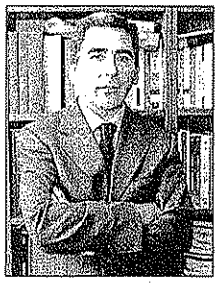


CARLOS PEÑA GONZÁLEZ

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

El problema de la libertad

Hablar de la libertad en Chile exige, desde mi punto de vista, elucidar previamente los diversos significados que la palabra libertad posee, para evitar, me parece a mí, que por usar la misma palabra creamos, algo apresuradamente, que estamos hablando de lo mismo.

En la tradición moderna –una expresión, como ustedes ven, hasta cierto punto contradictoria- la libertad posee, pudiéramos decir, tres versiones. En una de ésas versiones, la libertad equivale a franquía, a la posibilidad de ejecutar acciones sin que nada o nadie se interponga (es lo que Berlín denominó libertad negativa y que aparece muy vigorosamente en el siglo XVII); en otra versión, la libertad equivale a la posibilidad de participar de las decisiones que nos atingen (esta es la libertad que ha defendido la tradición democrática); en fin, en una tercera versión, cuyos orígenes están en Grecia, la libertad equivale a la posibilidad de dialogar con otros en condiciones de igualdad (es esta una concepción de la libertad que, no sería difícil mostrarlo, posee muy fuertes vínculos con la tradición republicana).

Es fácil advertir que en cada uno de esas versiones, la libertad se relaciona con el espacio de lo público, con el espacio del poder; aunque esa relación es distinta en cada caso. Mientras en el primer caso la libertad se ve amenazada por lo público y por el Estado; y mientras en el segundo caso la libertad supone participar de ese poder; en el tercer caso la situación es distinta puesto que la libertad se identifica con la constitución de lo público. En Occidente el problema de la libertad ha oscilado permanentemente entre esos tres ideales. La principal diferencia entre ellos radica en que en el primer caso la libertad es vista como un atributo o cualidad intrínseca a los seres humanos, algo de lo cual cada uno viene provisto; en tanto en los otros dos casos la libertad se alcanza en medio de alguna forma de sociabilidad: la libertad es, de algún modo, un resultado que se alcanza en comunidad con otros y es indisoluble, por tanto, del diálogo y de la participación. Mientras en el primer caso la política amenaza a la libertad o simplemente la defiende, en los otros dos casos no se puede ser libre sino en medio de la política, entendida como un espacio de deliberación pública distinta del estado y distinta del mercado.

No es difícil mostrar cómo esas distinciones se vinculan a la tradición liberal. El liberalismo clásico, cuyo paradigma es Locke, reivindica la libertad como un atributo pre social, como una forma de subjetividad que antecede a toda sociabilidad y que permite fundar derechos naturales, particularmente la propiedad. La sociabilidad entre los hombres aparece en Locke mediada por el trabajo y de ahí, entonces, la estrecha vinculación que este tipo de liberalismo establece entre libertad y propiedad, entre sociabilidad y mercado. La libertad como participación, en cambio, pertenece más bien a la tradición democrática que es, como es bien sabido, la otra vertiente de la tradición política moderna. La libertad como diálogo en condiciones de igualdad, conforme al viejo ideal griego, pertenece, por su parte, muy de cerca a la tradición republicana. Todas estas concepciones de la libertad, conducen, también, diría yo, a formas diversas de concebir la democracia.

La democracia es concebida –sobre la base del clásico paradigma liberal- como una forma de agregación de preferencias individuales; la tradición democrática la concibe como un espacio de deliberación compartida; en tanto la tradición republicana la concibe como un espacio o ámbito en el que se construyen bienes comunes y se asientan un conjunto de virtudes. No hay desde luego, una oposición inevitable entre esos diversos niveles. Aunque parece obvio que si la libertad es un resultado de la política (como lo enseñan la tradición democrática y la tradición republicana) entonces la libertad –incluso la libertad negativa- no se alcanza simplemente por la vía de inmunizar a los individuos contra el estado, como ha insistido desde siempre el liberalismo clásico.

Querría invitarlos, entonces, sobre la base de las anteriores distinciones a reflexionar acerca de la situación de la libertad en Chile. Para avanzar, desde ya mi opinión, déjenme decirles que yo creo que en esos tres ámbitos en Chile tenemos serias deficiencias en materia de libertad; pero que la principal amenaza que se cierne sobre la libertad es la falta o la disolución de la política. En una frase: el problema de la libertad en Chile es el problema de la falta de espacios públicos, la falta de ciudadanía. Se trata de un ideal liberal que en el caso de Chile está, todavía, incompleto.

Pero ¿en qué consiste este ideal de lo público del que la libertad, a fin de cuentas, parece depender?. ¿En qué consiste eso que parecemos haber olvidado?.

¿Cuáles son los rasgos de ese peculiar espacio que limita y configura, a la vez, al mercado y al Estado y en cuya construcción, quiero sugerirles, deben ustedes esmerarse?.

El espacio de lo público en Occidente se ha constituido históricamente como un lugar o un ámbito, aparte del estado, en el que los sujetos intentan, mediante la comunicación, generalizar racionalmente sus propias experiencias de la vida. Por eso originariamente el lugar de lo público es el lugar del debate, de la conversación, sostenida en los salones familiares. Podemos situar hacia el siglo XVIII aquel momento en que los sujetos no son ya sólo hombres o propietarios, sino que adquieren, en cuanto partícipes de ese espacio público, la condición de ciudadanos. Un ciudadano será así un sujeto capaz de participar racional y discursivamente en la formación de decisiones que atingen a todos. Ese ideal de ciudadanía - una de las ideas más obsesivas de nuestra imaginación política- es el que se ve amagado hoy. Recuperar esa idea originaria de lo público, como aquel lugar del debate y de la generalización racional de las propias experiencias de la vida, es, me parece a mí, el desafío que tenemos por delante. La tarea consiste en constituir el espacio de lo público que ha sido, desde siempre, uno de los supuestos de la democracia.

Una de las ideas que, en efecto, subyacen a la democracia, concebida no como una mera forma de gobierno, sino como una forma de convivencia entre sujetos provistos de igual capacidad de discernimiento moral, es la idea según la cual los seres humanos podemos relacionarnos los unos con los otros abandonando la conducta estratégica, puramente instrumental, para asumir, en cambio un punto de vista discursivo y argumental. Mientras el mercado supone el desempeño de sujetos que maximizan una escala de preferencias cuya comparación es inconmensurable, motivo por el cual en ese espacio lo público aparece como un fallo o defecto que es necesario remediar, la democracia, en cambio, reivindica para sí la posibilidad de deliberación compartida y supone la esperanza de que seres humanos distanciados por diversas concepciones del bien, por deseos distintos y por temores idiosincrásicos, puedan, no obstante, encontrarse en el lenguaje, que es, a fin de cuentas, aquel lugar donde habitamos todos.

La democracia, reivindica un sentido profundo de lo público, concebido no como una específica consolidación de intereses colectivos y transparentes, sino como un espacio o un ámbito en el que, echando mano a las virtudes más antiguas del trabajo intelectual, es posible una formación racional de las voluntades individuales. Lo público aparece así como una esfera que, en su sentido más profundo, expresa nuestra posibilidad de vivir moralmente, es decir, la posibilidad en que cada uno reconoce en el otro una igualdad fundamental que funda su participación en el debate colectivo y, a la vez, una diferencia insalvable que hace que esa participación sea estrictamente necesaria para que resplandezcan en plenitud, las múltiples y abigarradas formas que es capaz de adoptar una vida humana consciente de sí misma. Esta forma de lo público, entendida como el ejercicio de una práctica comunicativa realizada por sujetos que se reconocen mutuamente su calidad de sujetos morales, provistos, por lo mismo, de una igual capacidad de discernimiento ético, es, me parece a mí, el terreno de la democracia. Se trata, a fin de cuentas, de que la democracia, aspira a alcanzar ese sentido de totalidad, y al mismo tiempo de relativismo, al que, en los inicios de nuestra época, aspiraron las novelas.

Por lo mismo, me parece a mí, una de las tareas pendientes en Chile es la de constituir un espacio de publicidad política en el que la realización de esos ideales de igualdad y de diversidad simultánea sea posible. Constituir una democracia deliberativa en que pueda desenvolverse una genuina vida moral, que admita ideales idiosincrásicos, pero, que al mismo tiempo, favorezca la participación de sujetos que se reconocen como iguales, es decir, favorecer un espacio de lo público distinto del espacio estatal, pero distinto, también, de intereses grupales, y que se asemeje a esa trama infinita y casi invisible de las novelas, y en el que todos podamos reconocernos, es uno de los ideales para cuya consecución hemos de esforzarnos; aunque nunca podremos estar seguros de haberlo alcanzado definitivamente.

CARLOS PIZARRO WILSON

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Master DEA en Derecho Privado Universidad París II (Panthéon-Assas).

RESPONSABILIDAD CIVIL Y DERECHOS DE LAS VICTIMAS

"Le profit de l'un c'est le dommage de l'autre"

MONTAIGNE

Los problemas contemporáneos de la responsabilidad civil parten del distanciamiento que es posible verificar entre la noción de culpa y el daño. La especialización y complejidad de la producción y de las actividades humanas en general dificultan y oscurecen la búsqueda de la culpa ante un accidente que ha ocasionado un daño. Es lo que Starck denomina "el drama moderno de la responsabilidad civil".[1] Probar la culpa en situaciones en que se involucran personas o máquinas que requieren altos conocimientos técnicos resulta de una complejidad mayor. Esto explica que el derecho positivo beneficie a la víctima de una presunción de culpa y, luego, para determinar el monto de la indemnización sólo considere el daño moral. Estos dos factores, las presunciones y la noción de daño moral, posibilitan, en ciertos casos, el funcionamiento del sistema de responsabilidad civil basado en la culpa. Sin embargo, cabe preguntarse si resulta conveniente esta aplicación que distorsiona la noción de culpa y se arrincona en torno a un debate procesal. Starck en su tesis doctoral responde con un planteamiento distinto. La culpa no cabe aplicarla en todas las hipótesis de daño y es conveniente enfocar las reglas de responsabilidad desde la óptica de la víctima.

Las precedentes intuiciones son un cuestionamiento acerca del fundamento de la responsabilidad civil y de qué forma los derechos de la víctima podrían influirlo. En la primera parte revisaremos someramente dicho fundamento y sus excepciones, para luego, en la segunda, ver de qué manera los derechos de la víctima y, en particular, el derecho a la integridad física y psíquica y el principio de igualdad pueden ayudar a modificar el sistema tradicional.

El fundamento de la responsabilidad civil

Para nadie es un misterio que los códigos modernos tienen como fundamento de la responsabilidad civil la culpa.[2] Sin embargo, durante el siglo que termina la culpa ha sufrido importantes embates. La crítica a la insuficiencia del sistema basado en la culpa dio lugar a la teoría del riesgo que hicieran célebre Saleilles y Josserand. La dificultad de probar la culpa en accidentes del trabajo dejaba a las víctimas sin ninguna indemnización. El debate estaba planteado: ¿la culpa constituye el único fundamento posible de la responsabilidad civil? La respuesta negativa se confirma con la aparición de la responsabilidad objetiva.

En efecto, otra hipótesis en que la culpa está ausente es la responsabilidad objetiva. Por lo mismo constituye un error pensar que la culpa es el único fundamento de la responsabilidad civil. Cuando nos encontramos ante una hipótesis de responsabilidad objetiva, la culpa no tiene ninguna relevancia. Esto ocurre en materia contractual como delictual.

En cuanto a la primera, la culpa no siempre es determinante. En la hipótesis de una obligación de resultado la culpa no tiene ninguna participación. El incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega no merece una mirada psicológica. Basta el hecho del incumplimiento sin necesidad de investigar su culpa. Tampoco se trata de una presunción de culpa ante el incumplimiento. El vendedor no puede eximirse de responsabilidad probando que actuó de manera diligente. Tampoco puede aducir que hizo todo lo posible por entregar la cosa. Lo mismo ocurre con todas las obligaciones de hacer y de no hacer. Su única excusa consiste en la prueba de fuerza mayor o caso fortuito. Sin embargo, dicha prueba no se confunde ni asimila con la ausencia de culpa. La fuerza mayor y el caso fortuito determinan la ausencia de responsabilidad del autor al interrumpir el nexo causal entre el daño y el hecho generador. Dicho de otra manera, la fuerza mayor y el caso fortuito inhiben la conducta del autor como hecho generador del daño. En el caso del vendedor y en cualquier hipótesis de obligación de resultado, sea de dar, hacer o no hacer, no es necesario realizar un ejercicio de comparación con un modelo ideal de un buen padre de familia. Basta el incumplimiento, este solo hecho genera responsabilidad. Para algunos este incumplimiento se presumiría culpable. Sin embargo, esta afirmación me parece incorrecta. Una presunción de culpabilidad sólo cabe aplicarla cuando estamos en presencia de una obligación de medio. En este caso la conducta del autor o deudor es comparada con aquella del buen padre de familia y si se produce un distanciamiento entre ellas estamos en presencia de la culpa. Una vez que se encuentra acreditado el distanciamiento entre las conductas del deudor y el modelo es necesario todavía verificar el elemento subjetivo de la culpa, esto es, la imputabilidad.[3]

Un problema presenta entonces la interpretación del artículo 1547 inciso tercero del código civil. Este precepto señala que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo. Es decir, corresponde al deudor acreditar que empleó la diligencia debida o, lo que es lo mismo, la ausencia de un comportamiento culpable. Sin embargo, esta presunción de culpabilidad resulta inapropiada para entender las obligaciones de resultado. La única forma de aplicar una presunción en este caso sería darle un carácter de pleno derecho o irrefragable, lo que significa en buenas cuentas decir que siempre habrá culpa ante un incumplimiento contractual de una obligación de resultado. La noción de culpa se ve en esta interpretación carente de significado, vacía de contenido. La sinonimia entre incumplimiento de una obligación de resultado y la culpa substrae toda importancia teórica y práctica a la búsqueda de este elemento.

En suma, no cabe referirse a la culpa cuando estamos en presencia de una obligación de resultado. Se trata de una responsabilidad objetiva. Las obligaciones de resultado escapan a la presunción del artículo 1547.3 del código civil. Dicho precepto está formulado en un esquema en que la culpa detenta un rol imprescindible en el incumplimiento contractual que sólo cabe aplicar a las obligaciones de hacer y de diligencia.[4]

En lo que dice relación con la responsabilidad extracontractual, si bien la culpa ocupa un lugar privilegiado, no es menos cierto que las presunciones de culpa inciden en una mejora de la posición de la víctima. La ventaja consiste en abstraer la víctima del fardo de probar la culpa. El autor deberá, para eximirse de responsabilidad, probar que no incurrió en culpa o acreditar la fuerza mayor o caso fortuito.

Por otra parte, en el ámbito de la reparación existe una disfunción de la aplicación del daño moral. Los abogados tienden a privilegiar el daño moral en sus demandas de indemnización en desmedro de los daños económicos o materiales. En efecto, la precariedad de criterios o parámetros para determinar el monto de la indemnización del daño moral implica una arbitrariedad que comienza a beneficiar a las víctimas. Dicho de otra manera, el monto de la indemnización del *pretium doloris* satisface en caso de accidente las pretensiones de la víctima. Este procedimiento simplifica la complejidad de la reparación de los daños en desmedro del principio de reparación integral.

En tercer lugar, es posible constatar un decaimiento de la culpa en presencia de la responsabilidad pública. La doctrina de derecho público ha ido elaborando la teoría de la responsabilidad civil del Estado recurriendo a normas de jerarquía constitucional. Además, dicha responsabilidad civil sería de naturaleza objetiva. No sólo la doctrina ha planteado esta construcción teórica a partir de preceptos de la Constitución. Por su parte, la jurisprudencia también ha tenido ocasión de acogerla en daños causados por establecimientos de salud pública. Ante la intervención de un órgano o funcionario del Estado cuya conducta u omisión cause un daño existiría la obligación de indemnizar. Se trata de una excepción mayor al rol de la culpa. Esta situación sin embargo da lugar a una desigualdad entre las víctimas. En el evento que sea una hipótesis de responsabilidad civil del Estado, la víctima no tendrá necesidad de probar la culpa. Por el contrario, en las demás situaciones en que no se encuentra involucrado el aparato público, la víctima debe acreditar la culpa del agente, salvo que exista una presunción. Esta constatación nos plantea el desafío de intentar unificar las reglas de responsabilidad civil en el ámbito del derecho público y privado. Sin embargo, sabemos que los preceptos del título XXXV del libro IV del código civil son insuficientes para satisfacer tal anhelo. Una teoría unitaria de la responsabilidad civil parece apropiada y más respetuosa del principio de igualdad, teniendo en cuenta que nuestro sistema judicial carece de tribunales administrativos.

Ahora bien, estas claras excepciones al fundamento aquiliano de la responsabilidad civil podrían justificar un planteamiento distinto desde la visión de Starck y potenciar una mayor protección de los derechos de la víctima.

Los derechos de la víctima

Según dijimos, la doctrina muestra una tendencia a ver los problemas de responsabilidad civil desde el prisma del autor. La víctima y sus derechos no han merecido una acuciosa reflexión. Las reglas del título XII y XXXV del libro IV del código civil se centran en la culpa como elemento justificativo de la responsabilidad. Sin embargo, existen situaciones en que la víctima merece una menor o mayor protección de sus derechos. Este punto de vista que plantea Starck posibilita considerar los derechos de la víctima a través de la idea de garantía. La culpa podría pasar a constituir un elemento que agravaría la sanción. ¿No está, por lo demás, en materia contractual, la función que se reconoce al dolo en el artículo 1558 del código de Bello? Esta nueva función de la culpa se aproximaría a los daños punitivos del sistema anglosajón que han sido objeto de importantes estudios.

Ahora bien, la víctima no siempre debe acreditar los mismos elementos para exigir la responsabilidad del autor o deudor. La posición más precaria es aquella en que la víctima debe probar la culpa, el hecho generador, el daño y el vínculo causal entre los dos últimos. Esto ocurre en presencia de las obligaciones de medio en materia contractual y en todos los casos en que no exista una presunción de culpa o una hipótesis de responsabilidad objetiva en el ámbito extracontractual. Este es el grado menor de protección y garantía de la víctima.

Luego, en segundo término, es posible que exista una presunción de culpa. La víctima sólo debe probar el hecho generador, el daño y el vínculo causal entre ambos. Corresponde al deudor probar la ausencia de culpa para liberarse de responsabilidad. El artículo 1547.3 constituye un ejemplo paradigmático. Las reglas de la responsabilidad extracontractual contemplan también hipótesis de presunciones de culpa -arts. 2320, 2322, 2326-. La víctima se encuentra mejor protegida, sobre todo cuando la prueba de conducta diligente o de ausencia de culpa es compleja y dificultosa.

En tercer lugar, es posible que la víctima deba ser indemnizada sin importar la culpa del autor o deudor. La responsabilidad objetiva hace óbice al análisis de la culpa. Esta no presenta ninguna relevancia para el establecimiento de la responsabilidad. La víctima prueba el hecho dañino y el vínculo causal. El autor y el deudor sólo pueden eximirse de responsabilidad probando la concurrencia de alguna de las hipótesis que interrumpa el vínculo causal entre el hecho y el daño. Esto es, fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o, por último, el hecho de la víctima absoluto. En materia contractual, las obligaciones de resultado constituyen un ejemplo de responsabilidad objetiva. El vendedor no puede probar que hizo todo lo posible por entregar la cosa al comprador. Este último puede exigir la responsabilidad del primero sin importar su estado de ánimo ni la diligencia que haya utilizado para cumplir su obligación. Basta el incumplimiento, no procede ningún examen comparativo. El análisis es inconcreto. En esta situación el fundamento de la responsabilidad del vendedor que no entrega la cosa se encuentra más bien en el incumplimiento de una obligación que emana del *vinculum juris*. No se trata de la culpa. El vendedor incumple el *pacta sum servanda* y por esta razón debe indemnizar.[5]

En el ámbito extracontractual, se suele citar como ejemplo la responsabilidad en materia de accidentes nucleares y la hipótesis descrita en el artículo 2328 cuando no se determine culpa de alguno de los residentes del edificio. Estos ejemplos de responsabilidad objetiva son bastante más prolíficos en el derecho comparado.

Por último, todavía es posible que el autor o deudor de la obligación no puede eximirse ni siquiera con la prueba de la fuerza mayor o caso fortuito. En este caso se trata de una protección total.

Ahora bien. En este abanico de posibilidades los derechos de la víctima tienen una protección desigual. La pregunta que cabe plantearse es si en algunos tipos de accidentes correspondería privilegiar uno u otro sistema y en base a que fundamento.

En cuanto a la primera pregunta, en situaciones en que ocurre un accidente que causa un daño a la integridad física o psíquica de la persona, ¿no sería conveniente indemnizar en todo caso aunque no exista culpa del autor? En los accidentes automovilísticos o médicos, por ejemplo, donde resulta muchas veces difícil a la víctima probar la culpa, ¿no sería apropiado indemnizarla sin necesidad de enfrentar un largo proceso para establecer el cuasidelito? Para lograrlo sería necesario un seguro de responsabilidad más idóneo para distribuir el riesgo. Pero, soslayando el problema económico, ¿qué justifica que la víctima soporte el daño cuando no logra establecer la culpa del autor? Podemos encontrarnos ante la certeza que X causó la muerte de Y. Sin embargo, los causahabientes de Y no establecen la culpa. X quedará indemne, el azar y el daño lo soportarán las víctimas.

Quizá podríamos pensar que el derecho a la integridad física y psíquica contemplado en el artículo 19 nº 1 de la Constitución es suficiente para justificar el derecho a indemnización cuando otro sujeto causa un daño de esta naturaleza. En este sentido, el profesor Carbonnier ha señalado que "si algo hay de constitucional en el artículo 1382-2314-, es la reparación del daño y no la sanción de la culpa"[6] ¿Qué justifica que el Estado deba responder objetivamente por los hechos de sus órganos y dependientes y entre particulares no se pueda aplicar el mismo razonamiento? ¿En virtud de qué argumento la integridad física y psíquica es oponible al Estado sin necesidad de probar culpa y, en cambio, entre los particulares no resulta suficiente? Según Starck, el problema puede plantearse como una confrontación de derechos. En ciertos casos el derecho de la víctima será absoluto y justificará la reparación. En otros será el autor que tendrá derecho a dañar y no será responsable. Sin duda existen actividades en que es necesario consentir en el daño. En materia medioambiental será necesario fijar el límite y precio de las actividades dañinas. Sin embargo, cuando la persona sufre un daño físico, ya sea la muerte o la invalidez, podríamos intentar lograr una reparación del daño más expedita. Esta reparación podría, además, encontrar su fuente constitucional en el citado artículo 19 numerando primero de la Constitución. También es posible agregar el principio de igualdad reconocido en el texto fundamental en su artículo 19 numerando segundo. En efecto, ¿qué justifica que la víctima de un accidente corporal se encuentre en una situación de desigualdad ante el autor del daño e incluso, en el ámbito público, ante cualquiera de los demás sujetos de derecho? Estos dos preceptos pueden servir para avanzar una reflexión sobre el fundamento constitucional de la responsabilidad civil.

Con todo, para integrar la posibilidad de un sistema especial de reparación de daños físicos y psíquicos debidos a un accidente resulta imprescindible un desarrollado sistema de seguros que distribuya el riesgo. De esta forma se cumplirá con el fin primero de la responsabilidad civil, esto es, la reparación del daño sufrido por la víctima.

---

[1] *B., Starck, Essai d'une théorie general de la responsabilité Civile considérée en doble fonction de garante e peine prive, París, 1947.*

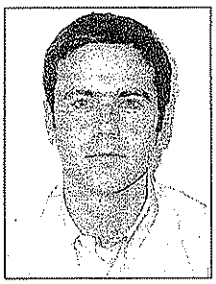
[2] *También son conocidos los problemas para definir la noción de culpa. Como dice el profesor Gazzaniga se trata de una noción que se acomoda mal a la teoría. DOMAT, inspirador del artículo 1382 y consecuencialmente de nuestro 2314, si bien establece ciertos principios, no procede de manera dogmática sino casuística. Vid. Gazzaniga, J. L., Notes sur l'histoire de la faute, revista Droits, 1987.5, p. 17 y ss.;Domat, Les lois civiles, tomo primero, libro II, sección IV, 1756.*

[3] *Este análisis para ser válido requiere como premisa aceptar la distinción entre las obligaciones de medio y resultado, cuestión que en la doctrina nacional no es pacífica.*

[4] *La distinción entre obligaciones de medio y de resultado queda circunscrita a las obligaciones de hacer. Las obligaciones de dar y de no hacer constituyen en todo caso una obligación de resultado.*

[5] *Para Starck, el fundamento de la responsabilidad civil contractual no se encuentra en la culpa sino en el incumplimiento de la promesa del deudor. Tesis prec., p. 277.*

[6] *Droit civil, introduction, París: PUF, 1992, p. 228.*



NICOLAS ESPEJO YAKSIC

Abogado, Profesor e Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Representante en Chile del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

El derecho de objeción de conciencia al

Chile vive en la actualidad un período de particular efervescencia respecto de las aspiraciones que la población -y en especial la población joven- muestra en torno a la modernización de nuestro sistema democrático y de las especiales circunstancias que podrían facilitar dicho proceso. La salida de un torpe y restado Presidente de la República como lo fuera Eduardo Frei Ruiz-Tagle, la elección de un Presidente de la República que -a lo menos en el papel- parece ser *progresista,* la detención y posterior desafuero de Pinochet y el procesamiento de otros ex oficiales del Ejército involucrados en violaciones graves a los derechos humanos, el intento de *renovación* de la imagen totalitaria y poco democrática de la derecha (entorpecida, claro está, por la *defensa histórica* del General), el ambiente de *compadrazgo* entre el Gobierno y el sector empresarial para intentar sortear la crisis económica; en fin, el ambiente *taquillero* y *cool* a que Tironi y Cía. nos tienen tan acostumbrados (y cansados), parecerían augurar buenas nuevas para quienes esperamos vivir en una sociedad civilizada y respetuosa de los derechos fundamentales.

Pues bien, en medio de este ambiente vitalizador -menos para los familiares de los detenidos desaparecidos que aún esperan los *espectaculares* efectos de la mesa de diálogo- resulta menester hacerse cargo del futuro de aquellos chilenos que, una vez cumplida su mayoría de edad, deben enfrentar la obligación de realizar su servicio militar y saber si, en una de esas, el obligar a alguien a ser entrenado en el uso de la fuerza mortífera aun cuando esto repudie lo más íntimo de sus convicciones morales, tiene algo que ver con los derechos humanos. Efectivamente, aunque al ministro de Defensa Mario Fernández no se le haya ocurrido (para que decir a las Fuerzas Armadas), el Servicio Militar Obligatorio (en adelante, S.M.O.) no resulta ser sólo una cuestión más de esas en que el Gobierno nos puede demostrar cuan *hábil* es para lidiar con los militares y como, para variar, su responsabilidad se agota por medio del establecimiento de otra mesa de diálogo más en la que, también para variar, la participación *real* de sus miembros resulta limitada y excluyente.

Como se sabrá, el Ministerio de Defensa convocó hace un par de meses al establecimiento de una mesa de diálogo o de trabajo para discutir sobre el futuro del S.M.O. en Chile. Dicha convocatoria incluyó no sólo a militares, académicos, representantes del Gobierno y otros miembros de la sociedad civil, sino también a quienes forman parte de la Red Chilena de Objetores de Conciencia, formada entre otros, por la organización de objetores de conciencia "Ni Cascos ni Uniformes" (NCNU), el Servicio Paz y Justicia (SERPAJ) y por la Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo (CODEPU). Pues bien, aunque la convocatoria nominal de esta mesa de trabajo resultó ser amplia, la dinámica de la misma y sus objetivos estratégicos dejaron claramente fuera de discusión la problemática de la objeción de conciencia al S.M.O., centrándose

Servicio Militar Obligatorio

básicamente en el diseño de aquellas estrategias -comunicacionales en su mayoría- que permitieran avanzar hacia la *voluntariedad progresiva* en el cumplimiento de tal servicio. Esto es, y como lo demuestran las propias conclusiones de la mesa de trabajo, los puntos en los que el Gobierno se concentrará en el futuro dicen relación con la ampliación y promoción de beneficios asociados a la prestación del servicio militar (mayores sueldos, capacitación laboral, etc.), de manera tal de ir tendiendo hacia una mayor inscripción voluntaria y permitiendo que quienes no desean cumplir con esta carga puedan ser reemplazados por el contingente voluntario. ¿Qué hay de malo en esto? ¿Acaso esta estrategia no resulta correcta e incluso aconsejable para la consagración progresiva de la objeción de conciencia en Chile? Mi opinión es que no, debido a las siguientes razones.

En primer lugar, resulta un error confundir la cuestión de la voluntariedad progresiva del S.M.O. con el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia. En efecto, la decisión del Gobierno tendiente a promover la voluntariedad de los conscriptos -en aquellos casos en que ello es posible- tiene por objeto, según me parece advertir, el ir avanzando progresivamente hacia lo que sería la constitución de un ejército profesionalizado, integrado, única y exclusivamente, por soldados de carrera y no por civiles con instrucción militar. Sin embargo, lo anterior no significa respetar el derecho a la objeción de conciencia, puesto que toda vez que la cantidad de postulantes voluntarios resulte ser insuficiente para llenar las vacantes requeridas, se procede a reclutar a aquellos que no se han presentado voluntariamente e, incluso, a aquellos que por fuertes razones de conciencia no desean ser entrenados en el uso de la fuerza mortífera. Por lo mismo, resulta erróneo confundir las estrategias tendientes al establecimiento de ejércitos profesionales con el reconocimiento de la objeción de conciencia. Como lo demuestra la experiencia comparada, los Estados pueden reconocer la objeción de conciencia como una causal eximente (al igual que tener problemas físicos) en la prestación del servicio militar obligatorio, aun cuando no decidan modificar toda su estructura de defensa externa a través de la consagración de ejércitos profesionalizados. El derecho a la objeción de conciencia constituye un derecho que debe ser reconocido desde ya, independiente de la discusión a más largo plazo tendiente a la definición de qué tipo de defensa queremos para nuestro país y que, por cierto, parece ser tremendamente compleja en términos morales y económicos.

En segundo lugar, lo anterior refleja un problema básico de convicción que se ha encontrado presente en todos los ministerios de Defensa de los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia desde el año 1990, incluso en el de un Presidente *progresista* y *pro derechos humanos* como el actual. Por más

mesas de trabajo que se establezcan, el Gobierno no puede permanecer *neutral* frente a ciertas cuestiones básicas respecto a la promoción de los derechos fundamentales consagrados por nuestra Constitución Política de la República y por los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Chile y vigentes según nuestro ordenamiento jurídico interno, sobre todo cuando ellos pueden jugar un rol determinante para la suerte de quienes se relacionan con las Fuerzas Armadas (no olvidemos el caso del cabo Soto Tapia y otros más de abusos al interior de las Fuerzas Armadas). La experiencia de la mesa de trabajo convocada por el Ministerio de Defensa es un ejemplo de esas iniciativas que nacen abortadas respecto a ciertas temáticas que el Gobierno no desea enfrentar y respecto de las cuales la estrategia comunicacional aconseja convocar a diversos actores, aun cuando, en realidad, su opinión no sea tomada en cuenta. La participación de la Red Chilena de Objetores de Conciencia en la mesa de trabajo da cuenta de una iniciativa en la que el problema de la objeción de conciencia fue decidida y claramente dejado de lado por los convocantes, privilegiando *a priori* la evidente posición de nuestras Fuerzas Armadas respecto al desconocimiento de la objeción de conciencia, cuestión no difícil de imaginar a la luz de la formación antidemocrática de las mismas. No sólo eso, la ponencia presentada por la Red de Objetores de Conciencia ni siquiera aparece en la página web de la mesa de trabajo convocada por el Ministerio de Defensa, no era un *tema;* durante las discusiones los convocantes decidieron excluir la discusión seria y de fondo sobre el derecho a la objeción de conciencia a la luz de la normativa constitucional e internacional e incluso marginar de las discusiones a quienes, a pesar de ser residentes en nuestro país, fueran de nacionalidad extranjera, tan peligrosas para nuestra *seguridad nacional* como la holandesa.

¿Por qué esta actitud frente al problema de la objeción de conciencia? ¿Cuál es la diferencia en Chile en elegir un gobierno *progresista y pro derechos humanos* y votar por un gobierno de nuestra derecha *autoritaria, pinochetista* (lo quiera o no) y *conservadora*? ¿Cuán democráticas son nuestras autoridades concertacionistas y cuánto aprendieron de nuestra triste historia reciente? Parece que no mucho.

El problema con el derecho a la objeción de conciencia es similiar al de muchos otros temas relevantes para la plena (o mejor dicho, básica) vigencia de los derechos fundamentales de las personas en nuestro país. El problema es que no basta con decir que uno está a favor de los derechos humanos, que como uno fue perseguido, en consecuencia y como por *arte de magia*, uno está necesariamente del lado de quienes defienden los derechos fundamentales, que como uno emprende -y me alegro que con aparente éxito- una reforma al sistema procesal penal (presionada por los Estados Unidos de América y liderada intelectualmente por académicos liberales de mi Universidad) entonces uno sí es democrático. La cuestión es que, aunque duela admitirlo, nuestro Gobierno *no cree* íntimamente en los derechos humanos, en tanto límites insalvables que los sujetos poseen de modo igualitario frente a la autoridad pública y respecto de los demás individuos. Si me equivoco en esta apreciación, me encantaría poder reconocerlo, puesto que de ello se derivaría el que nos encontramos en un país que es bastante distinto al que conozco por medio de sus autoridades públicas. Sin embargo, y si es que me equivoco, no entiendo entonces ni la actitud del Ministerio de Defensa frente al problema de la objeción de conciencia ni la actitud oficial que el Gobierno de Chile -éste, el *verdaderamente* democrático- ha tenido respecto al derecho a la objeción de conciencia de aquellos jóvenes que no están dispuestos a transar sus convicciones éticas más elementales, protegidas bajo la figura del derecho a la objeción de conciencia reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el mismo que citaban los exiliados y perseguidos políticos del régimen militar y que ahora gobiernan nuestro país.

En efecto, durante el mes de octubre de 1999, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo (CODEPU), la agrupación de objetores de conciencia "Ni Cascos ni Uniformes" (NCNU) y el Servicio Paz y Justicia (SERPAJ) presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Comisión") una denuncia en contra del Estado de Chile por violación a los derechos a la libertad de conciencia y de religión y a la vida privada consagrados respectivamente en los artículos 12 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "la Convención"), en perjuicio de tres objetores de conciencia al S.M.O., Cristián Daniel Sahli Vera, Claudio Salvador Fabrizzio Basso Miranda y Javier Andrés Gárate Neidhardt.[1] En el mes de julio del presente año, el Gobierno de Chile por intermedio de la Asesoría de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores dio respuesta a la denuncia presentada en contra del Estado de Chile, respuesta que, supongo, es *en serio;* esto es, se trata de la visión oficial y legítima que el actual Gobierno tiene sobre el particular. En dicha ocasión, el Gobierno de Chile sostuvo más o menos lo siguiente:

a) Sobre las alegaciones de violación hechas por las víctimas a lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención, el Estado de Chile se limitó a citar diversas disposiciones internas y de jerarquía constitucional y que regulan la libertad de conciencia y de religión, junto a otras que señalan el deber del Estado de Chile de resguardar la "seguridad nacional", cuestión encargada específicamente a las Fuerzas Armadas de la República de Chile. Luego de enunciar dichas disposiciones, el Gobierno de Chile señaló que tales normas, junto con

[1] *Malcolm N. Shaw, International Law, Third Edition, Cambridge University Press, 1991, pp. 481-529. CIDH, Caso No. 12.219 (Chile), Christian Daniel Sahli Vera y otros.*

reconocer derechos, permiten imponer ciertos deberes a las personas en pos de la protección de la seguridad nacional y, específicamente, justifican la exigibilidad del Servicio Militar Obligatorio. Paralelamente, el Gobierno de Chile señaló que tal restricción al ejercicio de la libertad de conciencia se justifica a la luz de lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 12 de la Convención, que señala que la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias se encuentra sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que resultan ser necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral pública o los derechos o libertades de los demás. Así, el Gobierno señaló específicamente que:

"El Servicio Militar Obligatorio se enmarca dentro del concepto de prevención antes mencionado y es la contribución que el Estado exige a los jóvenes por un período determinado, para la mantención en el tiempo de la seguridad nacional. Es precisamente la temporalidad del Servicio Militar Obligatorio, lo que hace que no atente contra el derecho a determinar la forma de vida o la propia existencia, no lo sitúa en la disyuntiva del bien y el mal ni violenta el ámbito más personal, propio y privado del hombre, ya que no lo obliga a hacer frente a sus creencias más intimas, debido a que no es más que una preparación o entrenamiento militar durante un plazo previamente determinado".

b) Respecto a la violación al derecho a la vida privada el Gobierno de Chile señaló que en el presente caso no existe una injerencia arbitraria en la vida privada de las víctimas puesto que, a la luz de lo dispuesto por el artículo 32 de la Convención, toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad y -en este sentido- los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. A la luz de esta argumentación, el Gobierno de Chile concluye que no existe una injerencia arbitraria en la vida privada de las víctimas; esto es, no existiría una intervención arbitraria al espacio de autonomía decisional de cada persona, ni se trataría de un atentado de la propia imagen de todo individuo, en tanto un ser racional y autónomo. Se trataría, *a contrario sensu*, de una limitación que surge de la correlación entre derechos y deberes y que no niega la racionalidad, la honra ni la dignidad de las víctimas. Por último, el Gobierno de Chile señaló que no se puede considerar como injerencia arbitraria en la vida privada de las víctimas el hecho de someterlos a un servicio militar de carácter obligatorio, por cuanto dicha carga se encuentra normada por una ley de antigua data, que es conocida por todos los jóvenes y que se encuentra incorporada a su acervo cultural, por ser una obligación que existe en Chile desde hace muchos años.

Algún lector atento me podría llamar la atención respecto a que, en realidad, he cometido un grave error: estos argumentos corresponden a la presentación que habría hecho la Cancillería de Joaquín Lavín si éste hubiese ganado las elecciones o que, más precisamente, me dediqué a citar maliciosamente un oficio del Ministerio de Defensa del período del Gobierno de Pinochet o un memo interno del General Ricardo Izurieta al Almirante Jorge Arancibia. Lamentablemente, no me equivoco; esta es la *verdadera* y *oficial* posición democrática, participativa, progresista y pro derechos humanos de nuestro Gobierno en torno al derecho a la objeción de conciencia de nuestros jóvenes; una posición que desconoce un principio fundamental y constitutivo de los sistemas democráticos: aquel que importa aceptar la idea de que, siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado 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 de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.[2] Esta idea fundamental es la que se reconoce a través de la consagración del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio y el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada de las personas; una potestad indispensable para sujetos que conciben su ámbito decisional autónomo o su libertad de conciencia como un espacio *sagrado* e *inviolable*, una garantía básica frente a la imposición coercitiva de una actividad que importa violentar las convicciones más íntimas que un ser humano puede tener respecto al valor de la vida y a su conducta frente a los demás sujetos con quienes comparte esa identidad moral común.

En virtud de lo anterior es que resultan chocantes los argumentos de un supuesto *gobierno democrático* y *progresista*, que entiendo pretende -junto con crear un discurso democrático al interior de nuestro país- convertirse en un actor relevante en la comunidad internacional, en particular en relación al valor que los derechos humanos juegan como un elemento esencial de las sociedades democráticas.

En efecto, sin perjuicio de que el artículo 12 de la Convención (que reconoce el derecho a la libertad de conciencia y de religión) no reconoce de modo expreso la existencia de un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar de carácter obligatorio, la interpretación dinámica del mismo a la luz de lo dispuesto por el artículo 29 de la Convención, apoyada por la jurisprudencia y la doctrina internacional, nos permiten concluir que tal derecho si se encuentra protegido por la Convención. En efecto, como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al interpretar el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (a cuya luz se redactó el artículo 12 de la Convención):

[2] *Carlos S. Nino, Etica y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación, Ariel Derecho, 1ª edición, 1989, pp. 204-5.*

"[...] si bien en el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia [...] el Comité cree que este derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias." [3][4]

Esta interpretación dinámica de las disposiciones internacionales sobre derechos humanos ha sido apoyada, además, por la opinión sistemática y coherente de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que desde 1987 [5] y en diversas ocasiones ha reconocido "el derecho de toda persona a tener objeciones al servicio militar como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión enunciado en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" [6]. Del mismo modo, la doctrina de la Asamblea General de Naciones Unidas [7], de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa [8], del Comité de Ministros del mismo organismo y diversos países del mundo [9] ha consagrado al derecho a la objeción de conciencia como un principio básico que toda persona puede ejercer para exigir ser eximido del servicio militar, debido a imperiosas razones de conciencia.

Sin perjuicio de lo anterior -y como correctamente señala el Gobierno de Chile- la Convención permite que la mayoría de los derechos establecidos en ella sean restringidos. En algunas ocasiones, el propio artículo que establece el derecho regula a continuación las restricciones que legítimamente pueden ser impuestas al mismo. En los demás casos, la restricción a los derechos debe seguir las reglas generales sobre restricciones permanentes establecidas en la Convención en sus artículos 30 (alcance de las restricciones), 32 (correlación entre deberes y derechos), todas ellas en conjunción con las normas de interpretación consagradas en el articulo 29 [10] *y a la luz de lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.*[11] *Con todo, y cualquiera que sea el caso, tales restricciones siguen un estricto test de legitimidad que surge como corolario necesario y lógico del fin que persigue la Convención: la protección y la promoción de los derechos humanos. Así, el Estado de Chile no puede servirse de los mecanismos legítimos de restricción a los derechos -establecidos en la Convención- de modo tal que su ejercicio importe la anulación y la completa ineficacia de los derechos que se consagran en ella o en otros instrumentos y declaraciones internacionales. Por ello, el Estado de Chile no se encuentra facultado para recurrir al sistema de restricciones a los derechos de manera que, con ello, prive de todo contenido esencial a la libertad de conciencia y de religión. En efecto, y como resulta claro de los hechos -y de las propias aseveraciones formuladas por el Gobierno- las víctimas han sido privadas, de modo absoluto, de una de las más representativas manifestaciones de la libertad de conciencia y de religión: su derecho a objetar su participación en una actividad que atenta contra sus convicciones morales más básicas y que violenta -entonces- su espacio decisional más sagrado e inviolable. En este estado de cosas, la supuesta "restricción" alegada por el Gobierno de Chile se torna en una derogación absoluta del contenido* mínimo *o* esencial [12] *del derecho a la libertad de conciencia y de religión y transgrede -entonces- la prohibición de* supresión *del goce o ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o de limitarlos en* mayor medida *que la prevista en ella, consagrada en el artículo 29 a) de la Convención.*[13]

Por otra parte, la interpretación hecha por el Estado de Chile implica limitar el goce y ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión consagrado en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respecto del cual no existe duda alguna que incluye el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. De este modo, el Gobierno de Chile no da cumplimiento con lo señalado en la letra b) del artículo 29 de la Convención,[14] *interpretando lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención, en un sentido que importa limitar el goce y el ejercicio de un derecho fundamental consagrado en otra convención respecto de la cual el Estado de Chile es parte. Paralelamente, la interpretación hecha por el Gobierno de Chile importa excluir o limitar ilegítimamente el efecto que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en tanto acto internacional de la misma naturaleza que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, respecto de lo que la primera prescribe en su artículo 18, a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia internacional. Así, la interpretación hecha por el Gobierno de Chile vuelve a incurrir en error, al contradecir lo señalado por la letra d) del artículo 29 de la Convención.*[15] *Finalmente, resulta claro como la argumentación sostenida por el Gobierno de Chile en el sentido de que la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio puede ser absolutamente desconocida -sin más- por la necesidad de proteger actual o eventualmente la seguridad nacional, importa excluir un derecho o garantía que resulta ser inherente al ser humano o que se deriva, según se ha expuesto con anterioridad, de la forma democrática representativa de gobierno, contradiciendo con ello, lo dispuesto por la letra c) del artículo 29 de la Convención.*[16]

Por último, resulta menester señalar que en la actualidad la seguridad nacional puede ser protegida de diversas formas -sean ellas militares y no militares- y que, en todo caso, la consecución de la misma no

---

[3] *Comité de Derechos Humanos, Comentario general Nº 22, Artículo 18 (48º período de sesiones, 1993), HRI/GEN/Rev 3, pág. 44, párr. 11.*

[4] *Esta doctrina ha sido confirmada con posterioridad por el Comité, a propósito del conocimiento de denuncias individuales. Vgr., Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº 402/1990, Comunicación Nº 446/1991 y Comunicación Nº 483/1991.*

[5] *Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 1987/46, adoptada el 10 de marzo de 1987.*

[6] *Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 1989/59, adoptada el 8 de marzo de 1989.*

[7] *Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución Nº 33/165 de 20 de diciembre de 1978, sobre la situación de las personas que se niegan a prestar servicios en fuerzas militares o policiales que se empleen para imponer el apartheid. Esta resolución se fundamentó no sólo en la ilegalidad del apartheid en conformidad al principio de no-discriminación, sino, además, en lo dispuesto por el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.*

[8] *Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resoluciones Nº 337 de 1967 y Nº 816 de 1977.*

[9] *Ver., Argentina, Angola, Austria, Belarús, Brasil, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Ex-República Yugoslava de Macedonia, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Grecia, Guyana, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Moldova, Noruega, República Checa, República Federal de Alemania, Rumania, Suecia, Suiza, Ucrania, Yugoslavia, Zimbabwe y otros países en los que -a pesar de no encontrarse reconocida expresamente la objeción de conciencia- se permite a las personas quedar eximidas del servicio militar, en ejercicio de su libertad de conciencia y de religión.*

[10] *Las normas establecidas en el artículo 29 de la Convención son en parte reglas de interpretación y en parte el establecimiento del principio de que los derechos de un catálogo son un standard mínimo, por lo que un estado no puede ampararse en el para denegar derechos diferentes establecidos en otras normas, sean ellas nacionales o internacionales. En este sentido, ver Cecilia Medina Quiroga., Constitucion, Tratados y Derechos Esenciales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1993, p. 33.*

[11] *Cfr., Artículo 31.1. "Un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme el sentido que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de este y teniendo en cuenta su objeto y fin".*

importa, como única posibilidad, la conscripción militar de carácter obligatorio. Como lo demuestra la experiencia comparada, los sistemas democráticos respetuosos de los derechos humanos buscan compatibilizar el sistema de cargas públicas o deberes cívicos con el respeto de los derechos básicos de sus ciudadanos, de modo tal de evitar situaciones extremas de apatía social y de autoritarismo o intervencionismo. En razón de lo anterior, el Estado de Chile, aunque facultado para restringir ciertos derechos, se encuentra en la obligación de respetar y garantizar niveles mínimos de eficacia o ejercicio de los derechos establecidos en la Convención, de modo tal que la medida adoptada resulte ser *estrictamente* proporcional al fin buscado y conducente con el mismo. Tal restricción ilegítima no se justifica -tal como lo señala el Gobierno de Chile- por el hecho de que ella sólo se establezca en contra de las víctimas por un período determinado y no sea, en ese sentido, perpetua. Resulta más que evidente que las violaciones a los derechos establecidos en la Convención no se evalúan de acuerdo a la extensión temporal de las mismas, sino -cosa bastante distinta- por la entidad material de la acción u omisión que, conforme a las reglas generales del Derecho Internacional, le sean imputables a los Estados.[17]

Así las cosas, un par de cuestiones resultan evidentes. En primer lugar, no debemos olvidar que por más buen *marketing* que un gobierno supuestamente *progresista* posea, éste siempre mostrará su real compromiso con cuestiones esenciales en aquellos *casos difíciles* -robando la feliz expresión de Dworkin- y alentará o desalentará los avances democratizadores en la medida en que ellos respondan o no a su propia lógica interna de auto-interés (si no me equivoco, de eso se trata la política). En segundo lugar, resulta claro -siguiendo un silogismo básico- que si estoy en lo correcto con la premisa anterior, entonces no debemos esperar mucho del actual Gobierno -en especial de los ministros de Defensa y de Relaciones Exteriores- respecto del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia al S.M.O. En efecto, cuando la principal estrategia del ministro de Defensa Mario Fernández consiste en evitar cualquier conflicto con las Fuerzas Armadas chilenas -y en ocasiones, hasta ser más *pro-militar* que los propios militares-, entonces resulta dudoso que se pueda lograr algún avance serio en materia de derechos fundamentales. Lo anterior, para no parecer demasiado injusto, no le es imputable en un ciento por ciento a la actual administración; gobernar Chile -incluidos a sus militares- no resulta ser una cuestión fácil. El problema es que esta actividad se vuelve aún más difícil cuando quienes deben hacerlo no poseen ni la capacidad política, ni la convicción moral para intentar dar la pelea en el ámbito de los argumentos y en el de las estrategias de negociación; para eso, no basta con *mimetizarse* con los militares -para eso uno entra a la Escuela Militar y no al gobierno-; uno debe ser capaz de discutir con ellos, de mostrarles los beneficios que se pueden seguir de ciertas modificaciones en sus actitudes tradicionales; en fin, hay que ser capaz de convencerlos inteligentemente. Decir que no se puede avanzar en un tema como la objeción de conciencia con los militares porque ellos se oponen a los principios que la inspiran, resulta ser algo bastante trivial y evidente; para eso uno no necesita un doctorado en Alemania y, en ese sentido, uno se puede preguntar legítimamente: ¿para qué diablos sirve un Ministro de Estado así?

Por su parte, cuando la ministra de Relaciones Exteriores Soledad Alvear se preocupa más por *dar clases* sobre los derechos humanos y el valor de la democracia a los chinos, aunque las respuestas oficiales que la Asesoría de Derechos Humanos bajo su dependencia da ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA -en este y en otros casos que no tengo tiempo de comentar- resultan ser, a lo menos, tan *democráticas* como las que solía dar el Gobierno del Presidente Fujimori en el Perú, y del mismo talante que caracterizó a los gobiernos de Aylwin y Frei, entonces la cosa parece ponerse cuesta arriba. Por ello, me parece que el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia pasará solamente por el individual y colectivo compromiso de cientos y cientos de jóvenes objetores de conciencia que renuncien a la posibilidad de evadir el S.M.O. por los medios que todos conocemos y que comiencen a ejercer su derecho diariamente, *a pesar* del Gobierno, de las Fiscalías Militares y de las Fuerzas Armadas. En esa tarea, el apoyo de organizaciones no gubernamentales, de abogados defensores, del mundo académico e intelectual y de la sociedad civil en general, puede ser de mucha ayuda. Para quienes ya están dando la pelea y para los muchos más que vendrán, la admiración y respeto de alguien que cumplió voluntariamente con su servicio militar.

---

[12] Como advierte el profesor Philip Alston: "El hecho de que dicho contenido básico debe existir (que en cierta medida puede no obstante estar potencialmente sujeto a la suspensión o a limitaciones de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto) parecería una consecuencia lógica del uso de la terminología derechos. En otras palabras, no habría justificación para elevar una reclamación a la condición de un derecho (con todas las connotaciones que este concepto presuntamente tiene) si su contenido normativo puede ser tan indeterminado que permita la posibilidad de que los que ostentan los derechos no posean ningún derecho particular a nada. Por lo tanto, cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, en ausencia del cual deberá considerarse que un Estado Parte viola sus obligaciones." Philip Alston, Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, en Human Rights Quarterly, Vol. 9, 1987, pp. 352-353. En este sentido, cfr., Fons Coomans, Clarifying the Core Elements of the Right to Education, en The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights, SIM Special No. 18, 1995, pág. 17; Statement to the World Conference on Human Rights on behalf of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, en UN Doc. A/CONF.157/PC/62/Add.5, Annex I, parr. 16; General Discussion on the Right to Health, UN Doc. E/C.12/1993/11, párr. 5 y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Comentario General No. 3, párr. 10.

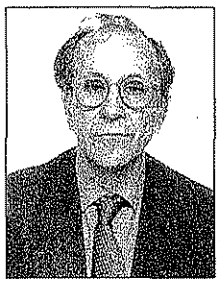
[13] Artículo 29: "Ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;"

[14] Artículo 29: "Ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de: b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;"

[15] Artículo 29 "Ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de: e. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."

[16] Artículo 29: "Ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de: c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno;"

[17] Vgr., Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 5 th. Edition, Oxford University Press, 1998, pp. 435-478;



DOMINGO HERNÁNDEZ

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Diego Portales y Abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago.

LOS DERECHOS HUMANOS: Técnicas Constitucionales y Jurisprudencia

Introducción

Por años, los teóricos de las Ciencias Sociales centraron su reflexión acerca de los derechos humanos en problemas como sus orígenes y naturaleza, pero los juristas contemporáneos, especialmente a partir de la Segunda Post-Guerra, se preocupan de la efectiva vigencia de estos derechos, privilegiando su protección a través de acciones y recursos, reconocidos tanto constitucionalmente como en tratados internacionales.

Desde el punto de vista dogmático, nuestro sistema normativo consulta una serie de técnicas para la adecuada salvaguarda de los "derechos constitucionales", mencionadas bajo tal epígrafe en el título III de nuestra Carta Política que los enumera en su artículo 19, sin perjuicio de la referencia complementaria que a "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" garantizados en los "tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes", formula el inciso segundo del artículo 5°.

Entre estas técnicas, cuyo objetivo es otorgar una "tutela judicial efectiva" de los derechos -para utilizar una terminología que goza de amplia aceptación en el Derecho Procesal Constitucional Comparado- merecen especial mención:

a) El principio de eficacia directa de la Constitución, recogido en el artículo 6° de la Carta.

b) El principio denominado de "esencialidad de los derechos", contemplado en el n° 26 del artículo 19 de la misma Carta.

c) Ciertos principios de hermenéutica constitucional, como los de razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad y otros incorporados indirectamente al ordenamiento, a través del Derecho Internacional de los Tratados, como los de autoejecutividad de los tratados, favor libertatis, etc.

Es interesante revisar la forma en que los órganos responsables del control de constitucionalidad -que en Chile está a cargo de la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema- han recogido y dado aplicación a estos principios, en algunas situaciones concretas sometidas a su conocimiento.

La esencialidad de los derechos

Este principio tiene su origen en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, de donde lo recoge nuestro constituyente, en el n° 26 artículo 19 de la Constitución de 1980. Se trata de una garantía establecida frente al legislador, el cual, por aplicación del principio de reserva legal, está facultado para regular, complementar y aun limitar los derechos constitucionales, pero con la prohibición de afectarlos "en su esencia", o de imponerle condiciones o requisitos "que impidan su libre ejercicio".

Ha dicho al respecto el Tribunal Constitucional que un derecho es afectado en su esencia "cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible, y que se impide su libre ejercicio cuando el legislador "lo somete a exigencias que lo hace irrealizable, lo entraba más allá de lo razonable o lo privan de la tutela jurídica".[1]

Lamentablemente, nuestros tribunales de justicia no suelen argumentar explícitamente en sus fallos con este principio, sino excepcionalmente, lo que en parte se debe a que su vulneración no está taxativamente consultada como causal del recurso de protección, quizás el principal instrumento de tutela de los derechos fundamentales.

Con todo, el tema se ha planteado tanto por la vía del recurso de inaplicabilidad -que es la ortodoxa al tenor de lo dispuesto por el artículo 80 de la Constitución- como a través de la interposición de acciones constitucionales como la de habeas corpus, impropiamente llamado recurso de amparo.

En ese sentido, es del caso hacer referencia a una interesante discusión relacionada con el alcance de la facultad que a la Corte Suprema corresponde en el control de constitucionalidad de los preceptos legales anteriores o posteriores al texto constitucional, la que a partir de 1978 se resolvió más o menos uniformemente en el sentido de que a dicha Corte sólo corresponde verificar la constitucionalidad de tales preceptos siempre que éstos sean posteriores a ella, en tanto que el examen de las normas preconstitucionales compete exclusivamente a los jueces del fondo.

Sin embargo, este discutible mecanismo ha permitido arribar a soluciones de equidad en muchas oportunidades, al habilitar una variable de control difuso de constitucionalidad eficiente y expedita, si bien difícilmente conciliable con el modelo de control concentrado establecido por el constituyente.

A partir de 1990, se ha venido consolidando la tesis en orden a que la Corte Suprema tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de preceptos legales anteriores a la entrada en vigencia de la actual Constitución, pues el artículo 80 de su texto no distingue para este efecto entre las leyes anteriores y posteriores a ella. Tal posibilidad no obsta a la facultad tradicionalmente reconocida a los jueces del fondo para pronunciarse sobre la derogación tácita de una ley común por la Constitución anterior.[2]

Un sector de la doctrina y jurisprudencia apunta aun más allá, postulando que "cualquier juez de la República, al conocer de un proceso, ha de determinar las leyes aplicables al caso y las leyes vigentes, por lo cual toca a él saber si se adecua a la Constitución, o sea, si es conforme a ella, dado que si es contraria simplemente es nula (artículos 6° y 7° de la Constitución)".[3]

Tal solución tiene el efecto de dejar sin aplicación la disposición del artículo 80 de la Constitución Política, que entrega el control de constitucionalidad exclusivo de los preceptos legales a la Corte Suprema, sin perjuicio de atentar contra la seguridad jurídica y la certeza interpretativa, que se diluye si cualquier juez puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas.

Eficacia directa de la Constitución

La jurisprudencia judicial ha tenido la oportunidad de confrontar ciertos preceptos legales con algunas garantías constitucionales, sea por la vía del recurso de inaplicabilidad o de la acción constitucional de amparo -en este último caso por aplicación implícita del artículo 6° de la Carta Fundamental- dejando en ocasiones de aplicar aquéllos y privilegiando, en cambio, la vigencia de la garantía fundamental.

Los pronunciamientos, empero, no han sido unívocos. Así, se ha fallado que el artículo 44 de la Ley de Cheques -que condiciona la libertad provisional de los procesados por giro fraudulento de cheques, al pago de una caución en dinero no inferior al importe del cheque, intereses y costas- "es de menor jerarquía que los artículos 19 n° 7 y n° 26 de la Constitución Política de la República, cuya aplicación preferente debieron aplicar los jueces de la causa".[4]

Pero también se ha concluido, en sentido inverso, que el establecimiento de restricciones al principio general del derecho a la libertad provisional, tales como exigir una caución para lograrla, es lícita y no comprende la esencia de ese derecho.[5]

Similar contradicción, esta vez en el artículo 163, letra f) del Código Tributario -que hace obligatorio el pago de una caución igual al 30 por ciento del impuesto evadido como requisito para obtener la excarcelación- y los artículos 19 n° 7 letra e) y n° 26 de la Constitución Política, se ha dilucidado también en forma diversa.

A comienzo de los 90, la Corte Suprema estimó que "aun cuando la cita del artículo 19 N° 26 de la Carta Magna podría conducir a la necesidad de pensar en la necesidad de interponer un recurso de inaplicabilidad, no puede olvidarse que la contradicción entre el texto constitucional y el texto legal es severa" y que, por tanto, se produce la derogación tácita, que los jueces de fondo puedan constatar por sí solos.[6]

La más reciente jurisprudencia parece, sin embargo, inclinarse por la constitucionalidad de esta norma tributaria, por entender que la caución prevista por el artículo 163 letra f) del Código Tributario, no afecta la esencia del derecho a la libertad provisional ni importa una limitación que impida su ejercicio, como tampoco vulnera el numeral séptimo de la Convención Americana de Derechos Humanos, por no representar una hipótesis de prisión por deudas.[7]

Tanto en los casos comentados, como en general en el análisis de las causas relacionadas con los derechos constitucionales, se advierte una marcada reticencia a la aplicación autoejecutiva de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o de principios como el favor libertatis, reconocido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana que prefiere, en caso de duda, la interpretación más favorable a la vigencia de tales derechos.

Entre las excepciones, merece especial atención los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 26 y 30 de septiembre de 1994, que aluden a diversos instrumentos internacionales -a los que reconocen rango constitucional- en materias concernientes a la prescripción de la acción penal y a la amnistía de delitos cometidos en tiempo de guerra, otorgándoles prevalencia por sobre el derecho interno.[8]

---

[1] *Sentencias de 24.02.87, Rol nº 43, consid. 21; de 14.11.94, Rol nº 200, consid. 4º y de 20.10.98, Rol nº 280, consid. 29.*

[2] *En este sentido, sentencia C.S. de 20.08.99, en G.J. nº 230, págs. 43 y ss., en la jurisprudencia más reciente.*

[3] *Eduardo Soto Kloss, "Derecho Administrativo. Bases Fundamentales", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, tomo 2, pág. 40.*

[4] *Sentencia de la C.S. de 26.10.99, Rol nº 3804-99 y de 12.01.2000, Rol nº 76-2000, recaídas en sendas apelaciones de amparo, publicadas en G.J. nº 235, págs. 156-160 y en G.J. nº 235, págs. 145 y ss., respectivamente.*

[5] *Recurso de Inaplicabilidad de Luis E. Pulgar Zamorano, de 03.09.99, en G.J. 231, págs. 88 y siguientes, con voto en contra de ocho ministros.*

[6] *Sentencias C.S. de 23.12.91, en R.D.J., T. 88, sec. 4ª, pág. 129.*

[7] *Sentencia C.A. de Copiapó, de 29.01.99, Rol nº 67.406, recaída en Recurso de Amparo a favor de Pedro Morales Garay. En igual sentido: Sentencia C.S. 02.07.99, en Recurso de Inaplicabilidad interpuesto por Lincoyán Lagos Tortella.*

[8] *La sentencia Rol nº 38.683-94, contra Osvaldo Romo Mena, de 30.09.94, de la C.A. de Santiago, (redacción del abogado integrante Sr. Humberto Nogueira), se publicó en G.J. nº 171, págs. 126 y ss. Fue revocada por la Corte Suprema el 26.10.95, acogiendo un recurso de queja, Rol nº 5566, publicada en G.J. nº 185, págs. 120 y siguientes.*

LIDIA CASAS BECERRA

Profesora e Investigadora
Centro de Investigaciones
Jurídicas de la Universidad
Diego Portales

A propósito de DERECHOS ESENCIALES

En la comunidad internacional, la dictación de instrumentos que abordan específicamente los problemas que atañen a la mujer no es un tema nuevo. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer -en adelante la Convención de la Mujer- surge como respuesta a una constatación: los pactos internacionales sobre derechos humanos han tenido una lectura -y una orientación- "masculina" o androcéntrica. La crítica apunta a que los derechos que se promueve y garantiza se orientan a proteger áreas vulnerables en el mundo de lo masculino, quedando invisibilizadas aquellas transgresiones a derechos elementales que, en el marco del estado de subordinación de la mujer en la sociedad, no son percibidas como tales.[1] A esta construcción de pactos internacionales se suma el hecho de que las mujeres -o más bien, el movimiento feminista- no usaron ni interpretaron de manera distinta estos instrumentos internacionales.

La Convención de la Mujer rompió con el esquema tradicional de la protección de derechos individuales, pues en primer término amplía explícitamente la discriminación en razón de sexo a la discriminación en razón de género. Las normas previamente consagradas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos partían de una norma neutra -el sexo de las personas amparadas- sin especificar que la escala del principio de igualdad se rige por cánones masculinos.[2] Por ello, el principal objetivo de la Convención es promover la igualdad substantiva entre hombres y mujeres, reconociendo que en la base de la discriminación por motivos de sexo existen condicionantes culturales que sitúan a la mujer en un estado de subordinación. El propósito de este pacto, entonces, es eliminar la discriminación, entendiendo por tal no sólo la distinción o exclusión en base al sexo sino cualquier acción que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento o goce de sus derechos por parte de la mujer.

Por ello, la Convención de la Mujer supera la forma tradicional de entender la vulneración de los derechos, estableciendo que ello no es privativo de la esfera pública sino que ocurre también en el ámbito privado, entorno en el cual las mujeres han estado en una clara desventaja.

Si bien algunas mujeres consideran que la orientación de la Convención constituye un gran avance, otras son de la opinión de que ésta todavía no ha cuestionado efectivamente el paradigma masculino. Estas últimas leen el artículo 4 de la Convención, por ejemplo -donde se establece la facultad de los Estados Parte de adoptar acciones positivas temporales en pro de la igualdad de la mujer- como una forma de mejorar la condición de la mujer pero sólo en la medida en que ello le ayude a desempeñarse de la misma forma que un hombre, reiterando la idea subyacente de que el modelo normativo es un modelo masculino.[3]

Con todo, es innegable el valor de la Convención en el avance y mejora de las condiciones de la mujer en el mundo, pues refuerza los derechos y los convierte en esenciales, o para otros, refuerza las propuestas de adopción de políticas públicas. De cualquier modo, y cualquiera que sea la postura frente a la naturaleza de los derechos allí contenidos, la Convención se ha transformado en un herramienta para el mejoramiento político y jurídico de las condiciones de vida de las mujeres. Su fuerza reside en obligar moralmente a los estados y en la ventaja política que presupone su ratificación.

En su articulado preliminar, la Convención establece como obligación de los Estados "seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, y en especial, que éstos se comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer."

---

[1] *El Comité de Derechos Humanos señaló en la Recomendación General 21 del 19 de mayo de 1989 que el derecho a la vida ha sido tradicionalmente interpretado en forma restrictiva, y que la expresión "el derecho a la vida es inherente a la persona humana" debe ser entendida como una obligación positiva que pesa sobre los estados en el sentido de adoptar medidas. En la imaginería masculina siempre está presente la pena capital, mas no así la adopción de medidas para evitar las miles de muertes maternas. Citado en Rebecca Cook, Human Rights in Relation to Women's Health, World Health Organization, Ginebra, 1993, p. 30.*

[2] *Cook, Op. Cit., p. 26.*

[3] *Hillary Charlesworth, ¿Qué son los derechos humanos internacionales de la mujer? En Derechos Humanos de la Mujer, Perspectivas Nacionales e Internacionales, ed. por Rebecca Cook, Profamilia, Bogotá, 1997, p. 61.*

Chile adhirió plenamente a los ideales y principios consagrados en esta Convención, ratificándola en 1989.[4] Pero estar de acuerdo con el concepto de igualdad es muy distinto a concordar una concepción concreta de ésta; distinto es estar en lo abstracto en contra de la discriminación que escudriñar con ojo crítico los estatutos y leyes que la sustentan. Así, transcurrida una década de su ratificación, han comenzado a surgir problemas. Existe una gran capacidad para estar de acuerdo sobre grandes principios -según queda de manifiesto en la gran vocación de nuestra cultura política y jurídica para los altisonantes ejercicios líricos- pero ésta viene invariablemente acompañada por la falta de voluntad política o jurídica para llevarlos a la práctica.

La Conferencia Beijing +5 realizada en la sede de Naciones Unidas en Nueva York a mediados del presente año -donde se dio cuenta del cumplimiento de los acuerdos políticos suscritos en la IV Conferencia Mundial de la Mujer realizada en 1995- abrió una polémica entre algunos sectores sobre el alcance y significado de ratificar el Protocolo Facultativo a la Convención y la intromisión de órganos internacionales en nuestros asuntos internos.[5]

Aquí quedaron de manifiesto algunas de nuestras incongruencias. En el ámbito político y también jurídico, todos o casi todos parecen abrazar el concepto de la igualdad entre hombres y mujeres. Aunque estar en contra de la discriminación es políticamente correcto -al decir actual del idioma inglés- de ello no se desprende una disposición a ratificar sin reservas la Convención de la Mujer, y se ha generado un debate en torno al grado de exigibilidad de esos principios y el papel de los órganos internacionales.

Para evitar que los instrumentos internacionales sean simples ejercicios retóricos, la Convención de la Mujer -al igual que otros instrumentos internacionales- consagra instancias que vigilan el estado de cumplimiento de las obligaciones contraídas. Así, establece un Comité de expertas que examina los avances realizados en la aplicación de la Convención, revisando los informes que los Estados remiten en virtud del artículo 17 y evacuando recomendaciones sobre prácticas y normas nacionales contrarias a la Convención que deben ser modificadas. Desde la ratificación de 1989, el Comité de expertas ha revisado en dos oportunidades la situación de la mujer en Chile. Asimismo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos también revisa los informes periódicos que remite el Gobierno en virtud de su artículo 40. No obstante, se ha dicho que el sistema de informes es un mecanismo débil que carece de medios directos para obligar a los Estados a asumir responsabilidad por sus transgresiones.

La adopción de obligaciones internacionales -lo que dicho sea de paso adquiere especial relevancia a raíz del artículo 5° inciso segundo de la Constitución chilena- tiene un especial significado, pues éstas no son meras declaraciones y tienen consecuencias políticas y jurídicas. Así, respecto de los informes presentados por Chile, tanto el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas como el Comité de la Convención de la Mujer han tratado hechos constitutivos de violación a los derechos de la mujer y entregado recomendaciones concretas sobre educación sexual, divorcio, aborto y acoso sexual, entre otros temas.[6]

Estas recomendaciones surgen no sólo de Protocolos Facultativos, sino además de los mecanismos establecidos internamente por cada instrumento. Ello hace necesario dejar atrás el ejercicio lírico y analizar las consecuencias de nuestra actuación. La reacción improvisada ante las consecuencias del papel que hoy juega el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido mixta: algunos postulan reformar la Constitución -en especial al artículo 5° inciso segundo-[7] en tanto que otros plantean no ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer. Ambas posturas tienen en común el pensar que así se resolvería nuestra falta de adecuación a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

---

[4] *Se ratificó el 7 de Diciembre de 1989 y publicó en el Diario Oficial del 9 de Diciembre del mismo año.*

[5] *Luego de Beijing +5 algunas congresistas llamaron a no ratificar el Protocolo, dado que ello constituiría entregar competencia a órganos internacionales sobre materias de orden interno. Mostraron además su preocupación porque el Congreso no tiene atribuciones para modificar los términos de aprobación de instrumentos internacionales.*

[6] *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 21er Período de Sesiones de Naciones Unidas del 7 al 25 de Junio de 1999, y Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del Artículo 40 del Pacto, 65° Período de Sesiones, Naciones Unidas, 30 de marzo de 1999.*

[7] *Opinión de un Senador al El Mercurio.*

La resistencia a aceptar el Protocolo dice relación con su propósito; es decir, que los Estados firmantes deban rendir cuenta en forma más eficiente de los compromisos adquiridos, estableciendo un sistema para recibir y considerar comunicaciones. Estas pueden ser presentadas por personas o grupos de personas bajo su jurisdicción que alegan ser víctimas de una violación por parte del Estado, y después de haberse agotado todos los recursos de la jurisdicción interna o cuando la tramitación se prolonga injustificadamente o tiene resultados poco eficaces.[8] El Protocolo establece herramientas efectivas para hacer exigibles los derechos que los Estados reconocen. En consecuencia, la negativa a ratificarlo intenta mantener el status quo: se hacen bellas declaraciones, pero se limita la exigibilidad de los derechos cuyo respeto se pregona.

El mecanismo de revisión de comunicaciones es parte del sistema interamericano de derechos humanos, y en virtud de él se han presentado ante la Comisión Interamericana varios casos de violaciones al Pacto de San José. La transgresión de derechos esenciales no incluye solamente ejecuciones sumarias, desapariciones o torturas.

Otro de los argumentos es que no se debe permitir que los órganos internacionales puedan intervenir en la forma en que los Estados regulan ciertas situaciones; por ejemplo, la ruptura de las relaciones matrimoniales. Aunque débil, el trasfondo de este argumento es preocupante, ya que demuestra ignorancia respecto de cómo opera el derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, desde la ratificación de esta y otras convenciones se viene entregando a agentes externos la facultad de evaluar el cumplimiento de nuestras obligaciones a través de informes periódicos. En segundo lugar, un Estado no puede incumplir la norma en materia de derechos humanos sobre la base de que su ordenamiento jurídico dispone algo distinto, incluso cuando lo hace una mayoría electa. Las decisiones de la mayoría no siempre han conducido a decisiones éticas y moralmente correctas, y de hecho, el sentido de los derechos humanos es proteger a las minorías de las mayorías aplastantes. Por decisión de mayorías mucha de nuestra legislación vulnera -o habría vulnerado- la Constitución y los derechos esenciales. Un ejemplo emblemático es el estatuto diferenciado entre hijos legítimos e ilegítimos, el que tardó largos años en ser modificado.

Así, volvemos al punto inicial de la ratificación de instrumentos internacionales. Sobre bellas declaraciones a propósito de las constituciones, Garzón Valdés señala que "la relación entre derecho y democracia en América Latina no reside tanto en la promulgación de nuevas constituciones, sino más bien en la aplicación efectiva de las ya existentes a través de una política jurídica que haga posible el establecimiento de una relación causal entre prescripción normativa y comportamiento humano."[9] Así, los tratados internacionales se ratifican porque ello forma parte del ejercicio retórico, pero si tienen relevancia práctica tratamos de desentendernos de los valores declarados. Si nuestra búsqueda está en alejarnos de la mera apariencia política y comprometernos realmente con todas sus consecuencias, como primer acto de contrición debemos pensar a qué queremos obligarnos.

Con todo, la ratificación del Protocolo Facultativo es un importante paso para que los Estados vayan más allá de las declaraciones y se avance hacia un sistema de responsabilidad ante actos y omisiones. Estamos en un punto importante de nuestra historia en que debemos privilegiar la adopción de decisiones reflexivas, prescindiendo de la cultura de las apariencias tan propia de la *chilenidad.*

---

[8] *Artículo 2 y 3 del Protocolo Facultativo, adoptado en la 28º Sesión Plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas, 6 de Octubre de 1999.*

[9] *Ernesto Garzón Valdés, What is Wrong With the Rule of Law?, en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Pinamar, 2000.*

Keith Haring. Sin Título (gouache y tinta en papel japonés), 1989.

Keith Haring. Sin Título (gouache y tinta en papel japonés), 1989.

ALEJANDRA ZUÑIGA FAJURI

Licenciada en Ciencias Jurídicas. Profesora de las clínicas de interés público de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

*Sobre la extensión de los derechos**

"Así como la mujer que, después de haber fregado el suelo, cuida que la puerta del cuarto quede cerrada para que no entre el perro y lo ponga todo perdido con la huella de sus patas, de igual manera los pensadores europeos montan guardia para que ningún animal les corretee por la ética".

ALBERT SCHWEITZER, FILÓSOFO, HISTORIADOR, PREMIO NOBEL DE LA PAZ EN 1952.

Agradezco la ayuda de Luis Villavicencio en la elaboración de este artículo.

Introducción

La filosofía moral occidental históricamente ha rehuido, consciente o inconscientemente, la temática del estatus moral de los animales inferiores. Sin embargo, en el último tiempo han surgido varios autores que, preocupados por la gravedad de los acontecimientos derivados de los "avances" científicos, han reiniciado la discusión con el objeto de lograr algún grado de protección para los animales no humanos.

La discusión en torno a los derechos de los animales plantea, a mi parecer, las mismas dificultades que la de los Derechos Humanos. El concepto de derechos es siempre problemático, tanto en el caso de los animales como en el de los humanos, por lo que no resulta admisible aceptar acríticamente la noción de Derechos Humanos al tiempo que se rechaza dogmáticamente la de los Derechos de los Animales, como si sólo esta última tuviera problemas conceptuales. Se suele argumentar que el problema del trato a los animales es un asunto trivial comparado con las graves penurias de los seres humanos y, por lo tanto, ninguna persona sensata le concedería tiempo y atención. A continuación, mostraré que esa afirmación, no es más que desinformación e ignorancia.

Algo sobre la realidad[1]

Para esta parte se han elegido dos de las prácticas más importantes que se llevan a cabo contra los animales: por un lado, la experimentación y, por otro, la crianza industrial. La primera, porque supone la zona donde se puede observar con mayor nitidez el especismo[2] ya que "los investigadores a menudo intentan justificar sus experimentos con animales afirmando que éstos conducen a hallazgos sobre los humanos; si esto es así, el investigador debe estar de acuerdo en que los animales humanos y no humanos son similares en aspectos cruciales" (Singer, Peter, *Etica Práctica*, ob. cit., pág. 82). En otras palabras, o el animal no es como nosotros y, por ende, el experimento no se justifica, o es como nosotros y, por lo mismo, no debemos utilizarlo para realizar un experimento que consideraríamos una atrocidad si lo hicieran con uno de nosotros. La segunda -esto es, la crianza industrial- puesto que importa la más masiva tortura a la que son sometidos los animales no humanos.

Experimentación militar

En la base área de Brooks, Texas, Estados Unidos, se entrena a monos rhesus mediante electrochoques para que mantengan nivelada una plataforma o simulador de vuelo que puede girar y saltar como un avión. Tras un período de intenso entrenamiento (30 días aproximadamente) consistente en acostumbrar a los primates, bajo frecuentes y dolorosas descargas eléctricas, a que mantengan la plataforma en su posición horizontal la mayor parte del tiempo, se pasa a la segunda fase del experimento en que se expone a estos mamíferos sensibles a dosis letales o subletales de radiación o agentes de guerra química con el objetivo de comprobar cuánto tiempo pueden pilotar el simulador. Estas dosis producen en los animales vómitos y náuseas, pero se les fuerza a mantener la plataforma nivelada pues, de lo contrario, vuelven a recibir descargas eléctricas. Supuestamente la función del experimento es determinar el lapso en que pueden conservar los simuladores controlados bajo las condiciones simuladas de un ataque químico o nuclear. Sin embargo, el doctor Donald Barnes -que fue durante años el principal investigador de la Escuela de Medicina Aeroespacial de la Fuerza Aerea de los Estados Unidos y responsable de los experimentos con la plataforma de equilibrio de primates- ha reconocido que "(...) en caso de una confrontación nuclear no es muy probable que los altos jefes operacionales fueran a consultar gráficos y cálculos basados en datos procedentes de monos rhesus para hacer estimaciones de la fuerza probable o de la capacidad de contraataque".[3] Como se ve, nos enfrentamos -como muy a menudo pasa en la experimentación animal -a situaciones no sólo sumamente crueles sino que, además,

---

[1] En esta parte, por la extensión de este artículo, haré sólo un registro muy resumido de algunos de los tratos crueles y torturas a las que son sometidos los animales no humanos. Para examinar con detalle este tema ver, por ejemplo, Singer, Peter, Liberación Animal, Trota, Madrid, 1999, págs. 61 a 202; Cavalieri, Paola y Singer, Peter (editores), El Proyecto "Gran Simio". Trotta, Madrid, 1998, págs. 349 a 376; Mosterín, Jesús, ¡Vivan los Animales!, Debate, Madrid, 1998, págs. 231 a 281; y Singer, Peter, Ética Práctica Cambridge University Press, 1995, págs. 81 a 85.

[2] Traducción del inglés "speciesism". Traducido al castellano también como especiecismo, el término fue acuñado por Singer y hoy se ha aceptado su uso general, incluyéndose en The Oxford English Dictionary. Puede conceptualizarse, muy sucintamente, como aquella forma de discriminación en base a la especie.

[3] Barnes, Donald, citado por Singer, Peter, Liberación Animal, ob. cit., pág. 64.

a pruebas inútiles cuya única justificación pareciera ser la mente enfermiza de torturadores profesionales.

Experimentación científica

El profesor Harry F. Harlow trabajó durante muchos años en el Centro de Investigación de Primates de Madison y fue editor de una prestigiosa revista de Psicología, pero lo que hizo que fuera tristemente célebre fueron sus estudios en primates sobre los efectos de la privación materna que comenzaron hace ya más de treinta años. Harlow ya ha muerto, pero sumados sus trabajos, los de sus seguidores y colegas -durante ese período- completan más de 250 experimentos de este tipo solamente en Estados Unidos.[4] Estos sometieron a miles de animales a procedimientos atroces que inducían angustia, desesperación, ansiedad, devastación psicológica general y muerte. Presuntamente, el objetivo de estos experimentos era observar la conducta que desarrollaban los monos al ser aislados desde su nacimiento y concluir, entonces, los efectos en un niño pequeño de la privación prolongada del cuidado materno. Basté describir algunos de los métodos ideados por estos científicos con el objeto de reproducir condiciones extremas de aislamiento para ver, además de la truculencia infinita, la inutilidad absoluta de dichas pruebas. Uno de los medios usados es la utilización de madres de trapo sustitutas que podían convertirse repentinamente en monstruos. En las propias palabras de Harlow: "El primero de estos monstruos era una mona madre de trapo que, programada o al recibir una orden, soltaba aire comprimido a alta presión y casi le arrancaba la piel al animal. ¿Qué hacía el bebé mono? Simplemente se agarraba con más y más fuerza a la madre, porque un bebé atemorizado se agarra a su madre pase lo que pase. No conseguimos psicopatología alguna. Sin embargo, no desistimos. Construimos otra madre monstruo sustituta que se mecía tan violentamente que la cabeza y los dientes del bebé castañeaban. Todo lo que el bebé hizo fue agarrarse con mayor fuerza aún a la sustituta. El tercer monstruo que construimos tenía incrustado dentro del cuerpo un marco de metal que saltaba hacia adelante y propelía al bebé fuera de su superficie ventral. El bebé se levantaba del suelo, esperaba a que los muelles se metieran de nuevo dentro del cuerpo de tela y volvía a agarrarse a la madre sustituta. Por último, construimos nuestra madre puercoespín. Al recibir una orden, esta madre sacaba afilados pinchos de metal por toda la superficie ventral de su cuerpo. Aunque los bebés se quedaban desconsolados ante estas puntiagudas expulsiones, simplemente esperaban hasta que los pinchos retrocedían, volvían y se agarraban a la madre"[5]

Experimentos similares se llevaron a cabo también ya no con madres sustitutas sino que con madres monas reales que habían sido criadas en aislamiento total y luego preñadas. El comportamiento observado fue desde madres que ignoraban a sus bebés cuando estos lloraban a otras que aplastaban el cráneo del bebé con sus dientes. Otros estudios idearon los denominados *"pozos de la desesperación"* o *"túneles del terror"* que tienen por finalidad reproducir condiciones de terror de tal envergadura que traigan como consecuencia la muerte psicológica. Pudiera pensarse que tanto sufrimiento produjo algún resultado; nada más alejado de la realidad. En efecto, después de largos años repitiendo una y otra vez los experimentos descritos y otros, los estudios llegaban a conclusiones tan irrisorias como la siguiente: *"El que (los resultados) puedan o no referirse específicamente a variables concretas como la forma de la cámara, el tamaño, la duración del encierro, la edad a la que se produjo, el entorno social anterior y/o subsiguiente o, más probablemente, a una combinación de éstas y otras variables, es una cuestión que hay que seguir investigando".*[6]

Experimentación cosmética

Una cantidad importante de productos cosméticos y para el hogar utilizan el denominado test de Draize. Este consiste en aplicar dosis exageradas del producto específico a uno de los ojos de un conejo inmovilizándolo mediante su colocación en un aparato que sólo deja fuera su cabeza. Este proceso se repite durante dos o tres semanas hasta producir úlceras, llagas, hemorragias y ceguera, mientras el otro ojo sirve como medición comparativa. A veces, producto del intenso dolor, los conejos se rompen la columna vertebral en sus inútiles intentos de liberarse.[7]

---

[4] *Singer, Peter, Liberación Animal, ob. cit., págs. 67 a 72.*

[5] *Ibid., pág. 69.*

[6] *Engineering and Science, citado por Singer, Peter, Liberación Animal, ob. cit., pág. 70.*

[7] *Ver Mosterín, Jesús, ob. cit., pág. 231 y 232.*

[8] *Cfr. Singer, Peter, Liberación Animal, ob. cit., págs. 95 a 98.*

[9] *Ver Singer, Peter, Liberación Animal, ob. cit., págs. 139 y siguientes.*

[10] *Las piezas de pollo -por ejemplo, los populares trutros- son a menudo partes de pollos dañados que no se han podido vender enteros.*

Quizás en este ámbito ha sido donde las protestas, denuncias, la trivialidad de estas pruebas y la oposición de los consumidores ha tenido mayor eco y repercusión en las empresas, las que atemorizadas por la negativa incidencia en su imagen pública, han optado por desarrollar métodos alternativos para probar la irritabilidad de sus productos,[8] sin embargo, la situación dista mucho de ser unánime.

Crianza Industrial de animales[9]

En este punto relataré, muy brevemente, las atroces condiciones en que son criados el pollo, el cerdo y el vacuno. Para empezar, hay que aclarar que todo el proceso previo a la pulcra carne que tenemos ante nuestros ojos es cuidadosamente ocultado y, por lo mismo, aún se mantiene una profunda ignorancia respecto de los procedimientos que la ganadería industrial utiliza y que nada tienen que ver con las idílicas imágenes de vacas pastando libremente, de gallinas escarbando en medio de la tierra, alimentadas natural y equilibradamente, que la propaganda nos muestra a cambio de una realidad aterradora que más parecido tiene a los campos de concentración que a cualquier otra cosa. Es posible que el lector se pregunte cuál es la razón del muy extendido consumo de pollo y de una producción cada vez más espectacular. La respuesta es muy sencilla: el primer animal que dejó las condiciones más o menos naturales de crianza fue, precisamente, el pollo. El gran descubrimiento fue, para desgracia de los intereses de los pollos, es que éstos podían ser criados bajo las condiciones más adversas e inhóspitas e igual sobrevivir en un número muy alto, lo que aseguraba una gran producción a costos bastante reducidos. En términos muy generales, la miserable vida del pollo puede describirse como sigue: Un criador de pollos recibe miles de pollos de un día de edad y los coloca en una nave larga sin ventanas tomando las medidas necesarias para que el crecimiento del pollo sea lo más rápido posible con un mínimo de maíz. La luz es regulada según el crecimiento del ave, llegando alrededor de las 6 semanas a ser mantenidas casi en absoluta oscuridad debido a que el altísimo grado de hacinamiento les produce un nivel grave de estrés que se traduce en agresiones y conductas de canibalismo. Estas últimas intentan evitarse mediante una práctica terriblemente dolorosa como es la del *corte del pico*, realizada mecánicamente a través de cuchillas calientes. Además de todo lo anterior, durante las siete u ocho semanas que las aves permanecen en sus baterías no se les retiran sus excrementos y, por lo mismo, sufren de afecciones pulmonares, patas ulceradas, ampollas en el pecho y quemaduras en los codos.[10] Para terminar, alrededor de las siete u ocho semanas (cuando la vida natural es de unos siete años) el pollo verá por primera vez la luz del día, pero no para tener un descanso en sus miserables vidas, sino que para iniciar el camino hacia la muerte. En efecto, serán puestos en minúsculas cajas para ser transportadas en camiones hasta las plantas de procesamiento donde, habitualmente, esperarán horas sin comida y sin agua hasta ser colgados violentamente boca abajo en las cintas transportadoras que los conduce al final de sus indecentes existencias. La crianza industrial además de provocar intensos sufrimientos a los pollos, frustra todos los instintos naturales de estas aves como andar, escarbar la tierra, revolcarse en el polvo, construir nidos, estirar las alas y establecer jerarquías.

En comparación con los pollos y los cerdos, el ganado vacuno criado para carne disfruta más de los espacios abiertos, pero transcurridos unos meses son encerrados y sobrealimentados para alcanzar el peso necesario para su venta. Además, es objeto de otras dolorosas prácticas como el corte de los cuernos, el marcado, la mutilación y la castración de los machos. Por último, las condiciones de traslado y transporte son altamente inhóspitas y peligrosas para las vacas. En efecto, el ganado que se sube por primera vez a un camión no sólo se siente aterrado sino que puede enfermar hasta la muerte. Los largos y extenuantes viajes traen como consecuencia que los animales puedan congelarse en invierno o colapsar por el calor y la falta de agua en verano. Durante el trayecto no son alimentados ni beben agua. Su debilidad provoca que se caigan y sean aplastados o asfixiados por sus compañeros de viaje y desdicha. La llegada al matadero tampoco es más alentadora: en casi todos estos recintos se les quita la vida a las vacas mediante la técnica del mazo y, producto de la rapidez con que debe hacerse y por el movimiento de los animales, muchos mazazos terminan atravesando un ojo o la nariz del animal y mientras éste se sacude de dolor habrá que darle varios golpes más para dejarlo inconsciente.

Consideración Moral de los Animales

Ante el tratamiento manifiestamente cruel que se da hoy a los animales "inferiores", surgen inevitablemente preguntas como: ¿Está bien tratar a los animales como *cosas? ¿Existe algo que tenga valor intrínseco más allá de los seres humanos?*

De acuerdo con la tradición judeocristiana dominante, tan sólo los seres humanos tenemos *valor intrínseco*, esto es, sólo nosotros tenemos aquel valor que nos permite considerar nuestra vida e intereses como importantes o deseables *en sí mismos*, de forma que el resto de la "creación" habría sido dada para nosotros y poseería, en contraste, tan sólo un valor instrumental como "medios para un fin", *nuestros fines*. Este tipo de moral, digamos "estrechamente humanista", que combina la exigencia del máximo respeto hacia nuestros congéneres y el más absoluto desprecio por los intereses de los demás seres vivos, parece hoy en día injustificable. Una ética a la altura de nuestro tiempo no puede obviar nuestra responsabilidad para con los animales, sobre todo respecto de los más próximos a nosotros y con una vida psíquica más rica, como lo son los mamíferos.

La historia nos muestra que, al igual como ha ocurrido con "minorías" como los negros, los indígenas, los judíos, las mujeres, etc., la larga disputa filosófica y moral tendiente a garantizarle o desconocerle derechos a otros seres por poseer ciertas "características" que los harían menos valiosos, no tiene justificación moral alguna. Así, la filosofía clásica europea ha intentado constantemente ignorar a los animales, confundiéndolos, como Descartes o Tomás de Aquino, con los minerales. Sin embargo, otros autores como Albert Schweitzer, o Jeremy Bentham, han considerado que el sufrimiento de los animales debe ser igualmente sopesado al considerar el valor moral de una acción. Poco a poco se ha ido imponiendo entre los éticos contemporáneos la intuición de que es moralmente inadmisible infligir sufrimiento innecesario a los animales. Incluso un judío

practicante y libertario como Robert Nozick considera que la libertad de cazar y matar por gusto es moralmente inadmisible, recomendando el vegetarianismo estricto. Peter Singer, uno de los más prestigiosos tratadistas de la actualidad en cuestiones de ética aplicada, ha iniciado, con su libro *Liberación Animal* (1971), la discusión y argumentación relativa a los derechos de los animales que hoy da lugar a una extensa bibliografía.

Singer considera que la capacidad de sufrir y de sentir dolor son las características centrales para determinar que es un mal moral, por lo que no lo son otros atributos como por ejemplo la sola pertenencia a una raza o especie. Esta argumentación ha servido para identificar una de las más antiguas e ignoradas forma de discriminación, el *especismo*. Este se sustenta sobre la base de una batería de argumentos teológicos relativos a su carencia de alma inmortal, racionalidad, autonomía y cultura que intentan explicar la inferioridad de estatus y justificar la existencia del grupo inferior por su función al servicio del grupo de estatus superior. Singer aclara que el especismo es más una forma de analfabetismo moral que biológico. "El problema ya no es tanto que las diferencias se exageren para hacernos creer que unos u otros no sufren tanto como parece, sino que se interpreta mal la relevancia moral de las diferencias".[11] ¿Existe alguna característica, capacidad o atributo en virtud de la cual se deba conceder derechos? ¿Se trata de características que poseemos todos los seres humanos y únicamente nosotros?

Respecto a la primera pregunta, esto es, respecto a que características deben ser consideradas a la hora de otorgar derechos, existen desde ya muchas respuestas. En efecto, se ha sostenido que para tener derechos un ser debe, entre otros caracteres, tener autonomía, conciencia de sí mismo, poseer la habilidad de respetar los derechos de los otros, tener una cierta noción de la justicia o conciencia moral, capacidades mentales como la anticipación, una memoria detallada y extendida, capacidad de elegir, de tener intereses, de poseer un lenguaje, de crear cultura, de utilizar herramientas, etc. Como se recordará, la concesión de derechos a los negros, a los indígenas, a las mujeres y a otras minorías históricamente reprimidas y explotadas se fundó en un principio, precisamente, en el hecho "científicamente" demostrable de que dichas minorías, en general, también poseían esas características y, además, que las poseían en igual medida. Las propiedades que históricamente han sido consideradas relevantes por los autores, para ser titular de derechos, son interminables, por lo que el problema está, al parecer, no en enumerar "capacidades" sino que en buscar las comunes a todos o, como lo ha hecho la filosofía moral contemporánea, en prescindir de ellas. En este sentido, frente a la segunda pregunta relativa a si todos los seres humanos y solo nosotros poseemos estas propiedades, ha sido ampliamente desarrollada por la reflexión moral contemporánea a través de la creación de una concepción abstracta y convencional llamada "principio de igualdad".

A la pregunta de ¿por qué blancos y negros, hombres y mujeres deben tener los mismos derechos? uno puede responder que es así porque se trata de seres similares o, si se quiere, iguales; en cambio los humanos y los no humanos son diferentes y no deben, por tanto, ser titulares de derechos. Ahora, ¿en qué somos iguales los seres humanos? Cuando decimos que todos los seres humanos, independientemente de su raza, credo o sexo, son iguales, ¿qué es lo que estamos afirmando? Claramente no nos referimos a una igualdad empírica o real, puesto que todos los seres humanos somos (incluso respecto de aquellas características consideradas usualmente como "clásicamente humanas") *distintos*. Si siguiéramos algún criterio empírico, deberíamos admitir que si se prueba que las diferencias de aptitudes tienen alguna conexión genética con la raza, el racismo de alguna manera podría ser defendible. De igual forma, tesis como estas podrían llevarnos a excluir a cierta clase de humanos que no poseerían la gran mayoría de las capacidades o aptitudes descritas como es el caso de los subnormales profundos, los comatosos y hasta los bebés.

No ha duda que muchos animales poseen las características enumeradas más arriba en mayor medida que cierta clase de seres humanos. Sin embargo, les otorgamos derechos sólo a los humanos y se los negamos a los animales. ¿Por qué? ¿Porque no poseen todas las propiedades necesarias para ser titulares de derechos? No, tan sólo por el hecho de que no pertenecen a nuestra especie. Ni todos los humanos ni todos los animales, ni siquiera los de una misma "raza" o "especie" tenemos todas las capacidades o atributos que usualmente nos ha exigido la filosofía moral para ser titulares de derechos. Ni el requisito kantiano de tener la capacidad de hacer elecciones morales ni el rawlsiano de tener un sentido de la justicia o "personalidad moral", son atributos de todos los seres humanos.[12]

Afortunadamente, hoy en día no hay necesidad de supeditar el tema de la igualdad a un resultado concreto de una investigación científica sobre la supuesta naturaleza y capacidades de los distintos seres humanos. "La respuesta adecuada a quienes pretenden haber encontrado pruebas de diferencias con base genética entre razas o sexos en lo relativo a *ciertas aptitudes* no consiste en aferrarse a la creencia de que la explicación genética tiene que ser errónea, aunque existan pruebas de lo contrario, sino más bien en dejar muy claro que el derecho a la igualdad no depende de la inteligencia, capacidad moral, fuerza física u otros factores similares. *La igualdad es una idea moral, no la afirmación de un hecho (...). El principio de la igualdad de los seres humanos no es una descripción de una supuesta igualdad real entre ellos: es una norma relativa a cómo deberíamos tratar a los seres humanos*".[13]

Así, el principio de igualdad se refiere a una *igualdad moral de consideración,* lo cual significa que, por un lado, la igualdad no puede fundamentarse en ningún tipo de equiparación real y, por otro, la aplicación de este principio entrega a los sujetos el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto y no a recibir un tratamiento igual o idéntico. La capacidad de sufrir y/o gozar es una de las principales características que otorga a un ser el derecho a una consideración igual. Este es un *requisito para tener cualquier otro interés*, una condición que tiene que satisfacerse antes de que podamos hablar con sentido de intereses. Frente a todos los seres vivos sensibles, debiera existir una igualdad de consideración frente al dolor ya que *el interés de evitar el sufrimiento es universal*, de manera que mientras sea del mismo tipo y de la misma intensidad, independientemente de quien lo padezca, tiene la misma relevancia moral. El filósofo español Jesús Mosterín, tratando de dilucidar la pregunta relativa a ¿quiénes son susceptibles de sufrimiento? sostiene que "*sólo los animales sufren*"[14] *y por ello, sólo los animales*

y todos los animales son importantes a la hora de extender la ética más allá de la especie humana. En efecto, es importante recalcar que la mayoría de los animales que el hombre utiliza para sí, son animales sensibles, provistos del sistema nervioso y neuronal que les permiten sentir dolor igual o más que nosotros.[15] La diferencia de capacidades sólo es relevante cuando afecta al tipo o intensidad del sufrimiento. Lo central es relacionar correctamente las capacidades y el dolor, así por ejemplo, "no puede justificarse la dolorosa amputación de la cola de algunos perros porque el gusto estético lo exige o tampoco puede sostenerse que es legítimo el corte de los picos de los pollos en las granjas industriales por la incapacidad avícola para la poesía (...) Estas diferencias en las capacidades justifican diferencias de *trato* pero no de *consideración moral;* el limitado entendimiento de los niños no hace que su dolor sea menos relevante".[16]

Por ello, cualesquiera que sean los criterios que escojamos, tendremos que admitir que no es posible establecer, con exactitud, una línea divisoria que separa a nuestra especie de las demás. Si bien para algunos es legítimo aducir que algunos rasgos de ciertos seres hacen que sus vidas sean más valiosas que las de otros, sin duda habrá algunos animales no humanos cuyas vidas, sea cual fuere el estándar utilizado, sean más valiosas que las de algunos humanos. Un chimpancé, un perro o un cerdo, por ejemplo, tendrán un mayor grado de autoconciencia y más capacidad para establecer relaciones significativas con otros que un recién nacido muy retrasado mentalmente o alguien en estado avanzado de demencia senil. Por tanto, si basamos el derecho a la vida en estas características tendremos que garantizárselo a estos animales en la misma medida.

Ahora, ¿adónde nos lleva esta argumentación? Nos parece que la respuesta puede ser sólo una: a ampliar nuestra esfera de inquietud moral hasta incluir a los animales no humanos, y dejar de tratar sus vidas como si fuesen algo utilizable para cualquier finalidad trivial que se nos ocurra. Puesto que las capacidades de los humanos y no humanos se solapan, no hay manera de trazar la frontera por criterios no especistas. Todo el movimiento antidiscriminatorio insiste en que consideremos a cada individuo por sí mismo, no por su pertenencia a uno u otro grupo, por lo que no podemos aplicar estándares distintos al sufrimiento de animales humanos y no humanos. "Todos nos sentimos obligados a alimentar a nuestros propios infantes más que a los del vecino, nadie criticaría a una madre que prefiera salvar primero la vida de su propio hijo en vez de la de otro niño. Lo que resulta moralmente intolerable sería robar la comida de los otros infantes para alimentar a los nuestros, o hacer sufrir a niños ajenos para diversión de nuestros propios hijos. Lo que es objetable en el especismo no es que dé más importancia a la propia especie que a la otras, sino que no dé ninguna importancia a las demás".[17]

El trato que damos a los animales no humanos no tiene mayor justificación que la de mantener los privilegios de nuestra especie a costa de otras que no pueden organizarse ni protestar. Debemos tomar en consideración el bienestar de todas las criaturas, pues nada es inaccesible a la muerte y todos los seres se gustan a sí mismos, todos evitan la destrucción y se aferran a la vida, *todas las criaturas amamos la vida.* Todos, animales y humanos, tenemos derecho a habitar el mundo y a buscar nuestro bienestar, sea que podamos o no luchar por él.

"Lejos está el día, y lamento decir que en muchos lugares ese día no ha pasado aún, en que la mayor parte de los individuos de nuestra especie han sido tratados por la ley, bajo la denominación de esclavos, exactamente al mismo nivel en que, en Inglaterra por ejemplo, son todavía tratadas las razas inferiores de animales... Los franceses ya han descubierto que la negrura de la piel no es razón para que un ser humano fuese abandonado sin remedio al capricho de un torturador. Puede que llegue un día, en que se reconozca que el número de piernas, la vellosidad de la piel, o la terminación del *os sacrum*, sean razones igualmente insuficientes para abandonar a un ser sensitivo a la misma suerte. ¿En qué otro lugar debiera tratarse la línea insuperable? ¿Es la facultad de razonar, o, quizás, la facultad del discurso? Pero un caballo o un perro en su pleno vigor son, sin comparación, animales más racionales, y más dialogantes que un niño de un día o una semana o hasta un mes de vida. Pero, supongamos que fuera ese el caso, ¿qué probaría eso? La cuestión no es, ¿pueden razonar? ni ¿pueden hablar?, sino ¿pueden *sufrir?*"[18]

---

[11] *Singer, Peter, Liberación Animal, ob.cit, pág 14.*

[12] *Es bien sabido que estos requisitos forman parte de una teoría normativa pero, sin embargo, poseen también un fuerte compromiso ontológico.*

[13] *Singer, Peter, Liberación Animal, ob.cit, pág 40.*

[14] *Mosterín, Jesús, Vivan los Animales, Editorial Debate, España, 1998, pág. 83*

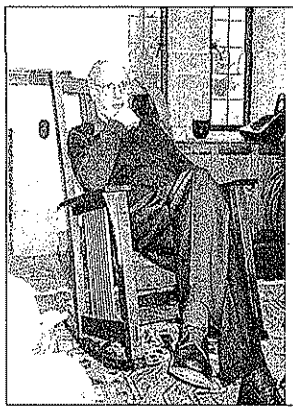
[15] *Ibid, Capítulo VI, "El dolor como alarma"*

[16] *Ver el prólogo de Casal, Paula al libro de Singer, Peter, Liberación Animal, ob. cit. , págs. 15 y 16.*

[17] *Mosterín, Jesús, Vivan los Animales, ob.cit, pág. 224.*

[18] *Bentham, Jeremy, Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1789) citado en Teorema Revista Internacional de Filosofía, Vol XVIII/3, Murcia, España, 1999, pág. 174 y 175.*

Contrapunto



OWEN FISS
ROBERTO SABA

"El valor de la libertad de expresión"

La libertad de expresión resulta ser uno de aquellos pilares fundamentales sobre los que se estructuran los sistemas democráticos modernos. Ella permite el libre flujo de ideas, el control del poder, el diálogo político e incluso la formación de la propia identidad individual y colectiva. A pesar de lo anterior, tanto la legislación como la jurisprudencia chilena no han sabido recoger y consagrar a la libertad de expresión como un valor fundamental de nuestro sistema democrático, afectando con ello, la misma viabilidad de la participación ciudadana y del control del poder público. A la luz de lo anterior, Apuntes de Derecho decidió dedicar su contra-punto al valor de la libertad de expresión y a las problemáticas asociadas a su efectiva consagración. Owen Fiss y Roberto Saba -destacados académicos especialistas en la materia- conversan con Apuntes de Derecho sobre la fundamentación, las restricciones y los conflictos que la libertad de expresión enfrenta en contexto de sociedades abiertas a la libre discusión y el rol que en ellas juegan los tribunales de justicia, el legislador, el periodismo y la sociedad civil en general.

Entrevista Contrapunto por Andrea Repetto

APUNTES DE DERECHO

¿Podría definir la libertad de expresión en términos de un derecho individual, como una potestad derivada exclusivamente de nuestra calidad de seres morales autónomos o si, al contrario, considera la libertad de expresión más bien como un valor que resulta especialmente relevante en las sociedades democráticas?

OWEN FISS: La libertad de expresión es tanto un principio filosófico como una norma Constitucional. En este último sentido, se pretende precisamente fortalecer y dar continuidad al sistema democrático. Cabe señalar, además, que es la "Libertad de Expresión" la que asegura a los ciudadanos la obtención de la información e ideas necesarias para poder ejercer sus derechos como seres soberanos.

ROBERTO SABA: El derecho a la libertad de expresión *es* un derecho individual, sólo que a fin de determinar los límites de la regulación estatal que se haga de él debemos recurrir a su justificación y fundamento. En este sentido, es posible identificar, al menos, dos formas de justificar este derecho que conducen a dos modos diferentes de articular su regulación. Una forma clásica de entender el derecho a la libertad de expresión tiene que ver con la protección de la capacidad de todo ser humano de determinarse autónomamente. Es decir, la expresión de nuestras creencias, emociones o ideas forma parte de nuestro desarrollo como individuos libres, autónomos. En este sentido, y de acuerdo con lo que Berlin entiende como libertades negativas, la libertad de expresión requiere de una casi nula interferencia estatal. Es muy complicado, casi imposible desde este punto de vista, pensar en alguna justificación que permita poner límites a la expresión individual, a menos que ella, como cualquier ejercicio de la autonomía personal, derive en la afectación de la autonomía de terceros. Uno de los casos "test" más ejemplificativos es el de la regulación de la propiedad de medios o de la programación que se presente en televisión. Bajo una concepción de la libertad de expresión asociada a la autonomía personal sería imposible poner límites a la propiedad de medios de comunicación o establecer reglas que rijan el contenido de lo que se muestra en televisión. Como manifestación de la autonomía, la libertad de expresión sería prácticamente ilimitada.

Una segunda forma de entender la libertad de expresión es la que la asocia con la necesidad de contar, en un sistema democrático, con un robusto intercambio de ideas. La democracia, desde este punto de vista, es un sistema de autogobierno por el cual la ciudadanía decide colectivamente cuáles son las reglas que regirán su vida como comunidad política. Este autogobierno requiere que la ciudadanía se embarque en una empresa epistemológica acerca de cuáles son las mejores respuestas a problemas públicos. Esta búsqueda se enriquece en la medida en que el intercambio de ideas y perspectivas es más variado y representativo de la diversidad de puntos de vista existentes en una sociedad determinada y se empobrece cuando esos puntos de vista se reducen en cantidad y variedad. El problema serio es, desde esta visión democrática de la libertad de expresión, que el empobrecimiento del debate público deriva en el mal funcionamiento del sistema político y en la calidad de las decisiones a las que se arribe en forma colectiva. La libertad de expresión, desde esta visión, no es sólo y excluyentemente un derecho a la autodeterminación autónoma de la persona sino que se constituye fundamentalmente como precondición del sistema democrático. Como dije al principio, cada lectura de lo que en realidad se protege con el derecho a la libertad de expresión impacta sobre la regulación estatal permitida. Así, esta segunda forma de ver la libertad de expresión dará lugar a una regulación estatal que tienda a robustecer el debate público. Volviendo a nuestro ejemplo de los medios, la libertad de expresión como precondición de la deliberación pública que requiere la democracia como sistema de autogobierno ciudadano, permitirá poner límites a la propiedad de esos medios a fin de evitar la concentración en unas pocas manos (de modo que sólo se puedan expresar unas pocas voces), o permitirá establecer pautas acerca del contenido de la programación televisiva de forma que los ciudadanos tengamos acceso a la mayor variedad posible de puntos de vista (en lugar de regirse exclusivamente por lo que las reglas del mercado demandan en función del principio de maximización del beneficio).

Yo creo que esta segunda forma de entender la libertad de expresión es la correcta dado el sistema político que nuestras constituciones han establecido. Además, la protección de la expresión como autodeterminación y ejercicio de la autonomía personal puede encontrarse en la protección que la mayoría de las constituciones occidentales establecen cuando se refieren a la privacidad y la libertad de conciencia.

APUNTES DE DERECHO

¿Cómo esa consideración podría afectar a la plena operatividad de la idea de libertad de expresión cuando ésta choca con otros valores que la sociedad considera relevantes? Un ejemplo de estos valores que pudiera chocar con la libertad de expresión es el respeto por ciertos grupos étnicos o religiosos, que se sienten ofendidos por una expresión, aunque no "dañados" en términos de derechos individuales específicos.

OWEN FISS: En la búsqueda de una definición para la Libertad de Expresión, en algunas ocasiones, ésta va a chocar con otros valores. Cuando hablamos de la instigación al disturbio que es una forma de expresión, ella, sin embargo, puede ser restringida para proteger el orden público. De manera que la libertad de expresión puede entrar en conflicto con otros valores constitucionales, como la igualdad. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando en el ejercicio de expresar u opinar, ciertas personas difamen o desprestigien una religión o raza de tal forma que este tipo de expresión ponga en peligro la reputación de dicho grupo.

En resolución de conflictos de esta magnitud, entre libertad de expresión e igualdad, las Cortes debieran guiarse por tres principios. En primer lugar, el simple hecho que alguien se sienta ofendido o esté en vehemente desacuerdo por un pronunciamiento nunca es una razón suficiente para intervenir en ese acto. Es posible percibir, entonces, que la igualdad como norma constitucional estaría genuinamente amenazada. El segundo principio dice relación con la premisa que establece el deber de "no asumir automáticamente que la libertad de expresión tiene prioridad por sobre la igualdad", es decir si consideramos hipotéticamente un orden jerárquico entre estos valores la libertad de expresión vendría primero. De manera que, la igualdad es tan esencial para la democracia como la libertad. Por último, la igualdad debiera ser considerada como un elemento de la expresión, y lo que inicialmente podría parecer una colisión entre libertad e igualdad es en la actualidad un choque entre libertad y libertad.

A consecuencia de lo anterior, la expresión de algunos posiblemente silenciara a otros. El modelo sistemático de expresión racista puede, por ejemplo, forzar las minorías a retirarse del debate público. Pornografía, por otro lado, podría crear y mantener la imagen de la mujer como un objeto sexual, y por ende disminuir su capacidad de contribuir en la discusión pública. El sector rico de la población ha invertido ilimitadas cantidades de dinero en campañas electorales y en cierta forma podría callar la voz de los pobres. Sin embargo, lo que se busca con la protección constitucional de la expresión es precisamente asegurar un fuerte debate público, aun cuando los ejemplos recién citados nos demuestran como la no - regulación del ejercicio de la expresión en algunos de sus aspectos y su libertad, en la actualidad, tan solo logran empobrecer el debate público.

ROBERTO SABA: El mero hecho de sentirse "dañado" por una expresión no puede implicar una justificación para limitarla, del mismo modo que el sentirse afectado por la conducta de terceros no puede ser la única razón que permita prohibir esa conducta o autorice el reclamo de una compensación posterior. Yo puedo sentirme muy afectado por considerar que la forma en que usted se viste hiere las más básicas reglas de la estética, y eso a mí me daña profundamente, pero eso no puede ser suficiente para justificar una regulación respecto de la vestimenta de la gente. El daño debe ser real y debemos ser capaces de establecer standards para determinar cuándo y de qué modo ese daño tiene lugar. La concepción de la libertad de expresión como precondición necesaria para el funcionamiento pleno de la democracia deliberativa como forma de autogobierno presupone un standard claro en ese sentido. Según este, la expresión sólo será protegida en la medida en

que no se transforme en un elemento "silenciador", como diría Fiss, de la expresión de otros. Permítame presentar el siguiente ejemplo: supongamos que estamos en una clase donde, utilizando el método socrático, todos los estudiantes presentan sus ideas y puntos de vista para ir acercándose colectivamente a las posibles respuestas que la materia en estudio presenta. Asumamos también que la clase sólo dura un par de horas, que tenemos límites de tiempo en nuestro debate. No parece ser justo que uno de los participantes de la discusión hable durante una hora y media mientras el resto se priva de escuchar otros puntos de vista. Supongamos que la clase cuenta con un gran número de alumnos en un aula enorme donde sólo se hacen escuchar aquellos que han sido capaces de adquirir un micrófono, mientras que otros no logran hacer escuchar su voz por razones "técnicas". Supongamos que el 90% de las voces pertenecen a la mayoría blanca masculina de la clase; ello obviamente no será un contexto propicio o "amigable" para que la minoría indígena, homosexual o femenina tenga el valor de manifestar su opinión. Aunque resulta terrible desde el punto de vista individual que una persona no tenga el valor o la posibilidad de expresarse, desde el punto de vista del sistema democrático, lo terrible es la privación del debate público de contar con ese punto de vista como una opción a ser considerada para la toma de la decisión pública. El estado, bajo esta concepción de la libertad de expresión, operaría como un *"referee"* que asigna la palabra, distribuye el micrófono, impone límite a las voces más poderosas y da lugar a la expresión de los más débiles, todo con la finalidad de robustecer el debate público y así mejorar la calidad de la decisión de autogobierno. Es necesario agregar que esto también implica que expresiones que podemos considerar personalmente atróces deberían permitirse si ellas no conllevan al silenciamiento de nadie.

APUNTES DE DERECHO

¿Cómo vincula usted la conexión existente (o inexistente) entre libertad de expresión e igualdad en aquellos casos en que la opinión de las mayorías tienden a imponer un "discurso social" por sobre las minorías?

OWEN FISS: Los sectores políticos del Estado son muy sensibles y perceptivos al sentimiento de la mayoría y producto de esta capacidad pueden actuar como enemigos de la libertad de expresión. Los Políticos buscarán silenciar a las minorías, o a aquellos que fuertemente critican políticas predominantes o del ámbito cultural. En esa instancia, debemos contar con el sistema judicial, el más independiente de todas las instituciones estatales, para apoyar la Constitución y proteger la Libertad de Expresión. En otros casos, a modo de ejemplo, cuando intentan corregir la concentración de los medios de comunicación y crear accesos para las voces disidentes, algunos sectores políticos buscan maneras de aumentar las fronteras de la libertad, y en ese sentido sus acciones deberán ser respetadas por el Poder Judicial.

ROBERTO SABA: La regla de la mayoría como mecanismo para la toma de decisiones en un sistema democrático es profundamente imperfecta, pero es la mejor forma conocida por los seres humanos para acercarse al ideal de discusión moral que emula la deliberación democrática. Es bueno recordar que una regla de consenso redunda en el otorgamiento de un poder enorme y desproporcionado a las minorías que tendrían un permanente poder de veto sobre la decisión y preferencias de las mayorías. Sin embargo, nuestras democracias constitucionales, a la vez que otorgan este poder a las mayorías, también les imponen un límite: el límite constitucional que implica el respeto de los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la libertad de expresión. Las mayorías, en una democracia, tienen el poder de tomar las decisiones pero no *cualquier* decisión: sólo aquellas que no sobrepasan los límites constitucionales. Este límite constitucional es algo usualmente olvidado o subestimado en nuestras democracias Latinoamericanas tan propensas a pasar del populismo (mal llamado democracia) a la dictadura, del poder total a la mayoría al poder total de la minoría, olvidando que una democracia constitucional implica un sistema de gobierno por regla de mayoría con límite constitucional. La libertad de expresión es uno de esos límites constitucionales al ejercicio de la democracia y uno de los instrumentos más importantes para asegurar una igual libertad a cada individuo para participar del proceso democrático de toma de decisiones. La libertad de expresión, entendida como expresión de la autonomía (aquella a la que me referí al comienzo de la entrevista como la primera forma de entender la libertad de expresión), deja poco espacio para la protección de las minorías en el ejercicio de su derecho. Esa libertad (negativa) a la expresión deja a cada ciudadano librado a ejercer este derecho del modo en que pueda, y ello puede debilitar el debate democrático. La libertad de expresión como precondición de una deliberación pública robusta permite asegurar a todos una participación igualitaria en el debate y en el proceso democrático de toma de decisiones.

APUNTES DE DERECHO

¿Qué elementos, en su opinión, son necesarios e indispensables para construir, o al menos idear, una protección sólida y fuerte a la libertad de expresión en las actuales sociedades democráticas?

OWEN FISS: Como cualquier garantía constitucional, la implementación de la libertad de expresión debe contar con la sabiduría, sensatez y fuerza del Poder Judicial. En algunas situaciones, este poder debe mantenerse al margen de los sectores políticos, y en otros deberá agresivamente interferir. De todas formas, no obstante lo anterior el control tiene que ser el mismo. El Poder Judicial debe entender que la Libertad de Expresión es una idea política, un instrumento democrático fundamental para los propios gobiernos y es usado para proteger esas prácticas, pero solamente aquellas prácticas que acrecientan y enriquecen el debate público. El Poder Judicial debe velar por esto, en las palabras de uno de nuestros jueces en Estados Unidos "Juez Brennan", la discusión y el debate sobre asuntos de importancia nacional deben ser "desinhibidos, robustos y completamente abiertos".

ROBERTO SABA: Creo que debemos hacer el esfuerzo por considerar a la libertad de expresión en términos más amplios que a los que estamos acostumbrados en América Latina. Es lógico que en un contexto donde los periodistas que critican a aquellos que tienen más poder son censurados o hasta asesinados, la libertad de expresión se asocie con la libertad de prensa y la protección del periodismo. Sin embargo, ello es insuficiente y, a veces, autofrustrante de la misma empresa dedicada a la protección de la libertad de expresión. En nuestros países el estado ha sido muchas veces considerado un enemigo de la libertad de expresión. En general, aquellos que bienintencionadamente reclaman un mayor goce de este derecho exigen una casi inexistente interferencia estatal y regulación pública del ejercicio de la libertad de expresión. La paradoja es que este reclamo por el retiro del estado, fundado en una presunción en su contra, lleva a que grupos privados poderosos limiten la expresión de los que tiene menos poder o que las reglas del mercado decidan cuál será el grado de robustez del debate público. La concentración de la propiedad de los medios de comunicación en pocas manos y la dificultad para acceder a la expresión y a la información en América Latina son obstáculos al ejercicio del derecho que sólo pueden removerse con la participación del estado. El estado puede ser un amigo de la libertad de expresión y no necesariamente su enemigo. El estado no debe renunciar a la regulación del derecho sino que debe asumir, y debemos hacerle asumir, el rol de "referee" que mencioné anteriormente. La falta de intervención estatal se convierte así en una forma de violación de la libertad de expresión por omisión que conduce a una grave distorsión del debate público, impide el autogobierno de la ciudadanía y viola el principio de igualdad ante la ley.