en el marco de la teoría del reconocimiento desprejuiciada de esta visión. Creo que esta visión es la correcta, puesto que considera adecuadamente cuales son las formas en que la autonomía puede verse afectada. Así por ejemplo en Nino, estas vulnerabilidades son vistas sólo desde un punto de vista inicial cuando se crea la autonomía, y sólo desde el punto de vista de las necesidades básicas sin aclarar en qué estas consisten. Pero incluso si aclarara en qué consisten, su tesis es incompleta dado la lectura individualista que presupone. Esto se expresa claramente en que según, Nino para la autonomía bastan las necesidades básicas como si estas se trataran de la posesión de una determinada propiedad, dejando de lado el aspecto central que presupone que estas necesidades se insertan en el marco de una interacción social colectiva.

Esta visión individualista de la autonomía tiene un origen comprensible. De acuerdo a Honneth y Anderson, esta visión es un reflejo del momento histórico del avance de la modernidad, en que los individuos se liberan de los lazos sociales

---

<sup>117</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, *ob. cit., loc. cit.* "Taken together, and combined with an understanding of autonomy as an acquired set of capacities to lead one's own life, these commitments suggest that liberal societies should be especially concerned to address vulnerabilities of individuals regarding the development and maintenance of their autonomy. In this chapter, we develop an account of what it would mean for a society to take seriously the obligation to reduce individuals' autonomy-related vulnerabilities to an acceptable minimum. In particular, we argue that standard liberal accounts underestimate the scope of this obligation because they fail to appreciate various threats to autonomy."

tradicionales para ir en la “búsqueda personal de la felicidad”. Esta visión sugiere una concepción de la autonomía en la que cualquier restricción externa reduce la autonomía individual. En la filosofía política, ello sería expresión de la libertad negativa de Berlin “Si mi pobreza fuera algún tipo de enfermedad, que me impide de comprar pan, o pagar por mi viaje alrededor del mundo u obtener que mi caso se escuche, como la cojera me impide correr, esta inhabilidad no podría ser naturalmente descrita como una carencia de libertad, al menos de libertad política. Es sólo porque yo creo que mi inhabilidad para hacer una determinada cosa se debe al hecho de que otros seres humanos han hecho arreglos a través de los cuales a mí, mientras que a otros no, se me impide tener suficiente dinero con el cual pagar por estas cosas, que yo pienso de mi mismo como una víctima de la coerción o de la esclavitud. En otras palabras, este uso del término depende de una particular teoría social y económica acerca de las causas de mi pobreza y debilidad. Si mi carencia de medios materiales se debe a mi carencia de capacidad mental o física, entonces yo comienzo a hablar de estar privado de libertad (y no simplemente de pobreza) sólo si yo acepto la teoría.”<sup>118</sup>

Debido a este desarrollo radical liberal, la concepción individualista de la autonomía se ha filtrado en las modernas teorías de la justicia social, de manera que el objetivo de la justicia social es redefinido para que permita que la gente sea lo menos dependiente posible de los otros “La consecuencias conceptuales de esta tendencia individualista han sido masivas. Ellas incluyen no sólo la idea, por ejemplo, que la autonomía se incrementa con riquezas sino también la idea que la

---

<sup>118</sup> BERLIN, ISAIAH, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, p. 122-123 “If my poverty were a kind of disease, which prevented me from buying bread, or paying for the journey round the world or getting my case heard, as lameness prevents me from running, this inability would not naturally be described as a lack of freedom, least of all political freedom. It is only because I believe that my inability to make given thing is due to the fact that other human beings have made arrangements whereby I am, whereas others are not, prevented from having enough money with which to pay for it, that I think myself a victim of coercion or slavery. In other words, this use of the term depends on a particular social and economic theory about the causes of my poverty or weakness. If my lack of material means is due to my lack of mental or physical capacity, then I begin to speak of being deprived of freedom (and not simply about poverty) only if I accept the theory.”

membresía no elegida a una comunidad representa una amenaza a la autonomía personal.”<sup>119</sup>

Esta visión individualista de la autonomía es más adecuada para aquellos que no necesitan los beneficios de la cooperación social. Es por ello que la maximización de la libertad negativa se centra en aquel período histórico en que el ser humano se emancipaba del mundo tradicional para comenzar a ingresar a la modernidad. Esta visión se sostiene en una idealización de la persona como ser auto-suficiente que no necesita ni depende de nadie. Es, no obstante, un concepto de persona totalmente idealizado pues no reconoce la necesidad, vulnerabilidad e interdependencia que existe en la sociedad humana “Si, por el contrario, nosotros reconocemos que los individuos -incluyendo los individuos autónomos- son mucho más vulnerables y necesitados que lo que el modelo liberal tradicionalmente se ha representado, emerge una fotografía diferente de las demandas de justicia social.”

120

El primer paso, de acuerdo a estos autores, es reconocer la medida en que la autonomía personal requiere de recursos y otras condiciones para que las personas puedan ser realmente los gestores de su propia vida, esta visión evidentemente no sólo comprende a los derechos liberales, sino también los derechos sociales. Un compromiso real con la autonomía, especialmente de aquellos sujetos vulnerables, conlleva a su vez un compromiso, como cuestión central de la justicia social, relativo a lograr la protección de aquello que puede ser llamado circunstancias materiales e institucionales de la autonomía. En este marco, los autores proponen una expansión de las demandas de justicia social. La

---

<sup>119</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, ob. cit., p. 128 “The conceptual consequences of this individualist strain have been massive. They include not only the idea, for example, that autonomy increases with wealth but also the idea that unchosen membership in a community represents a threat to personal autonomy.”

<sup>120</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, ob. cit., p. 129 “If, by contrast, we recognize that individuals – including *autonomous* individuals – are much more vulnerable and needy than the liberal model has traditionally represented them as being, a very different picture of the demands of social justice emerges.”

autonomía sería la capacidad que existe sólo en el contexto de relaciones sociales que la mantienen y sólo en conjunción con el sentido interno de ser autónomo.

El punto clave para la comprensión social de la autonomía es que “... la autonomía completa -la capacidad real y efectiva de desarrollar y buscar nuestra propia concepción de lo que es una vida valiosa- sólo es alcanzable bajo condiciones sociales compasivas. Es un impresionante logro que, durante el trayecto de la infancia desprotegida a la autonomía madura, nos hemos hecho capaces de confiar en nuestros propios sentimientos e intuiciones, de defender nuestras creencias, y considerar nuestros proyectos y nuestros logros como valiosos. Nosotros no podemos hacer este recorrido solos, y somos vulnerables en cada paso por el camino por las injusticias que minan nuestra autonomía -no sólo las interferencias ni las privaciones materiales, sino también las interrupciones en el nexo social que son necesarios para la autonomía”.<sup>121</sup>

El carácter normativo, en el marco de esta concepción social de la autonomía, reside en la consideración de la inestabilidad de esta condición. La autonomía es sensible a las afectaciones que se pueden producir en las propias relaciones personales “... la idea central es que las competencias del agente que comprometen la autonomía requieren [p. 130] que uno sea capaz de sostener ciertas actitudes hacia uno mismo (en particular, auto-confianza, auto-respeto, y auto-estima) y que estas cargas afectivas de la concepción de uno mismo -o, para usar lenguaje Hegeliano, ‘relaciones prácticas con uno mismo’- son dependientes, a su vez, de que se sostengan ciertas actitudes hacia los otros.”<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, ob. cit., p. 130 “... full autonomy – the real and effective capacity to develop and pursue one’s own conception of a worthwhile life – is only achievable under socially supportive conditions. It is an impressive accomplishment that, on the path from helpless infancy to mature autonomy, we come to be able to trust our own feelings and intuitions, to stand up for what we believe in, and to consider our projects and accomplishments worthwhile. We cannot travel this path alone, and we are vulnerable at each step of the way to autonomy-undermining injustices – not only to interference or material deprivation, but also to the disruptions in the social nexus that are necessary for autonomy.”.

<sup>122</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, ob. cit., p. 131 “... the central idea is that the agentic competencies that comprise autonomy require [p. 130] that one be able to sustain certain attitudes

Estas tres formas de relacionarse –prácticamente- con uno mismo puede ser adquirida y mantenida sólo mientras la persona sea reconocida por aquellos otros a quienes uno a su vez reconoce como iguales. Estas no son propiedades puramente epistémicas del participante individual en cuestión, sino propiedades emergentes de un proceso dinámico en el cual los individuos experimentan ellos mismos la posesión de ciertos status, como ser objeto de preocupación, como ser un agente responsable, etc. Luego, la relación con uno mismo no es solamente el reflejo del yo solitario consigo mismo, sino como resultado de un proceso intersubjetivo, en el cual la actitud de la persona hacia uno mismo emerge en el encuentro con la actitud del otro hacia sí mismo. Esta forma de entender la individualidad a través de lo social es la forma en que Habermas entiende el yo social.

Esta caracterización de la autonomía demuestra que tan importante para el individuo es el contexto social al que se encuentra vinculado, las condiciones de su autonomía para poder conducir su propia vida resultan depender del establecimiento de ciertas relaciones de reconocimiento mutuo. Entre las relaciones que estos autores destacan se encuentran aquellas que son centrales para al auto-respeto, para la auto-confianza, y para la auto-estimación.

Lo relevante es que para esta concepción la autonomía representa una propiedad de los individuos como portadores de determinadas capacidades emergentes relativas a un contexto social determinado “La autonomía completa - la capacidad real y efectiva de desarrollar y buscar nuestra propia concepción de lo que es una vida valiosa- es facilitada por las relaciones con uno mismo (auto-respeto, auto-confianza, y auto-estimación) las que están amarradas en tejidos sociales de reconocimiento. Pero la auto-confianza, el auto-respeto, y la auto-estimación permanecen como logros más o menos frágiles, y su vulnerabilidad debido a

---

toward oneself (in particular, self-trust, self-respect, and self-esteem) and that these affectively laden self-conceptions – or, to use the Hegelian language, “practical relations-to-self” – are dependent, in turn, on the sustaining attitudes of others.”.

variadas formas de daño, violación, y denigración las convierten en un asunto central de la justicia que el contexto social en el que emergen debe proteger”.<sup>123</sup>

En este contexto, surge la inquietud acerca de cual sea la mejor forma de reconocer y proteger estas situaciones de vulnerabilidad. Uno bien podría concebir a los derechos como instrumentos que están a la altura del objetivo, los derechos articularían el compromiso que la justicia social requiere, esto es, que la sociedad proteja a los individuos contra las vulnerabilidades que pueden afectar su autonomía. Para Honneth y Anderson sin embargo los derechos entendidos de forma tradicional, léase derechos liberales, quedan por debajo del nivel de suficiencia.

El intento por conceptualizar las necesidades humanas en términos de derechos que pueden ser ejecutados individualmente no es plausible. Las necesidades humanas vinculadas a la autonomía son circunstancias relacionales “Saber que uno mismo es el objeto de preocupación personal o saber que nuestras empresas son consideradas valiosas -estas no son materias que una persona tiene con independencia de una relación con otro. Estas son propiedades emergentes de relaciones que tenemos con otros de tipo determinado.”<sup>124</sup> Por ello, se hace necesaria una lectura social de los derechos.

Esta lectura en todo caso no rechaza la idea de la protección a través de derechos, sino que la consideran insuficiente. Desde mi punto de vista, creo que la utilización de los derechos es necesaria para la protección de la autonomía, como se verá.

---

<sup>123</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, ob. cit., p. 137 “Full autonomy – the real and effective capacity to develop and pursue one’s own conception of a worthwhile life – is facilitated by relations-to-self (self-respect, self-trust, and self-esteem) that are themselves bound up with webs of social recognition. But self-trust, self-respect, and self-esteem remain more or less fragile achievements, and their vulnerability to various forms of injury, violation, and denigration makes it a central matter of justice that the social contexts within which they emerge be protected.”

<sup>124</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, ob. cit., p. 138 “Knowing oneself to be the object of very personal concern or having the sense that one’s undertakings are considered worthwhile – these are not matters that one person has in *independence* from a relationship. They are emergent properties of relationships of a certain sort.”

De acuerdo a Honneth y Anderson, la protección de estos lazos sociales depende de la solidez de las relaciones sociales, es decir, los individuos deben reconocerse mutuamente como con-socios de la comunidad de la cual forman parte, por ello que "... el lenguaje tradicional de los derechos es problemáticamente individualista, pues conceptualiza los derechos que son garantía de relaciones como un asunto de poderes específicos que se pueden distribuir entre individuos como si fueran posesiones individuales... Los derechos, por supuesto, tienen un lugar central en cualquier concepción plausible acerca de cómo una sociedad justa protege y permite la autonomía individual. La pregunta es si estos pueden hacer el trabajo solos. Sin negar su importancia, nosotros creemos que es claro que la mediación de los derechos es inadecuada para hacerse cargo totalmente de las vulnerabilidades de los humanos. Las relaciones legales son medios toscos con los cuales asegurar muchos aspectos de la habilidad individual de desarrollar y buscar una concepción propia de la vida valiosa. Una adecuado acercamiento debe comenzar de un rango más amplio de instituciones sociales y contextos interpersonales en los cuales uno puede encontrar las relaciones de reconocimiento que son cruciales para la autonomía."<sup>125</sup>

Ahora, la posición de estos derechos, necesarios pero no suficientes para la protección de la autonomía, es una cuestión particular en el marco de una teoría de la justicia. Hoy parece existir acuerdo en que la justificación normativa, el discurso de justificación, debe estar situado en los contextos deliberativos en los que los potenciales afectados –la sociedad- alcanzan acuerdo sobre la base de ciertas condiciones ideales de imparcialidad. Este acuerdo versa sobre ciertos

---

<sup>125</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, ob. cit., p. 139 "... traditional rights language is problematically individualistic, in that it conceptualizes rights-guaranteeing relations as a matter of specific powers that can be distributed among individuals as if they were individual possessions... Rights do, of course, have a central place in any plausible conception of how a just society protects and enables individual autonomy. The question is whether they can do it alone. Without denying their importance, we think it is clear that the medium of rights is inadequate to address the full vulnerability of humans. Legal relations are a clumsy medium for securing many aspects of an individuals' ability to develop and pursue their own conception of a worthwhile life. An adequate approach must start out from the broader range of social institutions and interpersonal contexts within which one finds the recognitional relations crucial for autonomy."



principios básicos que regulan la futura cooperación. Estos principios “... sobre los cuales los participantes en este contrato social deliberativo aceptarían, sirven para regular las relaciones entre personas, lo que vendría representado como intereses en la realización lo más autónoma posible de los planes de vida de los individuos.”<sup>126</sup>

El punto de partida de la teoría democrática, como vimos, considera que es el contexto deliberativo la mejor forma de operacionalizar elementos relativos a principios universalmente aceptables de justicia. En este contexto el primer paso consiste en determinar las presuposiciones normativas para incluir a todos los participantes. El objetivo de esta inclusión pretende asegurar que ninguna de las partes en la deliberación abogue determinadas propuestas sólo porque en definitiva ella resultará beneficiada con ella. Este objetivo dirigido a generar un punto de vista imparcial a través de medios exclusivamente procedimentales, es lo que Rawls en su teoría de la justicia llama “velo de ignorancia”. El velo de ignorancia aseguraría que a aquellos que buscan acuerdo sobre principios que regirán la cooperación colectiva, no se les permita tener conocimientos de sus talentos y posición social.

Honneth y Anderson le critican a Rawls que la intersubjetividad humana, la base de la teoría del reconocimiento –y el punto de vista desde el cual abordan el concepto social de autonomía-, desaparece de vista en la teoría del velo de ignorancia. Para Honneth y Anderson las partes que deliberan necesariamente requieren tener cierta conciencia de la vulnerabilidad intersubjetiva, de lo contrario no es posible saber de quien o que es lo que delibera.

Creo que sólo teniendo cierto conocimiento de estas propiedades distintivamente humanas podemos tomar decisiones sobre cómo habremos de regular nuestras acciones. De este modo, es imposible establecer principios justificatorios de

---

<sup>126</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, ob. cit., p. 139 “... on which the participants in this deliberative social contract would agree serve to regulate the relations between persons, represented as interested in the most autonomous possible realization of their individual life-plans.”

manera totalmente independiente a ciertas suposiciones sobre el carácter definitorio de la personalidad humana. Rawls insiste en que las partes de la posición original no deben tener estos conocimientos, excepto los relativos a los aspectos más básicos de la racionalidad instrumental. Sin embargo, ello no es coherente con las exigencias de su propia justicia liberal para la cual es central la protección de los individuos en las áreas en las que son vulnerables. Si esta exigencia es real entonces no se ve como las partes en la posición original pueden proteger adecuadamente su autonomía, ello sólo es posible si las partes tienen ciertos conocimientos sobre las necesidades de reconocimiento y su propia vulnerabilidad.

Podría contra argumentarse que la teoría de Rawls sólo es una teoría de justicia formal, por lo que la pregunta por la autonomía se contestaría con posterioridad. Si las partes en la posición original deliberarán ignorantes de estas cuestiones empíricas –en el caso que se considere que esta es la naturaleza de la decisión sobre la autonomía- ello significa que la decisión o bien corresponde a la política o bien a lo judicial, es decir, podrían construirse principios universalmente válidos de justicia sin la necesidad de apelar a la capacidades reales de la persona para perseguir su propia concepción de “lo bueno”. Sin embargo, el problema es que las capacidades “... que están implicadas son mucho más extensas que la facultad de ‘poder moral’ que Rawls considera para poder ‘tener capacidad para una concepción de lo bueno’. Más directamente, las capacidades basadas en la autonomía que son vulnerables a las injusticias están tan profunda y ampliamente implicadas en los aspectos centrales de la deliberación que no sería sensato confiarlas a la actividad legislativa subsiguiente.”<sup>127</sup>

Rawls insiste que el concepto de persona con el que se debe trabajar es normativo y no empírico. Luego, el hecho de la vulnerabilidad debe ser

---

<sup>127</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, ob. cit., p. 139 “... at issue are more extensive than the faculty or “moral power” that Rawls discusses for having “a capacity for a conception of the good.” More straightforwardly, the autonomy-related capacities that are vulnerable to injustice are so widely and deeply implicated in central aspects of deliberation that it would be foolhardy to trust this to a subsequent legislative stage.”.

acomodado en su teoría de la justicia afirmando que la estructura básica de la sociedad debe proteger a la persona de las amenazas a su poder moral. De esta forma se protegería el valor de que las personas puedan formarse una concepción sobre la vida buena que guíe su plan de vida. Para ello, requerirían de ciertos bienes necesarios.

Rawls acierta, según Honneth y Anderson, en que es correcto no fundar el concepto de justicia en una concepción de la naturaleza humana, pues mientras más se profundiza en aquello que es “verdaderamente humano”, más grande es el peligro para que los prejuicios culturales influyan en aquello que debe entenderse por “adecuado plan de vida”. Sin embargo, no hay razón para una división tan tajante entre cuestiones normativas y empíricas. Primero, porque los recientes “capabilities approaches” han argumentado convincentemente que ciertas necesidades básicas son universales. Ello hace que no sean incompatibles estas consideraciones, *per se*, con el pluralismo político –no se trataría de una versión post-moderna de la autonomía. Luego, no hay razones de peso para que por el hecho de incorporarse cuestiones empíricas sobre la vulnerabilidad a la posición original, el efecto sea necesariamente negativo para el pluralismo político. El peso de la prueba, por el contrario, está en aquellos que afirman que estos efectos se producen efectivamente.

Esta división tajante también se va abajo según los autores si se examina más de cerca. Todo lo que sabemos acerca de las condiciones que se requieren para adquirir los poderes morales de la persona de Rawls, provienen de la experiencia de los seres humanos. Este conocimiento es relevante para asuntos sobre la justicia, pero no es para nada claro cómo este conocimiento sobre la naturaleza del ser humano puede no ser empírico. Si es correcto, el hombre de Rawls sería producto de una construcción prejuiciada que no se adecua necesariamente a los aspectos universales del ser-humano-social.

Pero incluso concediendo a Rawls que nos limitemos a una concepción normativa de la persona, el enfoque de estos autores, basado en la teoría del reconocimiento, requeriría de la teoría de Rawls más que una extensión una modificación. En efecto, esta teoría "... limita indebidamente el alcance de lo que se encuentra en la noción de 'poder moral' para concebir y perseguir una forma de vida, e incluso lo que se encuentra en las condiciones para adquirir la disposición positiva hacia uno mismo que son a las que Rawls se refiere como 'auto-respeto (o auto-estima)'... En parte, esto es un asunto que se produce por no prestar mucha atención a las condiciones de reconocimiento para adquirir y mantener la auto-confianza (y así también a la apertura asociada al impulso creativo que proviene de la dinámica interna)." <sup>128</sup>

Los autores concluyen que el enfoque de la teoría del reconocimiento parece requerir de una reconceptualización de la naturaleza de la justicia. El enfoque estándar del liberalismo sobre la protección de las libertades y la distribución de los recursos naturales no agota la protección de la autonomía de la persona, dada la dimensión que ésta supone en vinculación con las vulnerabilidades sociales, una vez que se reconoce que "... estas condiciones preliminares para la autonomía no son un recurso que puede ser distribuido a voluntad, entonces se hace claro que nosotros -como las partes en la posición original- deben hacerse cargo de re-pensar cuál es el objeto de la teoría de la justicia. Desde la perspectiva que se pregunta cuáles son las condiciones que garantizan igualmente la autonomía personal de todos los miembros de la sociedad, y que igualmente los protegen en su vulnerabilidad intersubjetiva, el mayor foco de atención para los principios de justicia se vuelve la estructura y la calidad de las relaciones de reconocimiento. Como resultado, esta concepción liberal de la justicia pierde su carácter como teoría de la distribución. Se vuelve en vez -para

---

<sup>128</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, ob. cit., p. 143 "... improperly limits the scope of what goes into the notion of the "moral power" to conceive and pursue a way of life, or even what goes into the conditions for acquiring the positive disposition toward oneself that Rawls refers to as "self-respect (or self-esteem)... In part, this is a matter of not giving much attention to the recognitional conditions for acquiring and maintaining self-trust (and thus of the associated openness to the creative impulses stemming from inner dynamics).".

colocarlo de alguna forma de manera provocativa- una teoría normativa de la estructura de reconocimiento básica de la sociedad. Lo que, entonces, viene, a tomar el lugar de los principios de distribución justa, son los principios que gobiernan cómo las instituciones básicas de la sociedad aseguran las condiciones para el reconocimiento mutuo. Y ésta es una forma profundamente diferente -y largamente inexplorada- de pensar acerca de la justicia social.”<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> HONNETH ALEX AND ANDERSON JOEL, ob. cit., p. 144 “Once it is acknowledged, further, that even these preliminary conditions for autonomy are not a resource that can be distributed at will, then it becomes clear that we – like the parties in the original position – must undertake a rethinking of what the object of a theory justice is. From the perspective of asking what the conditions are that equally guarantee the personal autonomy of all members of society, and equally protect them in their intersubjective vulnerability, the main focus of application for principles of justice becomes the structure and quality of social relations of recognition. As a result, this liberal conception of justice loses its character as a theory of *distribution*. It becomes instead – to put it *somewhat provocatively* – a normative theory of the *recognitional basic structure* of a society. What comes, then, to take the place of principles of just distribution are principles governing how the basic institutions of society secure the social conditions for mutual recognition. And that is a profoundly different – and largely unexplored – way of thinking about social justice.”

## **6. De nuevo el poder judicial**

Hemos visto que sólo una concepción social de la autonomía se encuentra capacitada para comprender adecuadamente las circunstancias en que emerge y elementos que la constituyen. También explicita sus presupuestos, particularmente en lo que se refiere a la mutua dependencia entre la persona y quienes integran la comunidad a la que pertenece

Si la autonomía ocupa un lugar central en la auto-comprensión de las sociedades que pretenden regular la convivencia de forma pacífica y legítima, entonces deben asegurarse los mecanismos institucionales para que esta posición sea, en verdad, central.

En este marco teórico sólo me centraré en un aspecto particular y que se refiere a los derechos como forma particular de contribución al aseguramiento de las capacidades necesarias para el ejercicio de la autonomía.

En este sentido creo que es posible tomar algunas de ideas de Nino a este respecto y reformularlas. En consecuencia podemos distinguir: creación de la autonomía, que es importante en las etapas más dependientes del ser humano - desde el nacimiento hasta la mayoría de edad, extendiéndose por lo demás a aquellas etapas de la vida en que la persona vuelve a ser dependiente, como ocurre con los ancianos, los minusválidos y todos aquellos a quienes durante su vida se les priva de las capacidades necesarias para valerse por sí mismos-, respecto de aquellos que son más dependientes de los vínculos sociales -la gente de menores recursos- cobra especial vigencia el principio de igualdad en sentido material; ejercicio de la autonomía, donde no sólo vale parcialmente el principio liberal de justificación de la restricción de libertad de Gaus, sino también el principio de igualdad de oportunidades en el marco de un contexto social regido por el principio de tolerancia a que alude Raz.

Esta prioridad de la autonomía requiere una determinada teoría del poder judicial que se pronuncie afirmativamente sobre la cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales.

Llegados a este punto, parece necesario contra argumentar a las tres tesis ya expuesta por Atria.

Respecto de la tesis del argumento conceptual sobre como podemos comprender los derechos sociales. No parece correcto limitar las concepciones posibles de los derechos a la distinción liberal/socialista, no sólo por que esto sólo toma en consideración aspectos contingentes e históricos, sino por que es posible conceptualmente concebir la ciudadanía en otros términos y con otros alcances.

Por otro lado, esta distinción no aclara sus presupuestos. El presupuesto de la básico de la distinción liberal /socialista de la comunidad política, es el hecho de que *todos necesitan de todos*. Este argumento a primera vista puramente retórico, permite percibir que para entender la socialidad del individuo, para poder entender una comunidad política como tal, el recurso al individuo aislado no es suficiente.

Esto ya por razones pragmáticas. En la medida que los derechos y obligaciones se consideren como relaciones sujetas a reglas, no es posible ignorar su dependencia de lo social. Wittgenstein ha demostrado convincentemente que el factor crucial en virtud del cual se constituye una regla es el uso colectivo que a esta le damos, seguir una regla es una práctica generalizada establecida por acuerdo, costumbre o simple práctica<sup>130</sup>. Como veremos, en todo caso, esto no dice nada aún sobre la legitimidad de la regla seguida, pero demuestra que sólo podemos entender los derechos en un contexto de relaciones sociales determinadas. De ello se sigue el rechazo del argumento del individuo aislado como forma de explicar y entender los derechos.

---

<sup>130</sup> GRAYLING A. C., *Wittgenstein*, pp. 80 y ss.

Luego, no es comprensible que puede entenderse por derechos naturales. Esto parece indicar que el este liberalismo opera sobre una premisa errónea. No es posible entender que existen derechos naturales, por que no es posible concebir la existencia de un derecho tomando en consideración exclusivamente al individuo aislado. Los derechos sólo pueden entenderse referidos a un sistema de reglas establecido socialmente, que es lo que el liberalismo clásico pretende volver irrelevante.

Esto no significa que no sea posible una fundamentación normativa de este tipo de relaciones jurídicas, pero implica analizar exhaustivamente aquellos a que nos referimos cuando hablamos de derechos.

Establecido que no se puede ignorar como se constituye socialmente este tipo de relaciones, queda ver como estas se hacen posibles en sentido normativo.

Para ello es necesario remitirnos nuevamente a la teoría de la acción, pero desde un nuevo enfoque, un enfoque antropológico. Así, según Tugendhat<sup>131</sup> si bien tanto los animales como los seres humanos pueden actuar solos o junto a otros, sólo estos últimos pueden hacerlo voluntariamente. De este modo, cuando las personas emprenden una acción conjunta, esta acción siempre depende de su propia voluntad.

Esta integración voluntaria de la acción de una persona junto a la de otras, puede tener lugar de dos formas. O por poder, en que uno o varios determinan la voluntad de los otros, o por voluntad libre, en el sentido que la sumisión a la voluntad del otro, respecto de cada uno es simétrica. En este último caso todos deciden juntos.

Entonces, desde el punto de vista de la organización política, la actuación colectiva y el sometimiento a reglas sólo parece legítima cuando hay simetría, esta

---

<sup>131</sup> TUGENDHAT ERNST, *El origen de la igualdad normativa*, pp. 123 y ss.



relación de simetría es el presupuesto necesario de la democracia. Es por ello que el carácter democrático de la constitución de la comunidad política es fundamental para la comprensión de los derechos, pues de otro modo no podría existir una comunidad como tal, sólo un agregado heterónomamente ordenado.

La democracia, en cuanto actuación conjunta de personas en términos de simetría, es la auto-constitución de la comunidad, lo que significa necesariamente hacer a un lado el poder en el sentido de Tugendhat. Esta es la única fuente auténtica de la normatividad, y, por ende, de los derechos.

En este sentido, es un error entender que lo que justifica la existencia de la comunidad política son derechos naturales, por que estos sólo aparecen cuando la comunidad se auto-comprende como democracia. Antes sólo hay intereses y posiciones de poder. Con la constitución normativa de lo social aparecen los derechos.

Ello no obsta a que estas posiciones de poder hayan cambiado de naturaleza. Es decir, una vez reconocidas por la auto-constitución democrática de lo social, estas posiciones pasan a ser normativas, esto es, respaldadas como expectativas normativas legítimas.

Lo que sólo significa decir, que algunos se incorporan, originalmente, a la comunidad política en mejores condiciones que otros, y, que esta diferencia de condiciones, parece legítima como condición de entrada a la comunidad política. Pero una vez constituida, esto tampoco obsta a que estas asimetrías sean corregidas.

Respecto de la visión de lo político. Que la justiciabilidad de los derechos sociales sea fatal para lo político, se explica en que los derechos sociales sólo son exigibles políticamente. Para esta postura los derechos sociales deben ser exigibles políticamente, por que si no, no sería posible demostrar la ausencia de

justificación del ejercicio del poder, lo que es peor, la exigibilidad judicial de los derechos sociales impediría constatar la ilegitimidad del poder. Pero esto ya presupone una determinada forma de comprender lo político, lo que vinculado a la relación con el sistema jurídico, y, en particular, al sistema judicial, presupone una determinada forma de entender lo social.

Si la norma individual en que consiste el fallo no puede ser un derecho social sino una demanda privada, ello sólo puede tener lugar bajo una comprensión de lo social como sistema. La existencia de sistemas sociales autónomos, clausurados operativamente y que se reproducen auto-poieticamente, significa que el código que maneja el sub-sistema sólo puede ser "visto" a través de los programas que el propio sistema genera. De este modo, la norma individual de la sentencia que se pronuncia sobre la exigibilidad de un derecho social, sólo puede ser entendida como una pretensión particular.

Sólo concibiendo la relación entre sistema político y sistema jurídico como dos sistemas que se vinculan como entornos recíprocos, es que podemos afirmar que el fallo no tiene repercusiones políticas y sólo jurídicas. Pero esto es un error, la experiencia sud-africana, en lo que al control de constitucionalidad se refiere, muestra como ha mejorado la *accountability* de lo político a través de un sistema de revisión judicial.

Además, afirmar que el peligro de la inseparabilidad de la política y el derecho cuando se trata de la exigibilidad de los derechos fundamentales, es que la posibilidad del desacuerdo legítimo sobre el que reposa el estado democrático puede desaparecer, parece caer en el mismo problema de la confusión entre justificación y aplicación, por que sólo puede afirmarse que el desacuerdo político se elimina con el fallo del tribunal, si se entiende que el juez aplica a un caso genérico una solución genérica. La verdad es que no es posible prejuzgar sin evidencia empírica, que puede ocurrir cuando el juez se pronuncia sobre estas cuestiones, pero no puede decirse que el desacuerdo político desaparece o queda

seriamente disminuido, al menos no definitivamente, sobre todo en un sistema judicial en que los precedentes no son obligatorios. En todo caso, este parece un buen criterio conceptual, pues alerta, desde el punto de vista contra-mayoritario, aquellos casos en que posiblemente la política se vuelve parasitaria del derecho.

Por último, el costo de sumir lo contrario, esto es, que el acuerdo político siempre es racional y que no cabe la revisión judicial, es que se pueden producir afectaciones de los derechos fundamentales que sólo se pueden corregirse cada 4 años cuando hay elecciones de diputados y senadores. No parecen haber experiencias de movilizaciones sociales que obliguen a los representantes a promulgar determinadas leyes. Parece razonable asumir, por el contrario, que el legislador se equivoca en sus decisiones y que no siempre las toma considerando el bienestar de todos por igual.

Todo esto se produce por una concepción excesivamente extensiva de lo político. En efecto, la única forma adecuada de auto-comprendernos socialmente no pasa sólo por saber qué comunidad constituimos, sino también por la consideración más general –universal- que entiende que las vulnerabilidades a que se refieren Honneth y Anderson son definitorias del ser-humano-social. Si la decisión sobre estas queda al arbitrio de la política, entonces se introduce la posibilidad de que el poder reemplace la simetría.

Respecto de la tesis de la indeterminación del derecho social en referencia a la determinación del derecho subjetivo. La tesis central desde este punto de vista, aunque se niegue, sigue siendo una cuestión lingüística vinculada a la imprecisión semántica de las disposiciones constitucionales

Esto se demuestra en el recurso a la tesis de Hart sobre los conceptos y concepciones. Según esta tesis los derechos fundamentales no serían exigibles porque "...las disposiciones del artículo 19 no son normas que satisfagan los requisitos propios de una norma jurídica. Y no los satisfacen no porque sean

normas incorrectas, es decir injustas (aunque algunas por cierto lo son), sino por que ellas no expresan concepciones sino conceptos... un concep- [p. 25] to es una formulación muy abstracta del contenido de una idea... Las personas con concepciones opuestas de la justicia no necesitan discutir el concepto de justicia, pueden reservarse su batería de argumentos para las controversias que surgirán al momento de intentar especificar el contenido del concepto, en este caso al intentar especificar qué es lo que cada uno puede reclamar como suyo... Esta ulterior especificación es lo que constituye una concepción.”<sup>132</sup>

De esta manera, el contenido del art. 19 de la Constitución se limitaría a conceptos. Los conceptos, por su alto grado de indeterminación sólo serían utilizables en el ámbito político, es decir, en el ámbito del discurso de justificación de normas. Si los conceptos sólo pueden ser aplicados en este ámbito, entonces ello no sería posible en los discursos de aplicación de normas. Estos “conceptos” supondrían que en el caso concreto el juez no tiene una norma jurídica con la cual resolver el caso, o lo que es lo mismo, la resolución del conflicto bajo una disposición constitucional que constituye un concepto, implicaría que el juez necesariamente deba resolver los desacuerdos sobre cuestiones sustanciales de acuerdo a sus propios criterios morales, el juez actuaría como legislador.

Sin embargo, la tesis hartiana que sigue Atria aplicado a este contexto no es suficientemente sólida. Primero, porque si se trata de una cuestión lingüística, debe precisarse antes que todo si se trata de cuestiones semánticas, gramáticas o pragmáticas, lo que no es aclarado en absoluto.

Segundo, la vaguedad es una propiedad normal de las normas jurídicas, ello lo comparten las disposiciones legales como las constitucionales, en algunos casos, también las reglamentarias.

---

<sup>132</sup> ATRIA FERNANDO, *El derecho y la contingencia de lo político*, Doxa nº 26, 2003, p. 26.

Por último, bien podría entenderse que la constitución chilena es una constitución rígida.

Desde el punto de vista de la rigidez constitucional, la vaguedad de los enunciados sobre derechos fundamentales contenidos en el art. 19 de la CPR, se explica perfectamente. Ferreres-Cornella alerta sobre el peligro, en estas constituciones, de que las disposiciones de una Carta Fundamental no logren adecuarse a los cambios sociales que experimenta la sociedad en la cual rige “Para contrarrestar este riesgo, la rigidez necesita de abstracción: la constitución debe abstraer el lenguaje para definir el alcance de, así como las restricciones de, los derechos. La Carta de derechos puede así acomodarse a la evolución del juicio moral. Esta evolución puede tener lugar en dos sentidos uno restringido y uno expansivo. El progreso moral puede sugerir que un derecho particular no es tan amplio como originalmente debió ser, o puede sugerir, al contrario, que es más amplio. En particular, puede ocurrir que mientras el alcance de un derecho particular se extiende, otro derecho con el que colisiona debe entonces restringirse más severamente de lo que era pensable como aceptable en el pasado... Si, por el contrario, la constitución expresa los derechos a través de cláusulas muy detalladas y categóricas, será mucho más difícil que esta logre atraer el acuerdo sobre estos derechos en el futuro. Mientras más detalladas y categóricas sean las cláusulas, mayor la probabilidad que en futuro las mayorías disientan de ellas o las consideren insuficientes... Así, la abstracción es necesaria para que una constitución rígida preserve la legitimidad democrática a través del tiempo. Es por ello, que la rigidez tiende a generar abstracción.”<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> FERRERES-CORNELLA, VÍCTOR, *A defense of constitutional rigidity*, en “Analisi e diritto”, 2000, p. 50 “To counteract this risk, rigidity needs abstraction: the constitution must abstract language to define the scope of, as well as the restrictions on, Rights. The bill of Rights can then accommodate the evolution of moral judgment. This evolution can take place both in a restrictive and in an expansive direction. Moral progress can suggest that a particular right is not as broad as it was originally deemed to be, or it can suggest, on the contrary, that it is broader. In particular, it may happen that as the scope of a particular right is enlarged, another right with which it collides must then be restricted more severely than it was thought to be acceptable in the past... If, in contrast, the Constitution expressed rights through very detailed and categorical clauses, it would be much more difficult for it to attract agreement in the future. The more detailed and categorical the clauses, the higher the likelihood that the future majorities would disagree with them or find them

De esta manera se explica por qué las disposiciones de la Constitución tienen un grado de abstracción superior a la generalidad de las disposiciones legales. De hecho, muchas veces las disposiciones legales son en algún grado abstractas, sin embargo no por ello se puede afirmar que estas son “conceptos” en el sentido de Hart. Punto distinto es que la abstracción de las disposiciones fundamentales vaya a influir de manera importante en la argumentación jurídica. Sin embargo, ello no hace que la deliberación judicial sea irracional, o que necesariamente sean las propias concepciones del juez sobre la justicia lo que en definitiva vaya a determinar la resolución del conflicto.

Con respecto a la racionalidad del proceso judicial, algo que en todo caso no es discutido por los detractores de la revisión judicial, la deliberación obedece a razones y contra razones, como Ferreres lo expone: “La mayoría que ha promulgado una ley puede ser traída ante una Corte para que ofrezca las razones en apoyo de dicha ley, cuando afecta derechos fundamentales, y responda las contra-razones que el demandante ha articulado. La Corte puede así enfocar la atención de los ciudadanos y sus representantes en los asuntos que se han expuesto, en los argumentos y contra argumentos que ellos han hecho, y en las razones que la Corte ha considerado finalmente relevantes y suficientes para justificar su decisión. Una opinión pública más refinada puede emerger de este proceso. No es sólo que la revisión judicial cree espacios para la deliberación. La experiencia de este espacio de deliberación tiene un importante efecto secundario: mantiene el espíritu deliberativo vivo en la política a largo plazo, en asuntos que conciernen a derechos.”<sup>134</sup>

---

insufficient... So abstraction is necessary for a rigid Constitution to preserve its democratic legitimacy through time. Because of this, rigidity tends to generate abstraction...”

<sup>134</sup> FERRERES-CORNELLA, VÍCTOR, *ob. cit.*, p. 54 “The majority that has enacted a law can be brought before a Court to offer reasons in support of that law, when it affects fundamental rights, and to answer the counter-reasons that the plaintiff has articulated. The Court can thus focus the attention of citizens and their representatives on the issues that have been raised, on the arguments and counter-arguments that have been made, and on the reasons that the court has finally considered relevant and sufficient to justify its decision. A more refined public opinion can emerge from this process. It is not merely that judicial review creates a site for deliberation. It also that the experience

Este modelo deliberativo a que se refiere Ferreres-Cornella puede caracterizarse como un modelo de justicia experimental. Según Bergallo el modelo experimental de órdenes propone "... un modelo deliberativo en el que el demandante y los funcionarios de la administración pública negocian la mejor solución posible en condiciones de provisionalidad y transparencia bajo el arbitraje del juez o sus funcionarios delegados. De esta forma, los jueces no tienen por qué tener la última palabra en el diseño de la figura remedial. En cambio, las partes y los agentes de la administración tienen la oportunidad de participar con voz y voto reforzando la legitimidad democrática de la intervención judicial en el accionar de la administración originada en el marco de un litigio de derecho público. En la medida que esta deliberación es posible, el modelo experimental reconoce además la compleja interacción entre los poderes y los matices de su legitimidad características que los objetores de la legitimidad de la interferencia suelen soslayar."<sup>135</sup>.

Por lo demás, el legislador puede auto-corrigerse, que es el significado que tiene, de hecho, la derogación y la modificación de disposiciones y/o normas.

La exigibilidad de los derechos sociales que sostengo, no es absoluta, en cualquier caso y en cualquier condición. No sólo está condicionada a ciertas circunstancias, sino también a ciertos tipos de casos. Un grupo de casos son aquellos a que se refiere Alegre. Para Marcelo Alegre debe existir un mínimo al cual toda persona debiera tener acceso "... respecto de ese mínimo opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que se adopten medidas tendientes a su

---

of this site has an important side-effect: it keeps the deliberative spirit alive in the polity at large, on issues concerning rights."

<sup>135</sup> BERGALLO, PAOLA, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, SELA, p. 23.

satisfacción.”<sup>136</sup>, respecto de cómo operar por sobre ese mínimo, ello debe estar a cargo del legislador.

Creo que si se trata de decisiones sencillas el poder judicial podría estar capacitado, ello, sin embargo, parece no obstar a la existencia de la tensión democrática. Para evitar esta tensión Alegre se basa en el carácter urgente de la medida, si bien esto hace a la decisión judicial plausible, moralmente no excluye las consideraciones contra-mayoritarias. Estas sólo se excluyen reconociendo la posición que la autonomía tiene en el sistema social respecto de la formación democrática de la voluntad ciudadana. La protección de la autonomía, desde este punto de vista, es la protección de la democracia.

La dificultad contra-mayoritaria se genera una vez cedido el ejercicio del poder por parte del pueblo. La tensión es respecto al órgano más representativo del pueblo, pero no respecto del pueblo en sí. Es más, incluso puede verse cómo una tensión entre el pueblo y quien ejerce el poder que el pueblo cede. No es un conflicto entre el juez y el legislador, el interés que el juez protege es el interés del pueblo

Pero creo que no sólo el poder judicial puede operar en estas situaciones de emergencia como aquellas a las que se refiere Alegre, sino también en contextos en que “lo político” no funciona adecuadamente, especialmente donde la sociedad civil es débil, no hay accountability y una opinión público-política dominada por medios de comunicación que tradicionalmente sólo han respondidos, y, responden actualmente, a intereses de grupos económicos.

En este sentido, las implicaciones sobre reconocimiento de los derechos fundamentales, que es lo que está detrás de la elección por la legitimidad de las decisiones judiciales en materia de protección de estos derechos, por sobre el poder legislativo, es una corrección democrática de una concreta decisión política, particularmente cuando se detectan serias falencias en la sociedad civil y los actos

---

<sup>136</sup> MARCELO ALEGRE, *Igualitarismo, democracia y activismo judicial*, SELA.



de la política carentes de la accountability que se exige normalmente, como condición de transparencia, en las democracias occidentales. Quizás por el hecho de que esta “rendición de cuentas” no exista, es que se perciba con cierta urgencia la necesidad de la actuación del poder judicial frente a los actos “perlocucionarios” de la política.

En este contexto debe ser introducida una precisión conceptual que ya ha sido introducida implícitamente en esta memoria: la diferencia entre actos orientados al entendimiento y actos que sólo tienen por efecto producir determinados efectos en el agente receptor. En el marco de la teoría de los actos de habla, los primeros son llamados actos “ilocucionarios”; los segundos, actos “perlocucionarios”.

En la versión tradicional de la teoría de los actos de habla, Austin desarrolla una distinción en tres niveles de las realizaciones lingüísticas. Se trata de la clásica distinción entre acto locucionario, acto ilocucionario y acto perlocucionario<sup>137</sup>. El acto locucionario consiste en proferir una oración con una cierta referencia. El acto ilocucionario consiste en “lo que hace al decir” (p.e.: al pronunciar determinadas palabras en determinadas condiciones, el hablante promete realizar una compraventa, bajo ciertas condiciones, lo que ha proferido en este caso tiene efectos jurídicos, el hablante no sólo se comunica, sino que “promete” en sentido jurídico), por último, el acto perlocucionario es aquel por el cual el hablante persigue determinados efectos a través de su acto de habla en el oyente.

La evolución posterior relevante para los efectos de esta memoria es el giro “social” que adquiere la teoría de los actos de habla –reformulada por Searle- de la mano de Habermas. Habermas diferencia a grandes rasgos dos clases de acciones en sentido social: acciones comunicativas –caracterizadas por sus propiedades ilocucionarias que orientan la acción al entendimiento- y acciones estratégicas –caracterizadas porque el hablante no pretende comunicarse

---

<sup>137</sup> AUSTIN, J.L., *How to Do Things with Words*, p. 94 y ss.

primariamente con el receptor, sino producir determinados efectos, es decir, se caracteriza por sus propiedades perlocucionarias.

Existe según Habermas dos sub-clases de acción estratégica, las acciones abiertamente estratégicas y las acciones estratégicas encubiertas, dentro de esta sub-clase es particularmente importante aquellas que producen un engaño conciente por parte del hablante, es lo que Habermas llama manipulación “En situaciones de acción estratégica solapada, al menos uno de los participantes se conduce orientándose hacia el logro de sus particulares propósitos, pero hace creer a los demás que todos cumplen los supuestos de la acción comunicativa.”<sup>138</sup>

Esto puede ser aplicado a la política en nuestro país. El discurso político de los derechos post-dictadura se basaba implícitamente en la promesa de la efectividad de los derechos civiles y sociales. Sin embargo, esta promesa, en el contexto jurídico de hoy, parece operar como un acto estratégico encubierto. Por un lado, el emisor de los actos de habla pretende legitimarse democráticamente, pero oculta su pretensión estratégica en el discurso de los derechos, presuponiendo, acertadamente, que la comunidad política se orienta al entendimiento. Dado que en este contexto social se hace necesario una ruptura de las pretensiones estratégicas encubiertas de nuestros representantes políticos, la justificación de la actuación del poder judicial cuando hablamos de derechos, se hace necesaria.

Luego, la casi inexistente sociedad civil, la opinión pública dominada por los medios de comunicación de masas políticamente dependientes de intereses de grupos económicos<sup>139</sup>, los actos perlocucionarios de la política y la inexistencia de la accountability, indican fallas en el sistema democrático que requieren de un poder judicial activo en lo que a protección de derechos fundamentales se refiere.

---

<sup>138</sup> HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Tomo I, p. 425.

<sup>139</sup> CFR. CHOMSKY NOAM AND HERMAN EDWARD S., *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media*, Pantheon Books, 2001.

Estos defectos no privan totalmente de legitimidad al legislador y al gobierno, sin embargo, significa que ambos no pueden ser considerados con los parámetros con que normalmente se debieran evaluar. Por lo demás, ello parece demostrar que la transición política de la dictadura a la democracia es un proceso que no ha finalizado, ello significa entender que el sistema político en Chile debe evolucionar para volverse auténticamente democrático. Todavía restan posiciones de poder naturales e ilegítimo que se normativizaron con la llegada de la democracia.

Aceptar que el poder judicial se pronuncie sobre cuestiones de derechos fundamentales supone considerar que la función del poder judicial no consiste sólo en adjudicar. Propiamente hablando, no habría adjudicación, sino un control del legislador sobre la base de aquello que le es indisponible, a saber, los presupuestos necesarios para la autonomía en un determinado contexto social, como hemos visto.

La teoría del control judicial que se sostiene en esta tesis es una teoría débil, pues se avoca principalmente a la necesidad de contemplar la posibilidad de devolver al poder legislativo ciertas decisiones –semejante al control judicial de la legislación en Italia-, haciendo participar a la comunidad política de las razones que llevan en un momento histórico determinado a la comunidad política a tomar esas decisiones. Esto, en todo caso, sólo parece posible de *lege ferenda*. Que sea débil, significa que distingue ciertos contextos en los cuales puede ser aplicada legítimamente.

Pero en todo caso, incluso en una teoría fuerte de la revisión judicial, que no distingue sus propios contextos de aplicación, puede lograrse resultados imparciales, siempre que el control se base en el dato previo de la existencia de compromisos asumidos políticamente y su incumplimiento patente por parte del Estado. Es decir, no sostiene que el juez argumenta moralmente al controlar al legislador, por que el estándar con que evalúa el incumplimiento no reside en sus propias concepciones sobre lo bueno o lo justo. Por el contrario, basándose en los

actos perlocucionarios de la política, que busca a través de la apariencia legitimadora del discurso por la protección de los derechos, su propia auto-subsistencia y que en cuanto tales la deslegitiman, opera con el acto de habla contrafactual comunicativo comparando la finalidad encubierta perseguida (la auto-subsistencia) con el deber institucional que define a lo político como tal, esto es, el lugar donde el desacuerdo se resuelve imparcialmente. Sintéticamente: compara lo que se promete con el deber declarado del Estado. Si este deber declarado se incumple, el juez está autorizado para actuar.

Así, es posible fundamentar teóricamente la autoridad del juez para actuar en estos casos, de la misma manera como se funda la autoridad del legislador para dictar una ley, el juez actúa en interés de la comunidad política al preservar la integridad de su funcionamiento comunicativo.

Habíamos dicho que la voz que el juez protege a través de su fallo es la del pueblo, y que esto no afecta al ejercicio democrático. Las razones de por qué esto es así se pueden ver claramente en la argumentación de Alegre. Alegre sostiene que el pueblo debe participar en el manejo del gobierno a veces incluso en menoscabo del poder ejercido por las élites. Este menoscabo desde mi punto de vista, cuando se trata de la contribución a la autonomía de los más vulnerables, no solamente vuelve simétricas las relaciones entre los individuos en el sentido de Tugandhat, sino que también es reflexivo.

La desigualdad en las capacidades para desarrollar la autonomía genera un riesgo sistémico en las sociedades modernas, al marginar y excluir a determinadas personas de los procesos políticos. La propiedad que comparte esta clase de personas excluidas, es su singular estado de pobreza, que en términos de la autonomía, significa que se encuentran sustancialmente disminuidos en las capacidades necesarias para idear y desarrollar ciertos planes de vida.

Pero esto también tiene otro sentido político. Al marginar a las personas de su capacidad de participación en la política, por la vía de mermar su autonomía directamente, o indirectamente incumpliendo el deber de distribución equitativa de la autonomía, no sólo disminuye el nivel de representatividad de los representantes lo que afecta a la democracia como sistema político en sí, sino que va dividiendo a la sociedad (piénsese por ejemplo en el caso colombiano) desde dentro afectando su estabilidad. Esto ya se constata en el discurso político internacional cuando se habla, como dijimos, de gobernabilidad.

Este menoscabo es reflexivo pues opera al final de cuentas en interés de la sociedad en su conjunto, al evitar el menoscabo de las condiciones que permiten el desarrollo normal del proceso democrático.

Así Pisarello entiende la institución de la revisión judicial "...en la medida que pretenden introducir un relativo control entre poderes a través de diferentes medidas de presión sobre el legislador y la administración, podrían concebirse como un elemento no de reducción o limitación de los ámbitos de discusión democrática sino, por el contrario, de desbloqueo de las constricciones que a menudo les vienen impuestos por presiones corporativas de distinta índole, evitando de ese modo el naufragio tecnocrático o simplemente plebiscitario de los deberes políticos en materia de derechos sociales."<sup>140</sup>, en consecuencia, la revisión judicial puede concebirse incluso en su versión débil, vale decir, en que no imponga una decisión autónoma con potestades y actos de autoridad terminales, sino que sólo reenvíe la cuestión a la deliberación política.

La "dificultad democrática" a que se refiere Atria, tiene sentido solamente si anclamos el análisis a la realidad de la deliberación histórica de los tribunales chilenos, mas ello no implica *per se* que debamos prescindir de la revisión judicial como instrumento de deliberación que tienda a la ampliación de los derechos en

---

<sup>140</sup> PISARELLO, GERARDO, *ob. cit.*, p. 97.

orden a institucionalizarlos con garantías que los fijen en el acervo jurídico de los individuos.

El problema de la afectación de la regla de la mayoría no se circunscribe a un mero procedimiento de generación de la autoridad. Si bien debe aceptarse que la revisión judicial no es consecuencia necesaria de la democracia, tal como señala Atria, debemos aceptar en contrario, que tampoco puede afirmarse que altera necesariamente la regla democrática, ya que el control jurisdiccional de la constitucionalidad, en abstracto, y su corolario, la actualización judicial de los derechos de las personas, en concreto, son elementos estimados en un régimen democrático de derecho, en la medida que consideremos la accountability y la integridad del sistema jurídico como garantías de los ciudadanos frente al poder, que operan ya no como un mero hecho procesal de aseguramiento de la regla de mayorías, sino que apunta en otro aspecto de la democracia sustancial, cual es su profundización.

De acuerdo a Pisarello, existe una tendencia a proclamar la necesidad de debilitar las facultades regulatorias del Estado, adjudicándoselas a organizaciones supuestamente neutrales como bancos, empresas, organizaciones de la sociedad civil, etc., todos reacios a todo tipo de control político o electoral “En consecuencia, lo que se promueve en la mayoría de los casos es una concepción delegativa y plebiscitaria de la democracia... reducida a una verídica competición electoral encargada de legitimar la aplicación decisionista de programas que se dirigen a eliminar los controles jurídicos a los poderes privados y a limitar en cambio las posibles garantías de los derechos sociales impulsadas tanto en sede política como en los espacios autónomos surgidos en el seno de la sociedad.”<sup>141</sup> El problema que aquí se debate no es menor. Ésta forma de comprender la democracia –como mero aseguramiento procedimental de la regla de generación de las autoridades- da cuenta de un problema sistémico, reduce la participación a

---

<sup>141</sup> PISARELLO, GERARDO, *Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales*, ISONOMÍA n° 15, octubre 2001, p. 90.

un solo momento, el momento de la elección, y reduce el momento del control, de la *accountability*, al momento de la reelección. Reducir la participación a un solo momento, a la elección de programas temporales (1 a 5 años) desvirtúa el valor moral de las decisiones que elegimos resolver a través del ejercicio democrático.

En este contexto, los derechos sociales se consideran inútiles. Su consideración como mera declaración de principios los vuelve irrelevantes. Según Pisarello “Esta situación de volatilización y eficacia decreciente de los derechos sociales como producto de su colonización burocrática y mercantil puede explicarse, ciertamente, recurriendo a la historia y a la sociología del derecho. Pero no se deriva ni se encuentra inscrita en la estructura de la mayoría de los ordenamientos constitucionales modernos y de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Éstos, por el contrario, establecen las bases normativas para una recomposición y transformación del Estado social tradicional, propiciando su conversión de simple Estado legislativo y administrativo en verdadero Estado constitucional y democrático de derecho, es decir, en un sistema de garantías frente a los poderes públicos y privados a la altura, al menos, del diseñado para los derechos civiles en el Estado de Derecho clásico.”<sup>142</sup>.

Debemos notar, en todo caso, que Atria es crítico de una revisión judicial fuerte, lo que compartimos en cierta medida, si bien partimos de presupuestos diferentes.

Lo que se defiende es una tesis débil sobre la revisión judicial que sólo opera para controlar al legislador, por la vía de la autoridad de la decisión que se limite a obligar al debate de dichos asuntos a los poderes públicos y representativos de la ciudadanía. Ello implica asumir que el legislador no es siempre racional y que no siempre toma la mejor decisión en interés de todos. Pero es una tesis débil, por que distingue los contextos especialmente acuciantes en que puede proceder: los casos urgentes; y los casos no urgentes en que los actos perlocucionarios de la política se diluyen en el discurso de los derechos.

---

<sup>142</sup> PISARELLO, GERARDO, *ob. cit.*, 92.

Ello debe estimarse vinculado al carácter reflexivo para el Estado que tiene la revisión judicial cuando ayuda al más vulnerable. Pero esta ayuda al más vulnerable no sólo evita efectos sistémicos que erosionan la comunidad política, sino que atiende a su centro más duro, la autonomía, para fundamentar el deber de intervención. Sólo entre personas autónomas se hace posible la democracia, esto es cierto incluso para los liberales.

No hay acá oposición al argumento de la dificultad contra-mayoritaria: bien en situaciones de emergencia fáciles de resolver por cuestiones de protección urgente de la autoridad; bien cuando son situaciones complejas en que puede operar como llamada de atención a la política cuando esta no soluciona los grandes problemas de la autonomía, es decir, cuando niega el carácter simétrico de la auto-constitución de lo político.

En el modelo experimental de justicia que Bergallo propone para el poder judicial y Knight para la legislación, encontramos como común denominador el carácter provisional de lo resuelto. Este modelo supone que la sentencia no opera con efecto de cosa juzgada, pues parece ser inherente en este tipo de conflictos la cláusula *rebus sic stantibus*. Esto permite superar la dificultad teórica de la adjudicación: “lo político” no se ha eliminado, ni necesariamente disminuido, por que los jueces no son los que tienen la última palabra, que es el aspecto más difícil de aceptar con los regímenes de control judicial fuerte.

Si dotamos a los jueces de facultades de protección sobre los derechos fundamentales, no se comprenden ya los derechos fundamentales de las constituciones modernas como enunciados meramente programáticos. Por otro lado, esta versión fuerte de los derechos constitucionales como derechos programáticos, hace posible la plausibilidad de una revisión judicial débil.



Esta visión introduce ciertas cuestiones que se vuelven inmodificables en la política. Los hablantes no pueden negar la relevancia de la equitativa distribución de la autonomía, si lo niegan, se hace imposible la pretensión de que la comunidad política se oriente a su propio auto-entendimiento. Si se niega la prioridad de la autonomía, la comunidad se niega a sí misma como comunidad, las relaciones entre las personas dejan de ser simétricas y aparece el poder como única forma de coordinación de la acción –que puede asumir la forma de la tradición religiosa o simplemente la de una dictadura. La distribución no equitativa significaría una contradicción preformativa que negaría los presupuestos básicos del habla que son necesarios para que la comunidad –contemporánea- se auto-comprenda.

La revisión judicial débil establece dos mecanismos para evitar esta erosión –presuponiendo por supuesto un esquema de prioridad de la autonomía-: en situaciones de emergencia, donde el tribunal basándose en la protección de la igual distribución de los presupuestos de la autonomía mínima, suple provisionalmente al legislador para evitar un desastre; en situaciones regulares en que puede actuar reenviando el problema al dominio de la deliberación política, evitando los efectos perlocucionarios de los actos estratégicos encubiertos.

## **CAPÍTULO IV ¿REPRODUCCIÓN DEL MUNDO DE LA VIDA PREMODERNO?**

Hemos visto que los derechos fundamentales, tanto los derechos de primera como los de segunda generación, cumplen dos roles: además de constituir una forma de controlar el ejercicio del poder, constituyen una forma de legitimar su ejercicio. Este ejercicio se legitima si y sólo si se evitan las auto-contradicciones de justificación del poder propias del Estado premoderno liberal, que como vimos, vuelve irrelevante el presupuesto fundamental que permite hablar sobre los derechos desconociendo la interdependencia mutua entre los miembros de una comunidad.

La alternativa a este modelo pasa por comprender que la comunidad política se constituye en tal sólo cuando se auto-constituye, lo que presupone que las relaciones entre los sujetos son simétricas, por que sólo así puede haber democracia, esto es, auto-gobierno.

Estado implica en buena medida, el compromiso por disminuir las desigualdades y las condiciones de exclusión. Como ya hemos visto, estas desigualdades se producen sistémicamente erosionando las capacidades del ciudadano – particularmente del ciudadano más vulnerable- y con ello el mismo sistema democrático a largo plazo.

El rol que el poder judicial tiene en lo que se refiere a la validez de los derechos sociales, tiende a evitar los efectos distorsionadores de los actos perlocucionarios de la política “Puede decirse que en una cierta sociedad las personas tienen igual derecho a un tratamiento judicial justo, a buscar compensaciones legales a los males que les han infligido, etc. Pero si un tratamiento judicial justo o una compensación legal puede ser lograda en esa sociedad sólo por las personas pudientes e instruidas, insistir en que cada cual tiene este derecho, a pesar de que sólo aquellas personas particulares pueden asegurárselo, es algo vacuo que

bordea el cinismo.”<sup>143</sup>, ello es fatal para el sistema político, pues como hemos visto, es precisamente en estos casos en que la revisión judicial débil produce sus efectos.

Como ya hemos afirmado, en la democracia moderna existen serias falencias. Una de ellas es la carencia de una sociedad civil organizada, en un ámbito en donde existe un monopolio fáctico de los medios de comunicación<sup>144</sup>, ya que se agrava la posibilidad de controlar los actos de autoridad y de dar eficacia a los derechos consagrados. Ello parece dar razón a Pisarello en su descripción del mundo actual. Las democracias modernas enfrentan el desafío de interpretar a los pueblos, que sólo ven oportunidades de participación en los procesos electorarios, pero están lejos de un gran número de decisiones relevantes de política pública.

La carta constitucional se limita a establecer un catálogo de derechos, pero su acceso está supeditado a ciertas condiciones. Se trata, en consecuencia, de una operatividad condicionada, lo que, eso sí, no significa que no sean exigibles.

Para avanzar en una democracia moderna que asuma la necesidad de profundización del proceso democrático, debemos asumir una concepción de *Estado de Derecho* comprometida con el concepto de autonomía. Es, precisamente en este compromiso que debemos trazar la línea divisoria entre el derecho y la política, ya que la autonomía de los sujetos, en su fase constitutiva, debe quedar al margen de la deliberación de las fuerzas políticas.

---

<sup>143</sup> WILLIAMS, BERNARD, *The idea of equality*, en “Contemporary Political Philosophy. An Anthology”, ROBERT E. GOODIN AND PHILIP PETTIT (eds.), Blackwell Publishers, 1997, p. 471 “It may be said that in that in a certain society, men have equal rights to a fair trial, so seek redress from the law for wrongs committed against them, etc. But if a fair trial or redress from the law can be secured in that society only by moneyed and educated persons, to insist that everyone has this right, though only these particular persons can secure it, rings hollow to the point of cynicism...”

<sup>144</sup> “Copesa es la segunda cadena periodística nacional, después del Mercurio. Copesa controla, además de la Red, los diarios: La Tercera; La Cuarta; y la Revista Que Pasa.”, HUGO FAZIO, *Mapa actual de la extrema riqueza en Chile*, editorial LOM, Santiago, página 436.

Esta concepción del Estado comprometido con la autonomía, exige del actor público algo más que el respeto de la esfera privada de las personas, la sujeción de los actos de aquél al principio de legalidad<sup>145</sup> o el control de los poderes públicos a través de la separación de los mismos, todo ello entendido en términos formales. En términos materiales exige mucho más.

En términos del legislador, para lograr contribuir a crear las condiciones sociales que nos permitan “la mayor realización espiritual y material posible” y, para asegurar el derecho de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, se requiere del Estado de acciones positivas, y que éstas le sean exigibles. La exigibilidad no puede ser tan sólo política, en el contexto chileno, como hemos visto, también tiene que ser judicial.

De lo contrario, la posibilidad efectiva de ejercicio y goce de los derechos asegurados por la Constitución, reposarían exclusivamente en las destrezas de los particulares. Este mundo corresponde a la concepción del estado burgués del siglo XVIII, pero ya entonces la tesis del individuo aislado es insostenible, pues sólo puede mantenerse en esta posición bajo el supuesto de cierto tipo de relaciones con otros no basadas en la simetría, al menos no necesariamente. La exigencia de otro al lado del burgués, hace imposible conceptualmente entender el mundo a través de la pura individualidad. Esto no tiene asidero antropológico ni sociológico.

Luego, si las disposiciones constitucionales deben interpretarse de manera que tengan sentido, es decir, si se pretende cumplir con los mandatos constitucionales y el compromiso que subyace a la comunidad política, podemos colegir, que en ciertos casos, la vulneración de las capacidades de las personas posibilita que estas accionen directamente en contra del obligado. Incluso en los estudios previos de la Carta de 1980 podemos encontrar antecedentes coincidentes con nuestra tesis: “Por muy perfecta que sea una declaración de derechos, estos

---

<sup>145</sup> Recogido constitucionalmente en el artículo 6°.

resultan ilusorios si no se consagran recursos necesarios para su efectiva aplicación.”<sup>146</sup>

## I

Hemos visto que la descripción de la sociedad civil y de la opinión pública chilena debilitan la existencia de un Estado de Derecho, y que ello sólo significa reconocer las falencias y restablecer el control, pues sólo así es posible concebir un sistema de organización del poder como la democracia. En este sentido no es suficiente la vigencia del principio de legalidad, en sentido procedimental. Se requiere, además, de un principio de igualdad –propriadamente tal y de oportunidades- y sus manifestaciones –coto vedado- y el principio de imparcialidad.

Estos principios se vinculan directamente con los derechos fundamentales. Es necesario, entonces, preguntarse por el estatus de estos derechos al interior del ordenamiento jurídico. Los derechos de primera generación no ofrecen dificultades, pero la posición de los derechos sociales es discutida. Preguntarse por el estatus de estos derechos pasa principalmente por determinar los mecanismos institucionales para hacerlos exigibles –garantizados por la Constitución- y cuales son los problemas que de ello se siguen para el sistema político-jurídico –cuales no - en el caso de rechazo de la tesis de la exigibilidad.

La tesis de la exigibilidad de los derechos sociales ha sido criticada fundadamente, quizás la más relevante es aquella que le imputa confundir legislación con adjudicación. La crítica es por la aparente ilegitimidad –falta de autoridad- del tribunal para resolver cuestiones sobre el necesario desarrollo de política pública que puede tener el acceso a determinados derechos.

---

<sup>146</sup> Acta constitucional N°3, 11.9.1976

Hemos visto, también, que estas críticas tienen problemas en sus presupuestos, particularmente desde el punto de vista de la ciencia política. En efecto, de acuerdo a Sartori, en el contexto del mundo contemporáneo no se trata sólo del auto-gobierno sino de la limitación y control del gobierno, dada la disociación entre titularidad/ejercicio, el control es indispensable. Sin control no es posible afirmar en qué medida un sistema político es democrático. Pero es insuficiente el control basado exclusivamente en el concepto de democracia pebliscitaria, como la ha demostrado Pisarello.

Esta argumentación se basa en la consecuencia del rechazo estricto del control judicial de la legislación, que da lugar necesariamente a un concepto de lo político excesivamente amplio.

Sin embargo, incluso quienes rechazan la revisión judicial, asumen implícitamente asume que “no todo” queda al alcance de la deliberación política, mas no fundamenta ni desarrolla “qué” queda por fuera ni bajo qué condiciones, y, cuando lo hace, cae en contradicciones insuperables, tratando de comprender las reglas a través de estas mismas, ignorando el contexto social constitutivo de las reglas. De acuerdo a lo que se ha sostenido en este trabajo, no puede hablarse propiamente de Estado de derecho si la preocupación por la autonomía no ocupa un valor central.

Respecto de la autonomía, y, teniendo presente la vulnerabilidad del ser humano, la función de los derechos sociales es fundamental.

Si bien, a lo largo de este trabajo parece completa la justificación de la exigibilidad de los derechos sociales, es necesario revisar brevemente que es lo que podemos entender por derechos sociales. En lo que sigue la teoría de los derechos sociales se basa fundamentalmente en la teoría de Robert Alexy.

Tradicionalmente, para el liberalismo clásico, los derechos fundamentales se han entendido exclusivamente como derechos de defensa, esto es, derechos a

acciones negativas –omisiones- contra el estado. Los derechos a acciones positivas, desde esta perspectiva, serían derechos a acciones. Alexy los llama derechos a prestaciones.

Dentro de estos derechos es posible enmarcar a los derechos sociales, sin embargo no hay identidad entre ambos. Es decir, todo derecho social constituye un derecho a prestación, pero no todo derecho a prestación es un derecho social.<sup>147</sup>

Al aclarar el concepto de derechos sociales, puede aclararse en que medida estos satisfacen las demandas de legitimación de una asociación basada en la autonomía. Los derechos sociales no captan toda la complejidad de estas demandas, como ha señalado Honneth, sin embargo, cumplen un rol importante en su realización.

Los derechos sociales, según Alexy, son normas sobre derechos fundamentales que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes, que su otorgamiento o denegación no pueden quedar al arbitrio del legislador<sup>148</sup>.

En nuestro ordenamiento constitucional, este resultado se obtiene de la conjunción entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 19º y el número 26 del mismo artículo, esto es, el legislador no puede afectar estos derechos en su esencia. La constitución no distingue entre los diferentes derechos fundamentales protegidos, luego, no es relevante si se trata de derechos de defensa o de derechos a prestación, lo relevante es que estos derechos no pueden afectarse en su esencia.

Estos derechos, si bien pueden afectarse legítimamente, es decir, pueden restringirse, estos reconocen un límite. El sentido de este límite consiste en

---

<sup>147</sup> ALEXY, ROBERT, op. cit, p. 420.

<sup>148</sup> ALEXY, ROBERT, op. cit, p. 435.

restringir la discrecionalidad del legislador. En el sentido de Sartori, dado que en la democracia moderna es imposible la democracia directa, lo fundamental es el control de aquel que es portador del poder soberano. El art. 19 n° 26 vuelve vinculante esta exigencia de control.

La tesis de que estos derechos no confunden legislación con adjudicación no es pacífica.

Se ha sostenido que existe una diferencia estructural entre los derechos sociales y los derechos de segunda generación, que impediría la asimilación entre derechos de primera generación y segunda generación. En esta asimilación se fundarían aquellos a favor de la exigibilidad judicial de los derechos sociales.

La diferencia estructural se refiere a que mientras los derechos de primera generación requerirían del Estado omisiones, los derechos sociales requerirían acciones.

La tesis de la diferenciación estructural entre derechos a acciones positivas y derechos a omisiones, no obstante es plausible, es incorrecta.

Waldron ha demostrado que los derechos, incluso los derechos a acciones negativas, consisten en un haz de derechos que presuponen acciones positivas del estado "La obligación de no interferir en la libertad de otro es probable que venga acompañada de una obligación positiva (y por ende costosa) que exija a otros agentes la protección de las personas ante dicha interferencia. Por otro lado, una obligación positiva que nos proporciona bienestar es probable que venga acompañada de obligaciones negativas (y por ende relativamente menos costosas) que exigen a agentes abstenerse de interferir en el aseguramiento de dicho bienestar. Tanto uno como otro derecho pueden generar obligaciones negativas y positivas; algunas requerirán omisiones mientras que otras requerirán acciones y los consiguientes recursos necesarios. Esto quiere decir que es



definitivamente imposible señalar que un derecho es puramente negativo (o puramente positivo).”<sup>149</sup>, así por ejemplo, el derecho de propiedad implica la existencia de un tribunal al cual recurrir cuando una parte no cumple su obligación, la provisión de un tribunal independiente e imparcial por parte del estado constituye un presupuesto para el ejercicio del derecho de propiedad, lo que significa que no es posible el derecho de propiedad se requiere de acciones positivas del estado.

Otra tesis afirma que los derechos sociales son excesivamente indeterminados en su contenido, de forma que el juez sólo podría apelar a su razonamiento moral, esto es, operaría en parte como legislador. Esto va vinculado con un argumento epistémico, es decir, sólo el gobierno tiene la capacidad epistémica suficiente para determinar a través de políticas públicas eficientes y eficaces cómo han de realizarse los derechos.

Esto puede salvarse teóricamente recurriendo a la concepción de constitución rígida.

Desde un punto de vista práctico, estas dificultades también parecen haberse salvado. La Corte Constitucional Sudafricana ha logrado correctamente, a nuestro juicio, hacer a un lado la tesis de la indeterminación, aplicando el test de “razonabilidad”. Esta estrategia se basa precisamente en la mejor capacidad epistémica del ejecutivo enfocándose en los deberes que pesan sobre aquel que ocupa la posición de administrador.

A partir de estos deberes no le dice al legislador que es lo que debe hacer, sino que es lo que no debe hacer.

En dos casos al menos, la Corte Constitucional Sudafricana aplicó este test, en *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others* (2002) y

---

<sup>149</sup> WALDRON JEREMY, *Los derechos en conflicto*, p. 29.

*President of the Republic of South Africa and Ors v Modderklip Boerdery Pty Ltd.* (2005).

En el primero, el gobierno sudafricano había decidido lanzar un programa nacional para la reducción de los riesgos de transmisión de HIV entre madres e hijos<sup>150</sup>. Este programa sólo sería aplicado en dos lugares por provincia. Al mismo tiempo, declinó la posibilidad que la *antiretroviral drug nevirapine* estuviera a disponibilidad de aquellos lugares en los que el programa no se aplicaba, prohibiendo a los hospitales prescribirla y administrarla. El segundo caso, se trataba de la ocupación ilegal de un terreno por parte de 40.000 personas<sup>151</sup> que no tenían una propiedad en la cual desarrollar libremente sus vidas.

En ambos casos aplicó el test de razonabilidad, estableciendo básicamente respecto del legislador: que sus políticas públicas deben ser *comprendivas*, lo que implica que debe tener planes alternativos y tener identificada a la población especialmente vulnerable. Sus políticas públicas deben ser *integrales*, es decir, debe abordar los aspectos críticos de la política sin violar el principio de igualdad de trato, debe abordarlos de forma coordinada, no sólo velando por un diseño correcto y una buena implementación, sino que esta última sea lo suficientemente flexible como para adaptarse a cambios posibles. Por último, la política de que se trate debe ser *transparente*, es decir, abierta a la crítica de la opinión público-política.

¿Cómo determinar que es lo que el legislador no debe hacer? En esto pasa a ser central la referencia a las políticas públicas.

Las políticas públicas pueden definirse en un sentido amplio como aquello que el gobierno decide hacer o no hacer. Sin embargo, por ser “gobierno” el

---

<sup>150</sup> ELLIOTT RICHARD, CSETE JOANNE, PEARSHOUSE RICHARD AND BETTERIDGE GLENN, *Courting Rights: Case Studies in Litigating the Human Rights of People Living with HIV*, UNAIDS (2006), p. 82.

<sup>151</sup> NOLAN AOIFE, LANGFORD MALCOLM AND THIELE BRET (with contributions from FAIRSTEIN CAROLINA and NOAGBESENU SYLVIA), *Leading Cases on Economic, Social and Cultural Rights: Summaries*, Working Paper N° 3, ESC Rights Litigation Programme COHRE (2006), p. 45 y ss.

administrador de un sistema jurídico concreto, asume una serie de obligaciones no sólo frente a sus electores, sino frente a toda la sociedad.

Estas obligaciones tienen fuente constitucional. El administrador, tiene, frente al pueblo, un deber de administrar de manera que se maximicen las capacidades de las persona para que éstas puedan lograr la mayor realización espiritual y material posible. Desde un punto de vista procedimental no sólo interesa solamente que las acciones encaminadas a este fin sean teleológicamente efectivas, sino que el proceso a través del cual se tomen estas decisiones se acerque lo más posible a un ideal de universalización moral, es decir, un proceso de toma de decisiones respecto de las que todos los potencialmente afectados puedan (o podrían) asentir racionalmente.

Las políticas públicas pueden ser vistas actualmente como un estándar con arreglo al cual poder juzgar, en cierto grado, la corrección de la forma en que el administrador opera. Lo que la Corte Constitucional Sudafricana toma como base para afirmar aquello que el gobierno no tiene que hacer, supone, en alguna medida, contar con algún criterio para determinar en que grado se debe aquello que es debido. Este criterio, si bien la teoría de la política pública no es uniforme, consiste en aquello que de acuerdo a una buena política pública, debe hacerse.

De este modo, tocamos una sub-crítica sobre la indeterminación, que afirma, como hemos visto, que tratándose de los derechos sociales la especificación del contenido del aspecto activo del derecho no constituye sin más una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo.

El problema de esta crítica es que parece querer reducir el problema de la exigibilidad de los derechos sociales a una cuestión lingüística. Si bien afirma que no lo es, todo indica que la indeterminación, como argumento, no puede sino ser sino un argumento lingüístico. En efecto, si bien va enlazado con la plausible tesis sobre la confusión entre aplicación y fundamentación, parece basarse

exclusivamente, a fin de cuentas, en la tesis de la indeterminación lingüística. El juez suplantaré al legislador siempre que no pueda proceder en la adjudicación como puede proceder respecto de los derechos de primera generación.

Sin embargo, para afirmar que se trata de un concepto lo suficientemente indeterminado como para trastocar la diferenciación fundamentación/aplicación, no bastan argumentos lingüísticos. En efecto, el obligado a tomar medidas para satisfacer el contenido de estos derechos es el Estado, y, el contenido de la obligación, puede determinarse adecuadamente de acuerdo a los criterios sostenidos por la Corte Constitucional Sud-Africana y por aquello que puede ser definido, sin mayores dificultades, como una buena política pública, esto es, aquella que no sólo cuenta con un diseño adecuado, sino con una implementación correcta y flexible y susceptible de ser evaluada de acuerdo a parámetros racionales.

Otro argumento sostenido, como vimos, es la tesis de la auto-contradicción política de los derechos sociales. No obstante, esta tampoco es correcta. El error de esta tesis yace en sus presupuestos. En efecto, supone una descripción del Estado que no se ajusta a las propiedades que es posible predicar de éste en la actualidad, recurriendo a una teoría de los derechos incompatible con una auto-comprensión democrática de la constitución de lo político. Todo esto parece conducir al callejón sin salida de la teoría de sistemas, lo que debe ser rechazado, como vimos.

El mejor ejemplo de lo incorrecto de esta descripción lo demuestra el tipo de política pública norteamericana que hace actualmente frente al desequilibrio económico. La mano invisible no es tal, es el Estado el único que puede operar como garantía para el funcionamiento adecuado de la economía. La estabilidad de Wall Street no puede ser garantizada a través de la actividad de los particulares. Pero, si es el Estado el único que puede garantizar la estabilidad económica en contextos de desequilibrio macro-económico, entonces es innegable la importancia del rol que el Estado tiene en la economía.

## II

La autonomía, como vimos, suministra las razones que legitiman al Estado mismo. La autonomía es el centro de la estructura social y jurídica. Ruiz-Tagle implícitamente lo trata al analizar el valor de la dignidad “Pienso en la dignidad, en primer término como una forma de especificar la igualdad entre los individuos de la especie humana, cuyo primer efecto es reconocer que todos tienen el mismo derecho a concebir y promover su propio proyecto o un plan de vida que realice su felicidad personal.”<sup>152</sup>

El aporte de Ruiz-Tagle es la vinculación que establece entre esta noción, el artículo 1º inciso 1 y 3, y, el artículo 19º número 2 de la Constitución. Luego, es posible reformular la autonomía en sentido normativo como autonomía en sentido constitucional.

Como hemos visto, la noción de autonomía ha sido analizada en el marco de las teorías liberales de la justicia, no obstante, su visión ha sido unilateral y centrada en una concepción pre-moderna del Estado.

Es debido a ello, por ejemplo, que autores como Gaus se ven obligados a exigir en su concepción mínima de autonomía que las personas tengan “sofisticadas habilidades cognitivas”, pues de lo contrario se hace imposible la sociedad liberal, esta sólo es posible sobre la base de agentes autónomos –en sentido moral y personal.

Aquella es la causa por la cual se afirmó que se debe recurrir no sólo a concepciones que distinguen entre autonomía moral y autonomía personal –algo

---

<sup>152</sup> RUIZ-TAGLE VIAL, PABLO, *Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario*, p.103.

que Waldron parece no considerar- sino que entienden la autonomía en el marco de una interacción social moderna, se sigue así la teoría de Honneth y Anderson.

Sólo una concepción social de la autonomía se encuentra capacitada para comprender adecuadamente las circunstancias en que la autonomía surge y los elementos de los cuales depende.

Desde este punto de vista no sólo se requiere de derechos de primera y de segunda generación, sino que además de la existencia de instituciones sociales que den cuenta del sustrato profundo de que se constituye la interacción social.

De esta manera y, tomando prestada de Nino la distinción entre creación y ejercicio de autonomía, se concluye la necesidad de estos derechos e instituciones. La indispensabilidad de las últimas -y de los derechos sociales- es sobre todo más acuciante en las etapas dependientes del ser humano, como ocurre con la vejez -aquí se trata de creación. Pero también cuando se trata del principio de igualdad de oportunidades -ejercicio de la autonomía. Estas exigencias presuponen, además, un contexto social regido por el principio de tolerancia a que alude Raz –habilidades mentales adecuadas, adecuado rango de opciones e independencia<sup>153</sup>.

Debe aclararse que la autonomía como condición constitutiva de la comunidad política –regida por los principios del Estado de Derecho ya vistos- no otorga necesariamente valor moral al *rule of law*, por ello creo que Manrique<sup>154</sup> se equivoca al comprender la relación entre el *rule of law* y la autonomía. No se trata que el primero sea condición suficiente o necesaria del segundo, se trata precisamente de lo contrario, no hay *rule of law* cuando los agentes no son autónomos. Ahora bien, cuando la distribución de autonomía no es equitativa hay distorsiones que deben ser corregidas, ello es precisamente lo que ocurre en Chile.

---

<sup>153</sup> RAZ, JOSEPH, *The morality of freedom*, p. 372 y ss.

<sup>154</sup> MANRIQUE GARCÍA, Ricardo, *Autonomy and the rule of law*, p. 280 y ss.

Esta prioridad de la autonomía requiere una determinada teoría del Poder Judicial que se pronuncie sobre la cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales. Esta teoría no es absoluta, sino que está condicionada no sólo por ciertas circunstancias, sino también a la concurrencia de ciertos tipos de casos.

Esta teoría parte de lo enunciado por Ferrajoli, es decir, existen garantías primarias, junto estas hay garantías secundarias que hacen posible a las primeras. Es deber del legislador establecer estas garantías secundarias, si no lo hace, esta laguna debe ser colmada.

Esta obligación del Estado pasa a ser asumida parcialmente por los tribunales de justicia a través de la teoría del control judicial débil que aquí se sostiene

Uno de los grupos de casos en que esta teoría permite la revisión judicial son aquellos en que se afecta el coto vedado –casos urgentes. La tensión contra-mayoritaria –que es una cuestión de grado- surge en estos casos, pero es matizada de acuerdo a Sartori, que argumenta sobre lo fundamental que es el control. En efecto, la tensión es entre el pueblo y quien ejerce el poder que el pueblo cede.

Que la teoría de la revisión judicial es una forma de control, se hace evidente en la infracción de la obligación del Estado de velar por la autonomía en sentido positivo. Si las capacidades de las personas para idear y desarrollar sus planes de vida se están viendo afectadas, esto parece indicar que el administrador no está haciendo su trabajo, por lo menos, que no lo está haciendo bien. Que no pueda hacerlo de forma justificada, es algo que pone en evidencia la teoría del control judicial, lo que es una de sus grandes fortalezas.

Los otros casos -no urgentes- se basan los actos perlocucionarios de la política y dilución que produce en el discurso de los derechos.

Estas condiciones que permiten la precedencia en el primer caso se fundamentan en su carácter urgente. En el segundo, estas condiciones se refieren a las fallas en la sociedad civil, a los actos perlocucionarios de la política, la inexistencia de la accountability y la inexistencia de una opinión público-política crítica. Si bien ello no priva de legitimidad a nuestros gobiernos, sí exige un control judicial del legislador y de la administración, un control judicial débil.

Esta teoría del control judicial débil de *lege ferenda* debiera ser semejante al que existe en Italia, de manera que preserve la imparcialidad y evite la argumentación moral del juez –que en estos casos puede implicar una conexión necesaria entre derecho y moral. Demás está decir que se hace necesario una modificación de la constitución que consagre de manera efectiva las garantías secundarias a que se refiere Ferrajoli.

Sin perjuicio de lo anterior, y de *lege lata*, creo que al menos parcialmente estas lagunas pueden ser colmadas interpretativamente por el tribunal a través del recurso de inconstitucionalidad que introdujo a reforma constitucional de 2005. Demás está decir que esta solución deja mucho que desear, principalmente porque la solución al conflicto es entendida normalmente como una cuestión definitiva. Es decir, que la sentencia definitiva en conjunción con el efecto de cosa juzgada parecen indicar que quien tiene la última palabra no es el legislador – problema que pudiera superarse con la incorporación de un deber de reenvío del conflicto al legislador- sino el juez. Sin embargo, en la medida que se sostenga que estos casos están cubiertos por la cláusula *rebus sic stantibus* –como efectivamente parecen estar- los problemas de autoridad podrían ser parcialmente matizados. Por lo demás, el desacuerdo sustantivo en que se basa la organización democrática del poder, no parece desaparecer solamente por el fallo del tribunal.

Dado que este tipo de control se basa en los actos perlocucionarios del Gobierno, el control se basaría en el dato previo de la existencia de compromisos asumidos políticamente y su incumplimiento patente por parte del Estado. Así se evitaría una conexión necesaria entre derecho y moral, porque el estándar con que evalúa el



incumplimiento no reside en sus propias concepciones sobre lo bueno o lo justo. Así, se preserva la autoridad del legislador y la imparcialidad del juez.

Por otro lado, el juez tampoco se transforma en el gestor de una política pública. Esto lo demuestra la experiencia práctica de la Corte Constitucional Sud-Africana, en que el juez evita recurrir a sus propias argumentaciones acerca de lo bueno y lo malo. La forma como evaluar la decisión legislativa o gubernamental se realiza de acuerdo a una versión idealizada de una política pública guiada por tres criterios, comprehensividad, integralidad y transparencia.

Como se ha visto, este tipo de control judicial a veces se ejerce en menoscabo del poder ejercido por las élites. Este control es reflexivo. La desigual distribución de la autonomía –tanto la creación como su ejercicio- genera un riesgo sistémico en las sociedades modernas porque margina y excluye a determinadas personas de los procesos políticos en un número cuantitativamente significativo. Este riesgo sistémico de marginación de la capacidad de participación política no sólo disminuye el nivel de representatividad, sino que divide a la sociedad afectando la estabilidad de interacción social orientada al entendimiento.

Como se dijo, este menoscabo de la “elite” es reflexivo pues opera en interés de la sociedad al evitar el menoscabo de las condiciones que permiten el desarrollo normal del proceso de la interacción social –asimismo, del proceso democrático.

Esta reflexividad alcanza a las dos clases de casos en que procede el control judicial.

Esta forma de entender la revisión judicial tiene como consecuencia una forma diferente de entender los derechos fundamentales “Los derechos fundamentales a diferencia de las nociones de derecho subjetivo y libertades públicas incorporan una dimensión moral que no restringe la idea de los derechos fundamentales a un ordenamiento jurídico determinado. Además, los derechos fundamentales sirven para legitimar y actualizar el poder y no sólo para limitarlo como es el caso de las

libertades públicas.”<sup>155</sup>, en ningún caso pueden puede aceptarse la legitimidad de que se comprendan como casos de acción estratégica encubierta.

Si los hablantes competentes en una democracia contemporánea regida por el principio general del Estado de Derecho –como ha sido entendido en este trabajo– niegan la relevancia de la equitativa distribución de la autonomía, no sólo se hace imposible la pretensión de que la comunidad política se oriente a su propio auto-entendimiento, sino que introduce de forma ilegítima el poder, donde las relaciones sólo debieran estar guiadas por el principio de simetría. Si se niega la prioridad de la autonomía, la comunidad se niega a sí misma como comunidad.

---

<sup>155</sup> RUIZ-TAGLE VIAL, PABLO, *ob. cit.*, p. 78.

## BIBLIOGRAFÍA

1. **Abramovich, Victor**, *Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados*, Revista Internacional de Derechos Humanos, nº 2, 2005.
2. **Alegre Marcelo**, *Igualitarismo, democracia y activismo judicial*, SELA.
3. **Alexy, Robert**, *Teoría de los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
4. **Ansdcombe G. E. M.**, *Causality and Extensionality*, en "The Journal of Philosophy", Vol. 66, No. 6 , Extensionalism Reconsidered, March 27,1969.
5. **Austin, J.L.**, *How to Do Things with Words*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1962, 1975.
6. **Atria, Fernando**, *¿Existen derechos sociales?*, en "Doxa Discusiones", Nº 4, 2004.
7. **Atria, Fernando**, *Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales*, en "Doxa Discusiones", Nº 4, 2004.
8. **Atria, Fernando**, *Verdad, política y derecho*, en "Ius et Praxis", año 2000, volumen 6, número 001.
9. **Atria Fernando**, *Revisión Judicial: El Síndrome de la Víctima Insatisfecha*, en "Centro de Estudios Públicos", Nº 79, año 2000.
10. **Atria, Fernando**, *Sobre la soberanía y lo político*, conferencia SELA, año 2006.
11. **Atria, Fernando**, *Legalismo, derechos y política*, SELA, año 2000.

12. **Atria, Fernando**, *El derecho y la contingencia de lo político*, Doxa nº 26, 2003.
13. **Bergallo, Paola**, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, SELA.
14. **Berlin, Isaiah**, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.
15. **Bravo, Bernardino**, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile: Por la Razón o la Fuerza*, editorial Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996.
16. **Costa, Pietro**, *The rule of law: a historical introduction*, en COSTA P. & ZOLO D. (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, 2007.
17. **Chomsky Noam and Herman Edward S.**, *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media*, Pantheon Books, 2001.
18. **Elliott Richard, Csete Joanne, Pearshouse Richard and Betteridge Glenn**, *Courting Rights: Case Studies in Litigating the Human Rights of People Living with HIV*, UNAIDS, 2006.
19. **Fazio, Hugo**, *Mapa actual de la extrema riqueza en Chile*, editorial LOM, Santiago.
20. **Ferrajoli, Luigi**, *Derechos fundamentales*, en “Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli”, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, 2001.
21. **Ferreres-Cornella, Víctor**, *A defense of constitutional rigidity*, en “Analisi e diritto”, 2000.
22. **Frankfurt, Harry**, *Alternate possibilities and moral responsibility*, en “The Journal of Philosophy”, Vol. 66, N°66 (Dec. 4, 1969), p. 829-839.

23. **Garzón Valdés, Ernesto**, *Liberalismo, Estado de Derecho y minorías*.
24. **Garzón Valdés Ernesto**, *Algo más acerca del coto vedado*, en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6 (1989), pp. 209-213.
25. **Gaus, Gerald**, *Waldron y el juego de la coordinación jurídica*, en “Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella”, volumen 4, nº 2, julio 2003.
26. **Gaus, Gerald**, *The place of autonomy within liberalism*, en “Autonomy and the Challenges to Liberalism”, Edited by John Christman and Joel Anderson, Cambridge University Press, 2005.
27. **Grayling A. C.**, *Wittgenstein*, Oxford University Press, 1996.
28. **Habermas, Jürgen**, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, editorial Paidós, 1991.
29. **Habermas, Jürgen**, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Tomo I, Editorial Taurus, 2002.
30. **Habermas, Jürgen**, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, 2005.
31. **Hauriou, Maurice**, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, editorial Comares, Granada, 2003.
32. **Honneth Alex and Anderson Joel**, *Autonomy, vulnerability, recognition, and justice*, en “Autonomy and the Challenges to Liberalism”, Edited by John Christman and Joel Anderson, Cambridge University Press, 2005

33. **Knight Jack y Johnson James**, *Evaluación de los límites de la democracia radical*, en “Gestión y política pública”, volumen XIV, nº 3, II semestre de 2005.
34. **Luhmann, Niklas**, *El derecho de la sociedad*, Editorial Universidad Iberoamericana, Mexico, 2002.
35. **Luño Perez, Antonio Enrique**, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, editorial Tecnos, Madrid, 2003.
36. **Mackie Gerry**, en Notre Dame Philosophical reviews, 2007.
37. **Manrique García, Ricardo**, *Autonomy and the rule of law*, en Ratio Iuris, volume 20, number 2, June 2007.
38. **Nino, Carlos Santiago**, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de Fundamentación*, Editorial Atrea, 1989.
39. **Nino, Carlos Santiago**, *Autonomía y necesidades básicas*, en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. Nº 7 (1990).
40. **Nolan Aoife, Langford Malcolm and Thiele Bret** (with contributions from Fairstein Carolina and Noagbesenu Sylvia), *Leading Cases on Economic, Social and Cultural Rights: Summaries*, Working Paper Nº 3, ESC Rights Litigation Programme, COHRE (2006).
41. **Palma González Eric Eduardo**, *El Estado de derecho en la doctrina y práctica político institucional chilena*, “Cuadernos Universitarios Serie Debates Nº 3”, Universidad Nacional Andrés Bello, 1994.
42. **Pisarello, Gerardo**, *Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales*, ISONOMÍA nº 15, octubre 2001.

43. **Pincione Guido y Tesón Fernando**, *Rational choice and democratic deliberation*, Cambridge University Press, 2006.
44. **Raz, Joseph**, *The morality of freedom*, Oxford Clarendon Press, 1986
45. **Ruiz Miguel, Alfonso**, *Constitucionalismo y democracia*, ISONOMÍA nº 21, octubre 2004.
46. **Ruiz-Tagle Vial, Pablo**, *Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del Bicentenario*, en “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Andrés Bordalí (coordinador), Editorial Lexis Nexis, 2006.
47. **Ruiz-Tagle, Pablo**, *Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile*, Revista de Derecho Público, nº 63, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2001.
48. **Sartori, Giovanni**, *Elementos de teoría política*, Editorial Alianza, 1992.
49. **Taylor, Robert S.**, *Kantian personal autonomy*, en “Political Theory”, vol. 33 Nº 5, October 2005.
50. **Tugendhat Ernst**, *El origen de la igualdad normativa*, en “Antropología en vez de metafísica”, Editorial Gedisa, 2008.
51. **Tuori, Kaarlo**, *Positivismo Crítico y Derecho Moderno*, editorial Fontamara, México, 1998.
52. **Sunstein Cass, R. and Ullmann-Margalit, Edna**, *Second-Order Decisions*, en “Chicago Public Law And Legal Theory Working Paper”, Nº01, 1999
53. **Vázquez, Rodolfo** *Liberalismo, Estado de Derecho y minorías*, editorial Paidós, México, 2001.

54. **Waldron, Jeremy**, *Moral autonomy and personal autonomy*, en “Autonomy and the Challenges to Liberalism”, Edited by John Christman and Joel Anderson, Cambridge University Press, 2005.
55. **Waldron Jeremy**, *The core of the case against judicial review*, Yale Law Journal, 2006.
56. **Waldron Jeremy**, *Los derechos en conflicto*, Universidad Externado de Colombia, 2006.
57. **Williams, Bernard**, *The idea of equality*, en “Contemporary Political Philosophy. An Anthology”, ROBERT E. GOODIN AND PHILIP PETTIT (eds.), Blackwell Publishers, 1997.