

**LA HORA DEL DERECHO:
LOS ‘DERECHOS HUMANOS’
ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO***

Fernando Atria

Este artículo discute las estrategias que sucesivos gobiernos democráticos han seguido para enfrentar el problema de las ‘violaciones a los derechos humanos’. Para eso distingue dos estrategias, una política (ejemplificada con la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación) y una jurídica (judicial). Habiendo distinguido estas dos estrategias, la estrategia judicial, que ha resultado ser la dominante, es críticamente analizada. Ignorando completamente la crítica tradicional a esta estrategia (que ella ‘mantiene las heridas abiertas’), el autor identifica los riesgos que la judicialización del problema de los ‘derechos humanos’ envuelve tanto para el derecho como para los llamados ‘derechos humanos’. El artículo termina defendiendo una concepción particular de lo que la reconciliación es y proponiendo vías que permiten contribuir a ella.

FERNANDO ATRIA. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Ph. D. University of Edinburgh. Profesor de Derecho en la Universidad Adolfo Ibáñez.

*Este artículo continúa el argumento desarrollado en “Legalismo, Política y Derechos” (2003), en algún sentido haciendo explícito lo que se anuncia como escondido en su nota 47 (p. 121). Agradezco los comentarios de José Joaquín Brunner, Rodrigo Correa, Lucas Sierra e Ignacio Walker. Estoy especialmente en deuda con María Inés Horwitz, cuyos comentarios me ayudaron a identificar insuficiencias o errores en la argumentación. En algunos casos, sin embargo, insistí en mis ideas originales a pesar de la diferencia con estos amigos, y por eso las ideas contenidas en este artículo no pueden serles imputadas a ellos. Versiones preliminares de este texto fueron discutidas en el seminario “Law Time and Reconciliation” (Tilburg, mayo 2003) y en el seminario en América Latina de Teoría Legal y Constitucional CELA (Cuzco, junio 2003). Este artículo es parte del proyecto FONDECYT N° 1010467.

En cada hombre hay algo sagrado.
 Pero no es su persona.
 Tampoco es la persona humana.
 Es él, ese hombre, simplemente.

SIMONE WEIL, *La Personne et le Sacré* (1950).

Introducción

El día después que fuera investido Presidente de Chile, Patricio Aylwin dijo en una manifestación en el Estadio Nacional:

Desde este lugar, que en tiempos tristes de oscuro odio fue para muchos chilenos un lugar de detención y tortura, decimos a todos los chilenos y al mundo que nos mira: ¡Nunca más! ¡Nunca más ataques contra la dignidad humana! ¡Nunca más odio fratricida! ¡Nunca más la violencia entre hermanos!¹

Esta es la finalidad de lo que se ha llamado ‘justicia de transición’. Me parece axiomático que los nuevos gobiernos democráticos tienen una responsabilidad específica de ‘solucionar’ lo que llamaré por ahora ‘el problema de la transición’ con una meta preferente, la de ‘nunca más’². Desde luego, identificar la meta preferente no nos provee de mucha guía en cuanto a decisiones específicas, porque cuál, precisamente, es la mejor manera de garantizar que ‘nunca más’ es un problema de juicio y conflicto político.

Esto es a veces discutido en términos de una justificación ‘preventivista’ de la sanción penal para los ‘violadores de derechos humanos’, utilizando el mismo argumento que a veces se usa para justificar la punición de delitos en circunstancias de normalidad. Un ejemplo de esta forma de discutir el problema es el caso de Jon Elster, que, después de haber identificado “la necesidad de prevenir hechos futuros” como un argumento para sancionar violaciones a los derechos humanos se pregunta “si este argumento normal del derecho penal ordinario se aplica a las circunstancias especiales de la justicia de transición”³. Elster luego se responde, razona-

¹ Aylwin, *La Transición Chilena: Discursos Escogidos* (1992), pp. 20-21.

² La etiqueta habitual para lo que por ahora llamaré ‘el problema de la transición’ es ‘violaciones a los derechos humanos’. Una de las cuestiones principales que quiero defender en este artículo es que esta es una etiqueta perversa. Mientras el argumento no esté completo, sin embargo, usaré a veces la etiqueta habitual (usando comillas para marcar mi incomodidad) y algunas veces la fórmula más aséptica ‘problema de la transición’.

³ Elster, “Retribution in the Transition to Democracy” (2001).

blemente, que no se aplica, y cree que eso resulta relevante para determinar que la sanción de estos hechos tiene problemas especiales de justificación. Elster nos recuerda la afirmación de Otto Kirchheimer, quien sostuvo que al sancionar a los criminales de guerra

podría salirnos el tiro por la culata, sin embargo, si eso indujera a los líderes de una futura guerra a luchar hasta el final en vez de rendirse y enfrentar posibles acusaciones de crímenes de guerra⁴.

Pero la razón por la cual Elster acepta tan rápidamente el argumento de Kirchheimer es la asimilación que el propio Elster hace del argumento prevencionista aplicable al problema de la transición. Como espero que quede claro al final de este artículo, creo que los líderes a cargo de un proceso de transición tienen un deber prevencionista especial (expresado en la promesa del Presidente Aylwin), pero que ese deber prevencionista especial no es reducible ‘al argumento normal del derecho penal ordinario’. El argumento prevencionista ordinario funciona *a través* del derecho: es la continua vigencia del derecho lo que mantiene viva la amenaza en la que se basa. Como los hechos a los que se refiere la etiqueta ‘violaciones a los derechos humanos’ ocurren no en momentos de vigencia normal sino de suspensión del derecho, la amenaza prevencionista no es creíble. Por eso la importancia especial, *constitutiva* de la promesa ‘nunca más’ de Aylwin supone que no es el derecho el llamado a redimirla. Eso explica por qué lo que discutiremos en este artículo no es el problema jurídico de asignar el código legal/ilegal a esos hechos, sino el rol del derecho mismo en relación con el problema de la transición.

En la primera sección, discutiré las características centrales de la estrategia dualista seguida por el gobierno chileno post-dictadura para enfrentar el problema de la transición; en la segunda intentaré explicitar la diversas maneras de *comprender* el ‘problema de la transición’ que cada una de esas estrategias presupone; luego argumentaré que la estrategia que en definitiva ha resultado ser la más aceptada, la de judicializar el problema, es inconveniente en dos sentidos: porque arriesga el derecho (tercera sección) y porque arriesga lo que acostumbramos denominar ‘derechos humanos’ (sección cuarta). Al final de la cuarta sección espero que sea claro el sentido en que las dos estrategias para enfrentar el problema de transición entienden la idea de derechos humanos en formas distintas, y por eso difieren en qué cuenta (o contaría) como garantía suficiente de la promesa

⁴ Kirchheimer, *Political Justice*, citado por Elster, “Retribution in the Transition to Democracy” (2001).

de Aylwin, ‘nunca más’. En la última sección ensayo algunas ideas sobre qué hacer para evitar los problemas identificados en las secciones anteriores.

I. CHILE BAJO AYLWIN: ENTRE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA Y LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN

La estrategia del gobierno de Aylwin para honrar su promesa de *nunca más* tenía dos pilares. Por un lado, el gobierno quería facilitar la investigación judicial de casos individuales y la determinación de responsabilidades criminales. Para esto la Concertación programaba limitar la jurisdicción de los tribunales militares (que actuaban y siguen actuando más como encubridores que como tribunales⁵) y derogar ‘o anular’ el DL 2191 de 1979, la ley de auto-amnistía del gobierno militar.

Pero éste no fue el foco más importante para el gobierno de Aylwin, al menos en esos primeros años de los ‘90. El gobierno también convocó una comisión especial, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, para estudiar el problema. La Comisión estaría conformada por “personas de reconocido prestigio y autoridad moral en el país”, nombradas para que “reciban, recojan y analicen todos los antecedentes que se les proporcionen o puedan obtener sobre las más graves violaciones a los derechos humanos”⁶. El Decreto Supremo que creó la Comisión fue dictado con fecha 25 de abril de 1990, y ordenó a la Comisión producir un informe en el plazo de seis meses (permitiendo, sin embargo, una extensión de tres meses si la Comisión lo consideraba necesario). El informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación fue finalmente presentado al Presidente el 8 de febrero de 1991.

Estas dos preocupaciones originales del gobierno del Presidente Aylwin parecen ser buenos ejemplos de las dos formas en que el problema de las ‘violaciones a los derechos humanos’ ha sido discutida en Chile. Ellas reflejan una tensión entre lo que podríamos llamar una estrategia

⁵ El Auditor General del Ejército, Fernando Torres Silva (que en tal calidad integraba la sala respectiva de la Corte Suprema cuando se conocía de un recurso en contra de una resolución dictada por un tribunal militar) fue condenado como encubridor en el caso del homicidio del sindicalista Tucapel Jiménez (rol N° 1643-1982: sentencia de primera instancia, 5 de agosto de 2002; segunda instancia, 12 de junio de 2003). Haga el lector una pausa para reflexionar sobre lo que esto significa: un integrante (ocasional) de la Corte Suprema condenado por encubrimiento. Recientemente el ex presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, Carlos Cerda, ha dicho que “la justicia militar, por su conformación, no da garantía [...] de independencia e imparcialidad” (declaración a Radio Cooperativa, reproducida en *El Mercurio*, 8 de julio de 2003).

⁶ DS 355 (Ministerio de Justicia), 25 de abril de 1990, N° 8; Cfr. Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe* (1991), p. vii (también conocidos como “Comisión Rettig” e “Informe Rettig”).

‘jurídica’ y una ‘política’, tensión que ha sido una característica persistente del intento chileno para resolver el problema de la transición⁷.

Las dos estrategias han sido en general entendidas como dos caminos diferentes hacia la misma destinación, y no como la expresión de dos visiones opuestas acerca de qué cuenta como (parte de) una ‘solución’ al problema de la transición. De hecho, la idea de que estas dos estrategias son substantivamente equivalentes es explícita en la justificación ofrecida por el Presidente Aylwin para convocar a la Comisión. En el decreto presidencial que crea la Comisión, el Presidente Aylwin acepta

que el juzgamiento de cada caso particular, para establecer los delitos que puedan haberse cometido, individualizar a los culpables y aplicar las sanciones que correspondan, es atribución exclusiva de los Tribunales de Justicia⁸.

Y la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación no era una corte especial. Ella, por lo tanto, no tenía atribuciones para juzgar responsabilidades individuales. A pesar de esto la Comisión era necesaria, para poder configurar una versión ‘oficial’, lo que el DS 355 llamó ‘un serio concepto colectivo’ de los hechos constitutivos de las ‘violaciones a los derechos humanos’ (Nº 6). Pero el *tipo* de ‘versión oficial’ que se esperaba que la Comisión produjera no era distinto de lo que produciría eventualmente la acción de los tribunales decidiendo caso a caso. Los tribunales de justicia podrían por sí solos, al menos en principio, llegar a ese mismo concepto colectivo, pero ello tomaría demasiado tiempo y Aylwin creía que era urgentemente necesario:

el ejercicio de las acciones judiciales para dichos efectos [*i.e.* para el juzgamiento de cada caso particular], no permite esperar que el país pueda lograr una apreciación global sobre lo ocurrido en un plazo más o menos breve [y] la demora en la formación de un serio concepto colectivo al respecto es un factor de perturbación de la convivencia nacional y conspira contra el anhelo de reencuentro pacífico entre los chilenos⁹.

⁷ Al llamar a una estrategia ‘jurídica’ y a la otra ‘política’ no estoy suponiendo que lo jurídico no sea, en algún sentido, político. Estoy simplemente utilizando las etiquetas de acuerdo a su significado superficial. En realidad la cuestión es notablemente compleja, porque veremos que lo que llamamos ‘violaciones a los derechos humanos’ no puede ser entendido jurídicamente (y sí políticamente). En la medida en que el lenguaje jurídico no permite y el político sí permite referirse al Terror, hay una diferencia entre el derecho y la política. Pero paradójicamente, si esto es correcto, entonces lo jurídico es efectivamente político, en tanto refleja una manera (controvertida) de entender el pasado. Por estas razones (y en este sentido) seguiré utilizando estas etiquetas.

⁸ DS 355, Nº 4; *Cfr.* Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe* (1991), p. vii.

⁹ DS 355, NNº 5-6.

La forma de funcionamiento de los tribunales de justicia no permite esperar, creía el Presidente Aylwin, que la versión judicialmente producida se obtendría en un plazo más o menos breve, y causa daño a la convivencia nacional el no disponer de una versión oficial sin demora. En otras palabras: si no fuera por el hecho de que los procedimientos judiciales tardan tanto, el trabajo de la Comisión Rettig no hubiese sido necesario. Lo que se le pedía a la Comisión era algo que las decisiones judiciales hubiesen producido de todos modos: ambas conducirían a la formación de ‘un serio concepto colectivo’, pero aquélla sería más rápida que éstas y evitar ‘la demora’ era importante. En este sentido es posible decir que desde el principio estuvo presente la idea de que las estrategias jurídica y política eran substantivamente equivalentes, que el *Informe* de la Comisión Rettig era un equivalente funcional de las decisiones jurisdiccionales.

La idea de que estas dos estrategias llevan al mismo objetivo a través de diversos caminos explica quizás el hecho de que durante los últimos 13 años las dos han reaparecido constantemente en el debate político. Aunque éste no es el lugar para explicar los detalles de la evolución del problema de la transición en la política chilena, es fácil distinguir dos líneas paralelas: la primera es la línea jurídica, judicial. Aquí el punto de partida en 1990 no era particularmente alentador, con la mayoría de los casos bajo la competencia de tribunales militares y una mayoría de jueces de la Corte Suprema a favor de aplicar el DL 2191 con el fin de cerrar tan pronto como fuera posible los casos investigados. En marzo de 1991 el Presidente Aylwin (también un prestigioso profesor de derecho administrativo) envió una carta a la Corte Suprema explicando por qué, en su opinión, el DL 2191 no impedía a los jueces la determinación de responsabilidades penales individuales¹⁰. La (heterodoxa) carta del Presidente logró su objetivo y muchos tribunales han acogido lo que se ha denominado la ‘doctrina Aylwin’¹¹. Como consecuencia de esto, los procesos han permanecido abiertos y en muchos de ellos se ha sometido a proceso a miembros del

¹⁰ La ‘tesis Aylwin’ era que la amnistía debía ser aplicada, pero sólo una vez agotada la investigación y establecidas las responsabilidades criminales individuales. El oficio presidencial, N° 91/719 de fecha 4 de marzo de 1991, está disponible en el Archivo Presidencial de la Corporación Justicia y Democracia, con el N° 3231. En él Aylwin manifestaba al presidente de la Corte Suprema que “no dejaría tranquila mi conciencia si no hiciera presente al Excmo. Tribunal que, en mi concepto, la amnistía vigente, que el Gobierno respeta, no debe ni puede ser obstáculo para que se realice la investigación judicial y se determinen las responsabilidades que correspondan, especialmente en los casos de personas desaparecidas” (p. 2, párr. 7).

¹¹ Véase Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003* (2003), p. 138. Ha habido decisiones judiciales que no acogen la doctrina Aylwin, véase *Ibid.*, p. 138 n 6.

ejército (aunque por ahora pocos casos, ninguno del período cubierto por el DL 2191¹², han terminado con condenas firmes).

La estrategia política ha sido mucho más problemática. Desde la promesa programática de la Concertación de buscar la derogación o nulidad del DL de amnistía, rápidamente abandonada, hasta las iniciativas todavía en marcha para producir un amplio acuerdo que permita de una vez ‘cerrar’ la transición a la democracia¹³, ha habido muchos intentos de tomar decisiones políticas sobre el problema, que sin excepción han fracasado. El fracaso de una iniciativa política tras otra ha conducido a la impresión general de que la única decisión que tiene alguna posibilidad de éxito es la de no adoptar *ninguna* decisión al respecto, lo que en realidad significa, por descarte, que cualquier solución vendrá de decisiones judiciales en casos particulares.

Es un hecho curioso (o quizás simplemente confirmación de la percibida equivalencia funcional de ambas estrategias) que las estrategias política y jurídica son normalmente entendidas en términos de la otra: lo jurídico es entendido políticamente porque enjuiciar a los perpetradores es importante no tanto por el significado que la sentencia tenga para los hechos probados del caso particular, sino por su contribución al ‘concepto colectivo’ del que hablaba Aylwin; lo político es entendido en términos jurídicos, en el sentido de que es demandado o rechazado no por su relevancia para la formación de ese concepto, sino por su impacto en casos individuales que están o se espera que estarán sujetos a procesos judiciales (*i.e.* porque implicará alguna forma de ‘punto final’ o limitaciones a los juicios en curso).

En esta situación cualquier posibilidad de entender el problema de las ‘violaciones a los derechos humanos’ como un problema colectivo, de la *polis* chilena, antes que como un conjunto de problemas particulares entre las víctimas y los imputados se ha esfumado. Es notable que hace unos meses, cuando la idea de una ‘solución política’ al problema de la transición fue mencionada en el debate público (cuando el caso Pinochet estaba todavía pendiente) ella fue rechazada de plano, incluso antes de que los contenidos posibles de esa ‘solución política’ fueran especificados.

¹² Salvo el correspondiente al asesinato en Washington del ex Canciller Orlando Letelier y su asistente, Ronnie Moffit, al cual el DL 2191 de 1978 era explícitamente inaplicable (véase DL 2191, art. 4).

¹³ Al momento de escribir estas líneas ha aparecido en los diarios la noticia de que la Ministra de Defensa, Michelle Bachelet (ella misma la hija de un general constitucionalista que fue asesinado después del 11 de septiembre), y miembros de las fuerzas armadas estarían negociando la realización de un acto común de conmemoración de los 30 años del golpe de Estado (común, esto es, entre las fuerzas armadas y las víctimas del Terror).

Y así hemos llegado al día de hoy (con un giro adicional que será mencionado en la cuarta sección), hasta que la próxima condena o absolución de alto perfil ubique al tema en la cima de la agenda política. No es difícil anticipar lo que probablemente sucederá: más exigencias de una ‘solución política’, y más rechazos de plano a *cualquier tipo* de solución política sobre la base de que será o al menos implicará alguna forma de ley de ‘punto final’.

II. LA HORA DEL DERECHO

¿Cómo puede asegurarse la promesa del Presidente Aylwin, *nunca más*? La respuesta no es sencilla porque lo que llamamos ‘violaciones a los derechos humanos’ ocurren en condiciones excepcionales. El golpe de Estado de 1973 efectivamente ‘suspendió’ lo jurídico, en el sentido de que la distinción entre lo legal y lo ilegal dejó de ser relevante. Esto no significa, desde luego, que no sea posible aplicar la distinción retroactivamente, *i.e.* que cuando la normalidad es recuperada no podamos juzgar lo ocurrido durante la excepción como legal o ilegal (esto es precisamente lo que los tribunales chilenos han tratado de hacer desde 1990, con grados variables de éxito). Todo lo que significa es que el derecho no puede ofrecer ninguna garantía respecto de lo que sucederá o no sucederá durante los tiempos de excepción porque en ellos el derecho mismo está suspendido.

Que el derecho no protegió a los chilenos durante los años de la dictadura militar es claro, y hoy es aceptado como un lugar común. Esto, sin embargo, no ha sido interpretado como una indicación de los límites del derecho (*i.e.* como una consecuencia de que el derecho deviene irrelevante durante los tiempos de excepción), sino como un caso de fracaso judicial. Dicho en otras palabras: el hecho (aceptado) de que el derecho no fue capaz de proteger a los chilenos durante los años del terror no es interpretado como un defecto (o una limitación) del derecho, sino como consecuencia del mal desempeño de los jueces (por miedo o anticomunismo).

Éste es un punto crucial, por lo que nos conviene ir lentamente. El propio Presidente Aylwin relata un incidente que ejemplifica tanto el fracaso del derecho como el juicio al poder judicial. Como líder del Partido Demócrata Cristiano (e hijo de un ex presidente de la Corte Suprema) Aylwin se acercó en 1975 a Rafael Retamal, entonces miembro de la Corte Suprema, con información sobre ‘violaciones a los derechos humanos’, y se quejó de la pasividad del Poder Judicial en general y de la Corte Suprema en particular. La respuesta que recibió fue

Mire Patricio, los extremistas nos iban a matar a todos. Ante esta realidad, dejemos que los militares hagan la parte sucia. Después llegará la hora del derecho¹⁴.

Aylwin interpreta esta historia como un buen ejemplo de la “falta de coraje moral” de los jueces para luchar contra el Terror¹⁵. Y no cabe duda de que en buena medida lo es: los jueces (en especial la Corte Suprema) mostraron complicidad con el Terror, y los discursos anuales de apertura de los años judiciales posteriores a 1973 quedarán registrados en la historia como ejemplos grotescos de pasividad frente a, incluso fomento de, lo impronunciable¹⁶. Pero es incorrecto parar allí. A pesar de que el Poder Judicial demostró complicidad, si no hubiese actuado de este modo la judicatura habría sido intervenida: para el gobierno (que reclamaba para sí el poder legislativo y el constituyente) habría sido particularmente sencillo dictar un decreto-ley, por ejemplo, modificando la composición de la Corte. Después de haber asegurado así una Corte Suprema afín, la dictadura podría haberla dejado libre para que, a través del uso de sus enormes potestades disciplinarias, ‘dispusiera de’ los jueces molestos¹⁷. Pensar que la dictadura, después de bombardear La Moneda, cerrar el Congreso y arrestar, torturar y asesinar líderes y activistas políticos, no habría intentado cooptar a la Corte si lo hubiera necesitado, o que si lo hubiera intentado habría fracasado, me parece irresponsablemente ingenuo¹⁸.

¹⁴ Aylwin, *El Reencuentro de los Demócratas* (1998), p. 59.

¹⁵ *Ibid.*, p. 124. Él usó esta frase (‘falta de coraje moral’) en un discurso pronunciado en Marzo de 1990 ante la Asociación Nacional de Magistrados, en el que, sin embargo, incurrió en el mismo error en que después incurría la Comisión Rettig: “el país está convencido de que la acción de los jueces se ha limitado a ser meros aplicadores de la ley”; véase Correa Sutil, “Cenicienta Se Queda en la Fiesta: El Poder Judicial en la Década de los 90” (1990), p. 299.

¹⁶ Para muestra, un botón: “la Corte de Apelaciones de Santiago, y esta Corte Suprema, por las apelaciones deducidas, se han visto abrumadas en su trabajo con los numerosos recursos de amparo que se han interpuesto, so pretexto de las detenciones que decretado el poder ejecutivo” (Discurso de Inauguración del año judicial del presidente de la Corte Suprema, Enrique Urrutia, 11 de marzo de 1975). Véase Correa Sutil, “Cenicienta Se Queda en la Fiesta: El Poder Judicial en la Década de los 90” (1999), p. 287.

¹⁷ De hecho, los servicios de inteligencia se preocupaban de mantener informados al Ministerio de Justicia y a la Corte Suprema de las conductas e ideas de los miembros del Poder Judicial. Véase el reportaje “Así Se Espió a los Jueces” aparecido en la revista *Siete + 7* (11 de julio de 2003), pp. 40-43. Véase también Correa Sutil (1999), p. 286, n. 16.

¹⁸ Correa Sutil (*Ibid.*, pp. 287-8) recuerda la defensa de la Corte Suprema hecha por su Presidente, Roberto Dávila, en 1998: “de haber tenido [la Corte Suprema] una actitud más enérgica y más crítica seguramente habría sido intervenida”. Nótese cómo esto no absuelve a la Corte de la época del cargo de ‘falta de coraje moral’; antes de ser instrumentos del Terror debieron haber renunciado, o quizás forzado la intervención. El argumento sólo muestra que si hubieran tenido coraje las cosas no habrían sido demasiado distintas. La razón por la que la crítica de ‘falta de coraje moral’ es (parcialmente) equivocada, en términos estrictamente

La dictadura vio con gusto (no puede haber duda respecto de eso) que no necesitaba intervenir la judicatura porque ella (en especial la Corte Suprema) estaba demasiado deseosa de hacer la vista gorda. Como el Poder Judicial no fue intervenido, la dictadura invocó este hecho como prueba de la continuidad del Estado de derecho en Chile incluso en los peores años del Terror. Es indiscutible que para la dictadura intervenir la Corte Suprema habría sido una vergüenza (menor). Pero es igualmente indiscutible que vergüenzas (menores) son el tipo de cosas que las dictaduras, especialmente en esas circunstancias, pueden soportar muy bien.

El *Informe Rettig* también atribuyó una gran medida de culpa a la ‘actitud’ del Poder Judicial. Según el *Informe*,

La actitud adoptada durante el régimen militar por el Poder Judicial produjo, en alguna importante e involuntaria medida, un agravamiento del proceso de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, tanto en lo inmediato, al no brindar la protección de las personas detenidas en los casos denunciados, como porque otorgó a los agentes represivos una creciente certeza de impunidad por sus acciones delictuales, cualesquiera que fueren las variantes de agresión empleadas¹⁹.

Los hechos que demostraban esta actitud, de acuerdo a la Comisión, eran por ejemplo la tolerancia judicial de detenciones ilegales (ilegales porque no eran realizadas en cumplimiento de una orden de detención jurídicamente válida, o porque eran realizadas en lugares que no eran cárceles)²⁰, su reticencia a exigir el cumplimiento de las reglas sobre la detención con incomunicación²¹, su aceptación acrítica de cualquier versión oficial, por frívola que fuera, sobre la suerte que había corrido un detenido²², y su negativa (sólo aplicable a la Corte Suprema) a ejercer sus facultades de superintendencia sobre los tribunales militares en tiempos de guerra²³.

Lo que es curioso es que la Comisión agregó a los anteriores un capítulo de críticas adicional. De acuerdo a la Comisión, la Corte Suprema mostró “un exagerado formalismo en su interpretación de la ley”²⁴. La Comisión no pareció percatarse de que esta crítica era incompatible con las

morales, es que ‘falta de coraje’ demuestra quien tiene claridad respecto de lo que debe hacer pero carece del valor necesario para hacerlo. Como lo muestra la historia relatada por Aylwin de su encuentro con el ministro Retamal, el problema fue que muchos jueces creían que lo que estaba pasando estaba bien que pasara.

¹⁹ Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe* (1991), p. 97.

²⁰ *Ibid.*, pp. 100-101.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, pp. 102-103.

²³ *Ibid.*, p. 104.

²⁴ *Ibid.*

anteriores: un juez puede tolerar, por ejemplo, detenciones ilegales, sólo porque no es ‘formalista’, es decir, porque cree que alguna razón de substancia (salvar a Chile del cáncer marxista, por ejemplo) puede derrotar la exigencia de una formalidad legal (como la orden de detención, o la calificación previa de un recinto como ‘cárcel’)²⁵. La Comisión acusó al Poder Judicial y a la Corte Suprema de actuar ilegalmente y de formalismo, dos acusaciones incompatibles en el sentido de que la verdad de una es la falsedad de otra. Y, desde luego, la Corte Suprema rechazó la segunda con la actitud sorprendida de quien se ve criticado por ser virtuoso:

El más rotundo repudio merece la observación de que los tribunales se ciñeron, con demasiado apego, a la Ley. Los jueces llamados por su ministerio a aplicarla, no a crearla, tienen un solo camino para hacerla cumplir, el que le ordena el Artículo 19 del Código Civil, esto es, carecen de toda potestad para darle un sentido distinto del que ofrece su texto literal, cuando éste es claro, para manifestar la idea del legislador. Si dejaran de hacerlo traicionarían lo medular de su misión, como instrumentos de esa misma ley.

Los jueces son y deben ser los más fieles cumplidores de la ley, para ellos sigue siendo la razón escrita, nacida como fruto de las contingencias de la vida de un país, en un tiempo dado, a ella deben someterse y conforme a ella resolver los asuntos entregados a su competencia²⁶.

El *Informe* de la Comisión Rettig y la respuesta de la Corte Suprema plantearon las cosas en términos de la distinción formalismo/antiformalismo: los que estaban de acuerdo con el juicio formulado en el *Informe* Rettig debían rechazar la idea formalista, y quienes querían defender la argumentación de la Corte debían aceptar y defender el formalismo. En otras palabras, en ese momento formalismo significaba exonerar a la Corte de la responsabilidad que le imputaba el *Informe*, y antiformalismo significaba reprochar a la Corte su conducta. Esto produjo (o contribuyó a) la deslegitimación pública del formalismo. La posición que he tratado de defender, la de aceptar la acusación del *Informe* pero negar que la vergonzosa actitud de la Corte Suprema se haya debido a su formalismo, se hizo públicamente imposible. Y la acusación del *Informe* fue en definitiva más convincente, públicamente hablando, que la defensa de la Corte, lo que quiere decir que la idea formalista quedó completamente desacreditada. Ella terminó siendo

²⁵ La respuesta del ministro Retamal a Aylwin (*supra* texto que acompaña la n. 14) no es la respuesta de un juez formalista, sino *precisamente lo contrario*: es la respuesta de un juez que cree que una determinada agenda o razón substantiva (‘nos iban a matar a todos’) justifica ignorar las infracciones a la ley.

²⁶ Corte Suprema, “Respuesta de la Corte Suprema al Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación” (1991), pp. 242-243.

defendida sólo por la Corte Suprema de Pinochet, algunos oficiales de las Fuerzas armadas y otros extremistas de derecha²⁷. Es difícil, a mi juicio, exagerar la importancia de este intercambio entre la Corte y la Comisión. En él están los inicios de un cambio copernicano en la imagen que de sí misma tenía la profesión jurídica. Para jueces y abogados la idea misma de un juez formalista empezó a ser vista como la encarnación del juez negligente.

La cuestión sigue planteándose en esos términos hoy en día. El 8 de julio de 2003 el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Carlos Cerda, sostuvo que

cualquier ley que se dicte no ha de ser vinculatoria para los jueces sino en la medida en que ella misma sea dictada conforme a los derechos esenciales que la constitución chilena ordena resguardar y que el derecho internacional, aun no escrito, exige como referente básico para la convivencia civilizada²⁸.

El ministro Cerda plantea esta tesis como una tesis general sobre la obligación judicial de aplicar la ley, pero la razón por la cual esta tesis es públicamente defendible es que ella es la que ha permitido avanzar en las investigaciones judiciales sobre ‘violaciones a los derechos humanos’. Los contradictores de Cerda en este respecto no lo hacen por respeto a la dignidad democrática de la ley (puesto que incluyen entre las leyes que el juez tiene el deber de aplicar el DL 2191 de 1978), sino porque creen que los procesos relacionados con violaciones a los ‘derechos humanos’ deben ser cerrados lo antes posible²⁹.

El costo de esta estrategia de solucionar el problema de las violaciones a los derechos humanos a través de los procedimientos jurídicos normales es que arriesga el derecho mismo: el derecho descansa sobre (o, incluso: es) un intrincado sistema formal de delimitación y diferenciación de competencias. Sin esta diferenciación de competencias no hay nada que parezca derecho. El derecho, en otras palabras, supone que los funcionarios encargados de aplicarlo van a reconocer el valor superior de preservar esta

²⁷ Véase, por ejemplo, Pablo Rodríguez, “¿Jueces o Legisladores?”, en *El Mercurio*, 11 de julio de 2003, A2, y del mismo autor, “Derechos Humanos: Única Solución”, en *El Mercurio*, 20 de julio de 2003, A2; véanse también las columnas semanales de Hermógenes Pérez de Arce en *El Mercurio* (principal pero no únicamente las publicadas durante el mes de julio de 2003).

²⁸ *El Mercurio* 8 de julio de 2003, C3.

²⁹ Véase por ejemplo la nota editorial publicada en *El Mercurio* el 13 de julio de 2003 (“La Semana Política”, A3) y la carta a ese mismo diario del profesor de derecho civil de la Universidad de Chile, Claudio Illanes (Ibid. A2). Véanse adicionalmente los artículos de opinión citados *supra* n. 27.

compleja estructura de diferenciación de competencias no porque de este modo la solución va a ser más justa, sino porque sólo de esta manera es posible el autogobierno de nosotros, los chilenos. Pero esto sólo desplaza la pregunta hacia un nivel superior: ¿es bueno el autogobierno de nosotros, los chilenos? Y a este nivel superior la pregunta tiene un componente formal (lo que se presenta como ejercicio de autogobierno democrático de nosotros los chilenos, ¿es efectivamente autogobierno?) y uno substantivo (las decisiones de autogobierno, ¿son adecuadas en cuanto a sus contenidos?). Jurídicamente hablando, estas preguntas son no-preguntas: están siempre-ya respondidas afirmativamente, porque el derecho no puede poner en duda su propia autoridad (el derecho, cuyo programa funciona sobre la base del código binario legal/ilegal, no puede aplicar ese código al derecho mismo, es decir, el derecho no puede —y este ‘no puede’ no es contingente— declarar ilegal la aplicación del código legal/ilegal). Pero políticamente la cuestión es distinta, porque políticamente hablando la respuesta es contingente: puede ser sí o no. Si toda la responsabilidad por la ‘solución’ al problema de derechos humanos se carga en los hombros del Poder Judicial, sin embargo, no es razonable esperar que éste no se mirará a sí mismo en términos políticos, y dejará de aceptar la respuesta siempre-ya afirmativa del derecho.

III. VULGARIZACIÓN DEL DERECHO

En algún punto del proceso de transición (si fuera importante podríamos ponerle fecha: cuando el gobierno del Presidente Aylwin y los partidos de la Concertación decidieron que no era adecuado pretender la derogación o anulación del DL 2191) se hizo claro o al menos probable que no habría posibilidad alguna de confrontar el problema de la transición políticamente, y que todo lo que podría realísticamente esperarse era que denuncias individuales fueran procesadas judicialmente. Al mismo tiempo hubo una reacción antiformalista fuerte pero irreflexiva que, como está dicho, redefinió la autoimagen de la profesión jurídica. Estos dos fenómenos apoyan la idea de que la promesa del Presidente Aylwin, ‘nunca más’ debía ser honrada incrementando la aptitud de los derechos humanos para resonar a través del sistema jurídico. Esto se hace (o se ha intentado hacer) de dos maneras: en primer lugar, persiguiendo “en la medida de lo posible”, como dijera famosamente el Presidente Aylwin³⁰, a los responsables de

³⁰ La idea de que en esta materia había que obrar “conciliando la virtud de la justicia con la virtud de la prudencia” es reiterada por Aylwin prácticamente cada vez que se refiere al tema. Véase el discurso en el Estadio Nacional (12 de marzo de 1990) en Aylwin, *La*

violaciones a los derechos humanos. Esto permitiría a la judicatura limpiarse de sus pecados pasados de asociación con la dictadura y asumir el rol de guardianes de los derechos humanos. Desde el punto de vista de la promesa de ‘nunca más’, se esperaba que estos juicios promovieran la reafirmación colectiva del valor de los derechos humanos, un punto enfatizado por Carlos Nino:

Los juicios promueven la *deliberación pública* de una manera única. La deliberación pública contrarresta las tendencias autoritarias que condujeron, y continúan conduciendo, a un debilitamiento del sistema democrático y violaciones masivas de los derechos humanos [...]. La exhibición de la verdad a través de los juicios alimenta la discusión pública y genera una conciencia colectiva y un proceso de auto-análisis³¹.

Aquí yace el valor político de los juicios³². Pero en Chile la multiplicación de los juicios no ha generado esa conciencia colectiva y ese proceso de autoanálisis. Los juicios de derechos humanos parecen haber sobrevivido la disposición colectiva de involucrarse en ellos. Los chilenos estamos siendo testigos de un creciente número de juicios, con el correspondiente aumento de lo que las Fuerzas Armadas llaman el ‘desfile’ de sus oficiales ante los tribunales. Esto es exacerbado por el hecho de que, a medida que los juicios progresan, se dictan más y más procesamientos y condenas. Se ha establecido algo así como una rutina: muchos casos avanzan silenciosamente hasta que los jueces deciden (a) procesar (o condenar) a un oficial de las fuerzas armadas o (b) aplicar el DL 2191. Esto crea alguna atención política por un día o dos. Si el caso es de alto perfil (sea por las víctimas o los oficiales involucrados), el tema es empujado hacia arriba en la agenda política, lo que permite la aparición de ‘iniciativas políticas’ para ponerle un final al tema de los derechos humanos, iniciativas que mueren rápidamente. Luego todo vuelve al nivel de progreso silencioso, hasta que otro caso aparece en los titulares y el ciclo se repite.

Aquí es necesario proceder con cautela para evitar juicios apresurados. Desde luego los juicios han producido un registro autorizado de las

Transición Chilena: Discursos Escogidos (1992), p. 21, afirmación que luego es citada por el propio Aylwin en el discurso pronunciado el 24 de abril de 1990, al firmar el decreto que crea la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Ibid., p. 114). La primera vez que Aylwin, intentando dar una nueva expresión a su fórmula anterior, usa su famosa frase es (creo) en el discurso de inauguración de la legislatura ordinaria del Congreso Nacional, de 21 de mayo de 1990: “la conciencia de la nación exige que se esclarezca la verdad, se haga justicia en la medida de lo posible —conciliando la virtud de la justicia con la virtud de la prudencia— y después venga la hora del perdón” (Ibid., p. 33).

³¹ Nino, *Radical Evil on Trial* (1996), p. 147.

³² El *locus classicus* de este argumento es Shklar, *Legalism* (1986).

‘violaciones a los derechos humanos’, haciéndolas públicas (públicas en el mismo sentido, por ejemplo, en que los escándalos de corrupción se han hecho públicos no cuando los hechos de corrupción se saben, sino cuando se saben y *se sabe que se saben*). La ocurrencia de lo que, en una declaración que fue celebrada por el reconocimiento que ella implicaba, la Unión Demócrata Independiente llamó “excesos graves”³³ es hoy un hecho que no puede ser negado. Deliberación, entonces, sobre la existencia de esos ‘excesos’, se ha producido y es mérito de los procesos judiciales. Pero la deliberación de la que habla Nino es la que lleva a un ‘proceso de autoanálisis’, en el cual la promesa (imposible de cumplir, en tanto mira hacia un futuro sin fin) ‘nunca más’ adquiere una dimensión constitutiva de nosotros, los chilenos. La deliberación que los juicios han producido se parece, más que a la deliberación que Nino tenía en mente, a la deliberación periódica en Chile sobre las inundaciones anuales de rigor. El problema no es cómo lo que pasó y el hecho de que pasara cambia la forma en que nos concebimos a nosotros mismos y nuestra práctica política actual, sino qué podemos hacer hoy para disminuir el impacto que ‘violaciones a los derechos humanos’ (o inundaciones anuales) tienen sobre las vidas de las personas afligidas por ellas.

La segunda manera en que es posible incrementar la resonancia que los derechos humanos tienen en el sistema jurídico no gira en torno al modo de reaccionar a un pasado de ‘violaciones de derechos’ en circunstancias excepcionales, sino en torno al problema de cómo en circunstancias normales deben ser protegidos los derechos humanos. Aquí la idea ha sido transformar los jueces de ‘boca de la ley’ a ‘boca de los derechos humanos’. Lo que era antes la descripción (y autodescripción) explícita del rol de los tribunales, *i.e.* la aplicación de leyes a casos particulares sin discutir sus méritos, es ahora visto como una forma especialmente grave de abandono de deberes: ahora los jueces no deben (limitarse a) aplicar la ley, sino que deben (principalmente) proteger los derechos humanos³⁴.

Este quiebre dramático con uno de los aspectos más notables de la tradición jurídica chilena hasta 1970 ha sido fomentado por reformas institucionales llevadas a cabo durante la dictadura militar. Hasta 1978 no había ningún recurso general disponible para que las personas que sentían que sus derechos constitucionales estaban siendo violados pudieran obtener repara-

³³ “La Paz Ahora”, propuesta de la Unión Demócrata Independiente sobre Derechos Humanos, 20 de junio de 2003, §1.

³⁴ Y los derechos humanos no son sólo los que fueron afectados con “las violaciones masivas y sistemáticas del pasado”, sino abarca “muchos otros aspectos significativos de la vida social”, por lo que esos derechos están “vinculados a la vida cotidiana de las personas y los colectivos” (véase Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003*, 2003, p. 7).

ción judicial³⁵. La justificación superficial de esto era el énfasis tradicional en la separación de poderes y el reconocimiento de que era la legislatura la que en principio tenía la última palabra en cuestiones jurídicas. La justificación profunda era la concepción de la Constitución como un texto en el límite entre lo jurídico y lo político, que no podía ser entendido como una ley igual, por ejemplo, al Código Civil, porque la naturaleza abierta de sus contenidos y su referencia a conceptos morales o políticos que informan el debate y conflicto político hacían desaconsejable la juridificación de ese contenido. La Constitución operaba a través, no en vez, del discurso político³⁶.

En 1976, el DL 1552, llamado “Acta Constitucional N° 3” (el cual, junto con otros decretos-ley análogamente denominados, formaría la sustancia de la constitución de Pinochet de 1980) introducía dicho recurso (llamado ‘Recurso de Protección’), dándoles a los jueces chilenos por primera vez jurisdicción en temas de derechos constitucionales³⁷. Durante los ‘80, por supuesto, las decisiones judiciales que concedían protección protegieron básicamente la libertad económica y derechos similares³⁸, pero desde 1990 en adelante los jueces han estado cada vez más dispuestos a reclamar para sí la última palabra en temas que anteriormente habrían sido entendidos como ‘políticos’³⁹.

³⁵ Existían, eso sí, recursos que protegían derechos específicos, como el recurso de amparo (art. 16 de la Constitución de 1925) que garantizaba la libertad personal.

³⁶ Para la idea del derecho que opera a través, y no en vez, del discurso y conflicto político, véase Atria, “Legalismo y Reflexividad: La Contraloría como Modelo”.

³⁷ DL 1552, art. 2. El art. 2 del DL 1552 fue luego incorporado a la Constitución de 1980 (art. 20). Véase el texto del DL 1552 en Soto (ed.), *Ordenamiento Constitucional* (1980), pp. 74-95. Puede parecer paradójico que un recurso de ese tipo haya sido creado por el gobierno de Pinochet, y que fuera introducido en un período caracterizado por violaciones masivas y sistemáticas de los ‘derechos humanos’. Pero esto en realidad apoya el argumento que será desarrollado en la cuarta sección. Sobre la (muy limitada) jurisdicción constitucional de la Corte Suprema bajo el imperio de la Constitución de 1925, véase Atria, “Inaplicabilidad y Coherencia: Contra la Ideología del Legalismo” (2001).

³⁸ Véase Atria, *Los Peligros de la Constitución* (1997).

³⁹ Sobre los desarrollos posteriores a 1990, véase Ruiz-Tagle, “Apuntes sobre la Igualdad Constitucional en Chile” (2000), y también Atria, “Concepciones de la Función Judicial: El Caso de la Igualdad ante la Ley” (2000). Sobre la creciente ‘judicialización’ de la política, véase Correa Sutil, “Cenicenta Se Queda en la Fiesta: El Poder Judicial en la Década de los 90” (1999), p. 295. Desde que se empezaron a investigar judicialmente acusaciones de corrupción vinculadas al Ministerio de Obras Públicas, se ha hecho un lugar común hablar de la ‘judicialización de la política’. Esto es lamentable, porque un problema serio (el hecho de que cada vez más cuestiones son removidas del debate, el conflicto y la decisión políticas) es confundido con algo que no es en absoluto problemático, sino al contrario (el hecho de que funcionarios públicos puedan y sean investigados por sus acciones ilícitas). No es problemático que el Ministro de Obras Públicas deba responder ante un juez la acusación de que celebró un contrato en fraude al Fisco; sí es problemático que los tribunales de justicia reclamen autoridad para decidir qué prestaciones debe o no proveer el Fondo Nacional de

Parte de la razón de este cambio de actitud judicial puede encontrarse, como hemos visto, en el cambio de autocomprensión judicial producido por el *Informe Rettig*⁴⁰. En efecto, a principios de los años '90 los tribunales se enfrentaron a la demanda de protección de los 'derechos humanos', para responder a la cual la Constitución les daba amplios poderes (para "adoptar de inmediato las providencias que juzgue[n] necesarias para restablecer el imperio del derecho" conforme al art. 20 de la Constitución de 1980). Como los tribunales ya habían fracasado en proteger los derechos cuando eran gravemente violados (y como incoherentemente ese fracaso se imputaba a su 'exagerado formalismo'), ellos se sintieron obligados a abjurar de su función de 'boca de la ley' y suscribir, al menos en procedimientos de protección, a una visión de la interpretación jurídica que la concebía como un proceso expansivo gobernado por una teoría 'correcta' de los derechos fundamentales, contenidos en el artículo 19 de la Constitución. Pero, como ha argumentado Tom Campbell, es difícil confinar este enfoque interpretativo sólo a cuestiones de derechos:

Una vez que este tipo de enfoque textualmente relajado y moralmente dirigido ya ha sido adoptado en relación a los derechos humanos no será fácil confinarlo a la interpretación de esos derechos, de modo que tendrá un impacto significativo sobre la interpretación jurídica en general⁴¹.

El sistema jurídico chileno provee un buen ejemplo del argumento de Campbell. El derecho chileno está experimentando un rápido proceso de de-formalización, análogo al proceso de vulgarización sufrido por el derecho romano a partir de los siglos III o IV d.C.⁴². Este proceso vulgarizador se caracteriza por el hecho de que las interpretaciones que dan prioridad al texto de una regla jurídica son cada vez menos resistentes a las que se basan

Salud. Parafraseando a Michael Moore, esto es "desagradable para quienes estábamos interesados [en este problema] antes de que se pusiera de moda". El problema es que "un concepto útil se convierte en un pedazo de retórica vacía. Es el desagrado que un cirujano puede sentir cuando, después de haber adecuado sus habilidades y sus instrumentos como preparación para una complicada operación, nota que alguien ha estado tirando mugre sobre sus escalpelos" (el concepto de cuya apropiación Moore se lamenta aquí es el de 'interpretación'); Moore, "Interpreting Interpretation" (1986), p. 424.

⁴⁰ Digo 'parte de' porque éste es también el camino recorrido por otros tribunales: un comienzo tímido y prudente, para luego cambiar a un modo más agresivo e interventor. El punto es importante porque muestra cómo estos procesos se retroalimentan. Para el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos, véase Janis, Kay y Bradley, *European Human Rights Law* (1995), p. 71.

⁴¹ Campbell, "Incorporation Through Interpretation" (2001), p. 87.

⁴² A. Guzmán cree que la vulgarización comenzó en "el primer tercio del siglo III d.C." (Guzmán, *Derecho Privado Romano*, 1996, Vol. I, p. 45), mientras que para W. Kunkel fue "en el transcurso sucesivo del siglo IV d.C." (Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, 1994, p. 156).

en apelaciones directas a bienes substantivos⁴³. Siguiendo a Guzmán⁴⁴ podemos decir que el vulgarismo se caracteriza por:

(a) “La confusión de conceptos [...] (b) El recurso a criterios morales y afectivos, tanto para la construcción dogmática cuanto para la fundamentación de los regímenes jurídicos [...] (c) La supeditación y aun el sacrificio de la disciplina jurídica a fines de política pública o prácticos [...], y (d) la caída de las formas constructivas de las figuras jurídicas, para dejar lugar a las funciones naturales que ellas portan”⁴⁵.

Estas características del derecho vulgar tienden como consecuencia a la disolución del delicado sistema de distribución de competencias sobre el que se basa el derecho. Un juez tiene el deber de ordenar la ejecución forzosa de un contrato, por ejemplo, no porque crea que el contrato es substantivamente justo, sino porque es válido⁴⁶. De acuerdo al derecho chileno, la opinión de un juez sobre la justicia o injusticia de un intercambio particular entre A y B es, por regla general, irrelevante. Lo mismo ocurre con otros conceptos jurídicos: las condiciones jurídicas de aplicación del concepto no son, no *pueden ser*, idénticas a las condiciones normativamente justas de aplicación del concepto. “Dueño”, por ejemplo, es en derecho quien ha adquirido el dominio de algo, no necesariamente quien tiene un título justo sobre esa cosa. Por supuesto, el título justo y el título jurídico tienden a coincidir, pero cuando ellos se separan el derecho debe preferir al título jurídico aun cuando la razón para proteger el título jurídico sea dar protección al título justo. Esta aparente paradoja es espléndidamente ilustrada por las relaciones entre propiedad y posesión, como lo mostró, en sus escritos clásicos sobre el tema, Rudolf Ihering. Ihering enfatizaba que la posesión no se protegía por el valor de ella misma, sino como un modo de proteger la propiedad. La protección posesoria, decía Ihering,

ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de la propiedad, que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (*reivin-*

⁴³ Véase por ejemplo el estudio de Valenzuela, *Los Sueños de la Razón* (1999), que reduce la interpretación de la ley a “un ejercicio de poética, hermenéutica y retórica que dé sentido a una solución preferida para un caso concreto” (p. 123). Muchas de las afirmaciones de derecho que Valenzuela hace en este texto son útiles y agudas, aunque sus afirmaciones sobre sus afirmaciones de derecho implican la disolución completa de lo que es característico del derecho moderno, su *formalidad* (para el argumento, véase Atria, “Las circunstancias de la Derrotabilidad”, 2000, pp. 440-442n).

⁴⁴ Aunque podríamos haber seguido a D’Ors, *Derecho Privado Romano* (1991), pp. 96-97.

⁴⁵ Guzmán, *Derecho Privado Romano* (1996), Vol. I, pp. 47-49.

⁴⁶ Véase el notable artículo de Atiyah, “Form and Substance in Contract Law” (1984).

dicatio), le bastará la prueba de la posesión, frente a aquel que se la ha arrebatado inmediatamente⁴⁷.

La razón por la cual la protección posesoria es necesaria para proteger la propiedad es que la posesión y la propiedad habitualmente van juntas, de modo que quien protege la posesión, normalmente protege la propiedad. Adicionalmente, probar la posesión es relativamente fácil, mientras probar el dominio es normalmente difícil⁴⁸. Si el dueño sólo pudiera ver protegido su dominio después de haber probado judicialmente su condición de dueño, la protección a la que podría acceder sería extraordinariamente limitada y costosa. Al protegerse jurídicamente la posesión, el dueño (habitualmente poseedor) no necesitará probar su condición de dueño para acceder a la protección del derecho, le bastará probar su condición de poseedor. Pero que el dueño sea ‘habitualmente’ poseedor no significa que lo sea en todos los casos, y aquí encontramos la paradoja: “la protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido”⁴⁹. El derecho de este modo protege a quien no debería poseer, y llega al extremo de volverse en contra de aquél a quien buscaba proteger: “es posible que el no propietario triunfe en el [juicio] posesorio contra el propietario. La institución hecha para éste se resuelve en su contra”⁵⁰. El derecho está lleno de situaciones en las que (como la lluvia que riega lo mismo a los que la necesitan que a los que no la necesitan, dice Ihering⁵¹) la protección de *x* que opera a través de la protección de *y* (cuando *y* es más pública que *x*, o más fácil de probar, etc.) se vuelve en contra de *x*: “la concesión de la protección posesoria al que no tiene derecho, cuando el *fin* legislativo no atiende más que al derechohabiente, aparece como una *consecuencia* no querida, pero inevitable”⁵².

Es esta consecuencia la que el vulgarismo rechaza; el abogado vulgarista entiende que proteger ‘al que no tiene derecho’ es cumplir con la

⁴⁷ Ihering, “La Posesión: Teoría Simplificada” ([1869] 1974), p. 182. Adicionalmente véase el magistral § 50 de Ihering, *Espíritu del Derecho Romano* ([1852-1865] 1998).

⁴⁸ Nota para no abogados: probar la *posesión* de un bien inmueble es extraordinariamente fácil: basta producir un certificado del Conservador de Bienes Raíces que acredite que el inmueble se encuentra instrito a nombre de quien dice. Pero probar la *propiedad* de un bien inmueble es difícil. En realidad, normalmente la *única* manera en que puede definitivamente probarse la propiedad de un bien inmueble es por la vía de agregar un período de posesión ininterrumpida por 10 años, que es el plazo pasado el cual cualquier vicio se sana. Pero basta que en ese período haya habido una compraventa en la que, conforme a la escritura, el precio quedó adeudándose (porque, por ejemplo, el vendedor concedió plazo al comprador, y así lo expresó en la escritura) para que las cosas empiecen a complicarse exponencialmente.

⁴⁹ Ihering, “La Posesión: Teoría Simplificada”, p. 183.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 184.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, p. 185.

formalidad ‘vacía’ de la ley pero violar su sentido, su finalidad. El vulgarista mira al caso individual y enfatiza exageradamente las desventajas de la formalidad del derecho, perdiendo de vista lo que no es visible en el caso particular, es decir, el modo en que la disolución de la forma afecta un régimen jurídico completo⁵³ (la justicia del Cadf en que se han convertido los procedimientos de protección constitucional son un buen ejemplo). Esto explica la vinculación entre las características del derecho vulgar distinguidas por Guzmán: confusión de conceptos, porque los conceptos son maleables, son adecuados a las necesidades de obtener una solución satisfactoria en el caso particular, sin preocuparse de las consecuencias que el nuevo concepto tendrá en casos futuros; la directa apelación a criterios afectivos o morales, y la supeditación de la disciplina jurídica a fines de política pública. En todos los casos la estrategia es la misma: asignar una finalidad a las reglas, luego declarar que la interpretación ‘literal’ de las reglas traiciona esa finalidad, y terminar justificando de este modo una solución del caso contraria a la regla⁵⁴. Habiendo identificado la finalidad de la regla en cuestión, respetar su texto sacrificando su fin parece, al abogado vulgarista, un caso inaceptable de fetichismo.

No es posible en el contexto de este artículo (aunque es urgente) confeccionar un catálogo del derecho chileno vulgar. El problema aquí es mencionado sólo para dar una idea de qué es lo que está en juego cuando hablamos de vulgarización del derecho. A pesar que este desarrollo ha sido bienvenido por muchos⁵⁵, es importante no perder de vista que tiene consecuencias extraordinariamente serias.

En primer lugar, tiende a disolver el razonamiento jurídico en razonamiento moral, debilitando seriamente la autoridad del derecho en socie-

⁵³ Zimmermann, *Law of Obligations* (1990), p. 87.

⁵⁴ Véase Fuller, *El Caso de los Exploradores de Cavernas* ([1949] 1987), p. 54. El voto del juez Keen en este caso es notable porque contiene una espléndida crítica del voto del juez Foster, que es a su vez el voto de Fuller. Fuller, partidario de la interpretación ‘intencional’ (*purposive*) del derecho, siempre estuvo consciente del riesgo de disolución del derecho que el ‘intencionalismo’ que defendía podía generar si era entendido sin respeto por lo que denominaba la ‘estructura del derecho’. Véase Fuller, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart” (1958), p. 670; véase también Atria, *On Law and Legal Reasoning* (2002), pp. 67-70.

⁵⁵ Véase, entre tantos otros, Cerda, “El Juicio Jurisdiccional y sus Limitaciones Normativas a la Luz de los Artículos 19 a 24 del Código Civil” (1995), p. 772, donde Cerda concluye con las siguientes palabras: “¡Juez!, preguntó Ticio, ¿qué norma interpretaste para considerar que yo he tenido una irreprochable conducta anterior? y ¿cuál, añadió Cayo, para permitirme ingresar a la patria? y cuál, por su parte Draco, y así, muchos a la vez. El juez no guardó silencio, puesto que se irguió de inmediato y con la seguridad del humilde, habló: no he interpretado norma alguna, simplemente he sido juez”. El artículo de Cerda comienza con una historia análoga en que los personajes son Pedrito, Juanito y el padre de ambos, en la que el padre al final “reunió a Pedrito y Juanito y les dijo: no he interpretado norma alguna, simplemente he sido padre” (p. 759).

dades moralmente diversas. Como Max Weber señaló, comentando el famoso artículo 1 del Código Civil Suizo (que en casos de lagunas del derecho instruye al juez a decidir de acuerdo a la regla que hubiese promulgado si hubiese sido legislador):

un sistema judicial que practicase tales ideales a menudo debería, dada la inevitabilidad de los compromisos de valores, olvidarse de las normas abstractas y, al menos en casos de conflictos, tendría que admitir evaluaciones concretas, *i.e.* no sólo determinación no-formal del derecho sino también irracional⁵⁶.

En segundo lugar, más y más conflictos políticos terminarán (y de hecho han terminado) ante los tribunales y cada vez más jueces ordinarios deben decidir sobre complejos temas de conflictos entre derechos⁵⁷. Además de banalizar la idea misma de ‘violaciones de derechos humanos’ (sobre lo que volveré en la cuarta sección), esto difícilmente ayuda a ‘contrarrestar las tendencias autoritarias que condujeron, y continúan conduciendo, a un debilitamiento del sistema democrático’ (la causa principal de las violaciones a los derechos humanos, según Nino⁵⁸). Ahora la política democrática no es vista como la mejor garantía de los derechos humanos, sino como el peligro prioritario.

En definitiva el vulgarismo, aunque bienintencionado, hace imposible el ideal del estado de derecho, el ‘gobierno de las leyes y no de los hombres’.

Antes de cerrar esta sección, dos salvedades: La primera es que el argumento de esta sección no es simplemente otra formulación de la “preocupación convencional acerca de la ausencia de responsabilidad democrática que la actividad legislativa de la judicatura siempre implica”⁵⁹, es decir, no se limita a la preocupación, típicamente norteamericana, de la “objeción contra-mayoritaria” al activismo judicial⁶⁰. El problema no es (o no es *sólo*) quién debe decidir, sino qué tipo de decisión se trata. La decisión de transformar a los jueces en “guardianes de un nuevo orden constitucional”⁶¹ implica una visión de la política democrática como una amenaza a

⁵⁶ Weber, *Economy and Society* ([1922] 1978), pp. 886-7; Cfr. Weber, *Economía y Sociedad* ([1922] 1964), p. 653.

⁵⁷ Véase Correa Sutil, “Cenicienta Se Queda en la Fiesta: El Poder Judicial en la Década de los 90” (1999), pp. 295-296.

⁵⁸ Véase *supra*, texto que acompaña a la n 31.

⁵⁹ Teitel, “Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation” (1997), texto que acompaña a la n. 87.

⁶⁰ La formulación clásica de esta objeción está en Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1986).

⁶¹ Teitel, “Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation” (1997), texto que acompaña a la n. 83.

los derechos y al orden constitucional. No tengo razón para negar que esto podría ser una posición razonable en ciertas circunstancias. Mi argumento es simplemente que éste no es el caso cuando la mayor causa cultural del problema de la transición han sido las latentes ‘tendencias autoritarias’ o, como sostuvo el *Informe Rettig*, la “ausencia entre nosotros de una sólida cultura en temas de derechos humanos”⁶².

En efecto, creo que nunca antes la academia chilena había estado tan obsesionada con la idea de derechos y su naturaleza ‘contra-mayoritaria’⁶³. Pero Nino está en lo correcto, desde luego, al identificar las tendencias autoritarias y la falta de compromiso con la idea de la democracia como una de las causas culturales principales de las violaciones a los derechos humanos. Es irónico que en países sin gobierno efectivo de las mayorías como Chile⁶⁴ una de las preocupaciones principales de intelectuales y abogados académicos sea la de idear mecanismos de protección contra-mayoritarios. Una explicación más bien cínica es la de Max Weber:

Ser confinados a la simple interpretación de los contratos y artículos de la ley, autómatas comparables a máquinas tragamonedas en las que uno simplemente introduce los hechos (más los honorarios) para obtener la sentencia, aparece, para los juristas modernos, algo indigno de ellos; y esta idea se hace más y más inaceptable mientras más universal se hace el derecho legislado⁶⁵.

La segunda salvedad es que el modo en el cual estos problemas se reflejan en la tradicional división filosófico-jurídica entre positivistas y “iusnaturalistas” es más sutil que lo que uno inicialmente podría pensar⁶⁶.

⁶² Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe* (1991), p. 158.

⁶³ Véase, entre tantos otros, Peña, *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, y la introducción a este volumen escrita por Cea, “Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno”; véanse también Gómez (ed.), *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional* (1996), y Gómez (ed.), *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma* (1999). Para una crítica de esta obsesión contra-mayoritaria, véase Atria, “Revisión Judicial: El Síndrome de la Víctima Insatisfecha” (2001).

⁶⁴ Con un sistema electoral que, con la excusa de buscar la ‘estabilidad’ del sistema de partidos niega representatividad, con senadores designados, con un tribunal constitucional sin mayor deferencia hacia los órganos democráticos, con quorums exagerados para aprobar leyes y designaciones públicas, etc. La lista es larga pero además suficientemente conocida como para que sea necesario detallarla aquí.

⁶⁵ Weber, *Economy and Society* ([1922] 1978), p. 886. *Cfr.* también Weber, *Economía y Sociedad* ([1922] 1964), p. 653.

⁶⁶ Véase la versión ofrecida por Teitel de la disputa entre Fuller y Hart sobre el valor del derecho nazi: Teitel, “Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation” (1997). No creo que la de Teitel sea una buena descripción de la posición hartiana (Hart no sostenía que los responsables o aprovechadores de la persecución de los judíos no podían ser sancionados, como parece sostener Teitel, sino que si lo eran era mejor reconocer

Uno podría pensar que el positivismo jurídico deploraría el proceso de vulgarización, pero ello sería un error. Los positivistas contemporáneos sin lugar a dudas dirían que no hay nada en su positivismo jurídico que los comprometa con algún modo especial de adjudicación. La siguiente afirmación es bastante representativa:

La idea de que el positivismo jurídico exige una adherencia ciega a la letra de las normas en cualquier sistema jurídico [es falsa]. De hecho, el positivismo jurisprudencial no prescribe *ningún* modo particular de adjudicación⁶⁷.

Hay aquí cierta ironía. El positivismo jurídico nació junto con el estado-nación, enfatizando la idea de que el derecho era hecho por el hombre, y era por lo tanto un instrumento de la política: no había ninguna ‘razón artificial’ del derecho, una forma de razón que estaría disponible sólo para jueces y abogados, sujetando de este modo cualquier agenda política transformadora a su opinión profesional (habitualmente conservadora) de lo que era ‘razonable’⁶⁸. Pero los positivistas contemporáneos han olvidado este aspecto político del positivismo, porque el positivismo es hoy en día definido por la tesis (semántica) de que hay una ‘separación conceptual’ entre el derecho y la moral. Por lo tanto, cuando el derecho basado en fuentes sociales hace referencia a estándares morales los jueces tienen discreción⁶⁹. Dado que, con independencia del problema conceptual sobre la conexión entre el derecho y la moral, la mayoría de los sistemas jurídicos han incorporado *positivamente* estándares morales en la forma de extensas declaraciones de derechos, los jueces tienen discreción en la mayoría de los

cándidamente, y no ocultarlo tras la retórica del derecho natural, que estaban siendo sancionados sobre la base de legislación penal retroactiva), pero sigue la representación tradicional del positivismo jurídico en estos temas. Para las posiciones de Hart y Fuller, véase Hart, “Positivism and the Separation Between Law and Morals” (1958); Fuller, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart” (1958). En realidad, creo que ya no queda nada más inútil y pernicioso en los libros de filosofía del derecho que la distinción entre positivismo y iusnaturalismo. Esta es una distinción útil para los estudiantes en su primer mes de Introducción al Derecho, pero completamente inservible en los debates contemporáneos: la distinción ya no tiene nada de substancia.

⁶⁷ Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings* (1999), p. 114 (el destacado es agregado). Supongo que podríamos borrar, *salva veritatis*, el retórico ‘ciega’. Para posiciones similares, véase Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (1994), pp. 136-137 y Raz, “On the Nature of Law” (1996).

⁶⁸ El tema es discutido generalmente (con referencia al positivismo del primer positivista, Jeremy Bentham) en Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (1986): “Bentham está de acuerdo con Coke en que la razón del *Common Law* es ‘razón artificial’, aunque Bentham prefiere llamarla ‘técnica’, es decir, ‘absurda y deshonesta’” (p. 271).

⁶⁹ *Cfr.* Raz, *The Authority of Law* (1979), p. 75: “los tribunales tienen discreción cuando se les requiere aplicar consideraciones morales”.

casos. En otras palabras, los positivistas contemporáneos han abierto la puerta para una forma irracional de ‘razón artificial’ (sólo los jueces tienen la sabiduría de decidir cómo van a emplear su discreción) y de este modo ellos han traicionado sus orígenes históricos⁷⁰. Mientras la queja tradicional contra el positivismo contemporáneo consiste en que conduce a una teoría formalista de la adjudicación, en realidad lo opuesto es verdad: conduce al escepticismo generalizado y a la vulgarización⁷¹.

El llamado ‘iusnaturalismo’, por su parte, enfrenta una alternativa que lo priva de interés: o insiste en la concepción medieval del derecho no creado sino descubierto a través del uso de la razón (negando en consecuencia, la idea misma de autogobierno en que se basan nuestras prácticas políticas e, incidentalmente, los últimos dos o tres siglos de la historia de la humanidad) o acepta la artificialidad y contingencia del derecho y se refugia, como lo ha hecho John Finnis en lo que es probablemente el más sofisticado y profundo intento de rescatar una tradición ya agotada⁷², en una tesis dogmática sobre la “recta” razón práctica, cuyo significado político sólo puede ser pretender para las opiniones propias, por el hecho de ser propias, una autoridad privilegiada. En el primer caso, el ‘iusnaturalismo’ es irrelevante, porque es tan extraño a nuestra historia y nuestras prácticas que no nos interpela; en el segundo es autoritario, porque desconoce el hecho moderno del pluralismo⁷³.

El derecho natural experimentó un ‘resurgimiento’ después de la Segunda Guerra Mundial, simbolizado en la reacción de Gustav Radbruch que después de la experiencia del nazismo en Alemania abjura de su positivismo imputándole parte de la responsabilidad por el Holocausto⁷⁴. Pero la

⁷⁰ Una posición escéptica respecto del derecho (*i.e.* una que sostiene que el derecho otorga discreción al juzgador cuando hace referencia a estándares discutibles) es entonces culturalmente conservadora. Bruce Ackerman ha sostenido esto respecto del *enfant terrible* del derecho norteamericano, el realismo jurídico norteamericano. Véase Ackerman, *Reconstructing American Law* (1984) y Ackerman, *Del Realismo al Constructivismo Jurídico* (1984).

⁷¹ El tema es discutido en Atria, “Legalismo, Política y Derechos” (2003), pp. 161-195; véase también Atria, “Del Derecho y del Razonamiento Jurídico” (1999).

⁷² Me refiero a Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980) [*Ley Natural y Derechos Naturales* (2000)].

⁷³ Para la idea del ‘hecho del pluralismo’, véase Rawls, *Political Liberalism* (1993), pp. 36-40 [Rawls, *Liberalismo Político* (1996), pp. 57-60]. El desacuerdo, por supuesto, siempre ha existido; la propia estructura de la *Suma Teológica* de Aquino lo muestra; pero el desacuerdo en la modernidad, que mira a lo político como contingencia y no naturalmente ordenado, es cualitativamente distinto en sus consecuencias políticas. La mejor formulación de esta idea está en MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory* (1985), cap 2 y *passim* (MacIntyre, *Tras la Virtud*, 1987).

⁷⁴ Véase Radbruch, “Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal” ([1946] 1980), véase también Kaufman y Hassemmer (eds.), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo* ([1971] 1992), pp. 96-97, y Finch, *Introducción a la Teoría del Derecho* (1977), pp. 67-95.

experiencia chilena muestra que esa fue una reacción equivocada, porque el Terror ocurre con ideólogos iusnaturalistas o positivistas. Para nosotros, los chilenos, la versión más conocida del iusnaturalismo es la segunda, la autoritaria. De hecho, las voces de nuestros profesores de derecho natural no fueron particularmente críticas durante el Terror⁷⁵.

IV. DOS CONCEPTOS DE DERECHOS HUMANOS

La decisión acerca de cómo los nuevos gobiernos democráticos enfrentarán un legado de violencia excepcional es, desde luego, una decisión que requiere de *juicio* político, y la utilidad de una fórmula general al respecto es escasa. Ella depende de muchos factores, como la naturaleza de los abusos, la continuidad o falta de ella entre el gobierno entrante y el saliente, el liderazgo político, el tiempo que ha pasado entre los abusos y el fin del gobierno abusivo, y cuestiones por el estilo⁷⁶. A pesar de lo obvio de esta idea, creo que podemos decir algo en general sobre el significado de diferentes estrategias. Quiero aquí discutir las diferencias entre las dos estrategias indicadas al comienzo, la jurídica (*i.e.* la centrada en la persecución penal de la mayor cantidad posible de agentes del Terror) y la política (como una Comisión de Verdad y Reconciliación junto con una mayor o menor disposición a renunciar a, o, como lo hicieron los uruguayos, a declarar la ‘caducidad de la pretensión punitiva del Estado’ contra los agentes del Terror). En la discusión latinoamericana parece ser evidente que la estrategia judicial es siempre preferible, si las circunstancias lo permiten, y que sólo cuando las circunstancias no lo permiten debe intentarse algún tipo de estrategia política. Por ejemplo, Carlos Nino creía que:

Si una comisión de verdad reemplaza el sistema de justicia criminal, sin embargo, será una opción forzada [*second-best*], ya que la indagación pública es mucho más precisa y mucho más dramática cuando se lleva a cabo a través de un juicio, con el acusado contribuyendo al desarrollo de la historia⁷⁷.

Pero un juicio no puede tener en cuenta precisamente lo que hace que las llamadas ‘violaciones a los derechos humanos’ sean particularmente

⁷⁵ Al respecto véase, para el caso de Jaime Guzmán, Cristi, *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán* (2000), pp. 156-160.

⁷⁶ Véase Nino, *Radical Evil on Trial* (1996), pp. 126-7, quien incluso elabora una fórmula matemática (!) para aproximar “la probabilidad de la justicia retroactiva progrese durante un proceso de democratización”.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 146.

atrocies. No es el hecho de que muchas personas murieron (más personas mueren en accidentes de tránsito en Chile en un par de años), sino el hecho que fueron asesinados o torturados como parte de una política gubernamental de exterminio. Pero el punto central de los juicios criminales es que se centran en responsabilidades individuales, y esto tiende a soslayar el hecho de que el problema principal no es uno de agencia individual⁷⁸. Esto es exactamente lo que sucedió en Chile. Miembros importantes de los servicios de inteligencia de la dictadura han sido condenados (entre otros el general Manuel Contreras, cabeza de la DINA durante los peores años del Terror), pero el impacto de esta condena sobre la deliberación pública (en el sentido explicado más arriba) ha sido reducido por el hecho de que fue Manuel Contreras, en vez de la DINA, el condenado. Y la DINA como DINA no puede ser procesada. Sólo una comisión de verdad y reconciliación puede juzgar a la DINA como tal. De esto se sigue que, en la medida en que el problema de la transición consiste en asumir de algún modo el significado de la violencia excepcional, más que el de una lista de atrocidades individuales, una estrategia política como una comisión nacional no es sólo una salida alternativa cuando es imposible la vía judicial.

El énfasis en la vía judicial corresponde a la idea, ya mencionada, de que la promesa de Aylwin ‘nunca más’ debe ser redimida a través del derecho. El significado de esto es que la solución para el problema de la transición no será producido a través de la acción política, sino a través de la *despolitización* (i.e. legalización, normalización) de la cuestión⁷⁹. Y aquí llegamos al problema de las etiquetas al que aludí al principio⁸⁰. La etiqueta común del ‘problema’ de la transición es ‘violaciones a los derechos humanos’. Pero hay un sentido en el cual ésta es una etiqueta demasiado débil. Considérese, por ejemplo, la siguiente afirmación contenida en el *Informe Rettig*, respecto de un grupo de 14 personas arrestadas en octubre de 1973:

la Comisión se formó la convicción de que las muertes de las catorce personas antes individualizadas correspondieron a ejecuciones de responsabilidad de agentes del Estado que actuaron al margen de

⁷⁸ Este punto ha sido destacado por Otto Kirchheimer: “hay una contradicción intrínseca entre los medios judiciales y los fines políticos. La acción política se dirige a cambiar o confirmar las relaciones de poder; el aparato judicial sirve para resolver conflictos limitados entre individuos y la comunidad, o entre individuos, de acuerdo a reglas previamente conocidas” (Kirchheimer, “Politics and Justice” (1969), p. 409). La promesa de Aylwin, ‘nunca más’ sólo puede ser redimida dándole al rechazo al Terror un estatus fundacional de la comunidad política chilena, no concibiéndolo como un conflicto entre víctimas y victimarios (o entre los victimarios y la comunidad).

⁷⁹ Para el sentido (cauto) en que uso la idea de que juridificar es despolitizar, véase *supra*, n. 7.

⁸⁰ Véase *supra*, n. 2.

toda legalidad, lo cual constituyó una violación de sus derechos humanos, en especial a la integridad física, al justo proceso y a la vida⁸¹.

El *Informe* también narra las torturas sufridas por uno de los 14, Eugenio Ruiz-Tagle, citando la descripción de su cuerpo dada a la Comisión por “su madre, que pudo ver un momento el cadáver”:

le faltaba un ojo, tenía la nariz arrancada, una oreja que se le veía unida y separada abajo, unas huellas de quemaduras muy profundas, como de cautín, en el cuello y la cara, la boca muy hinchada, quemaduras de cigarrillos, por la postura de la cabeza tenía el cuello quebrado, muchos tajos y hematomas⁸².

Supongo que, de acuerdo al lenguaje de la Comisión, debemos concluir que la tortura sufrida por Eugenio Ruiz-Tagle viola su derecho a la integridad física, mientras que su posterior ejecución viola su derecho a la vida (y el que todo esto hubiera sido sin forma de juicio viola su derecho al justo proceso). Pero decir que lo que Eugenio Ruiz-Tagle sufrió fue ‘una violación de su derecho humano a la integridad física’ no llega siquiera a insinuar la seriedad de lo que sucedió. Esto trae a la mente la afirmación de Simone Weil de que

es imposible, cuando se hace de [la noción de derecho] un uso exclusivo, permanecer con la vista fija sobre el verdadero problema. Un campesino, sobre el que presiona indiscretamente un comprador, en un mercado, para que le venda sus pollos a un precio moderado, puede muy bien responder: ‘tengo derecho a quedarme con mis pollos, si no se me ofrece un precio lo suficientemente bueno’. Pero una joven, a la que por fuerza se la intenta meter en un prostíbulo, no hablará de sus derechos. En tal situación, esa palabra parecería ridícula de tan insuficiente. Por eso el drama social, que es análogo a la segunda situación, se ha presentado falsamente, por el uso de esa palabra, como análogo al primero. El uso de esa palabra ha hecho, de lo que tenía que sea un grito surgido del fondo del corazón, un agrio griterío de reclamos y contra-reclamos que es tanto impuro como impráctico⁸³.

Creo que esta es una descripción excepcionalmente aguda del problema que la idea de ‘derechos humanos’ crea, cuando es aplicada a la descripción del Terror. El primer punto es obvio: hablar en este contexto de

⁸¹ Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe* (1991), p. 266.

⁸² *Ibid.*, p. 117.

⁸³ Weil, “La Persona y lo Sagrado” ([1950] 2000), p. 28. Véase también el extraordinario libro de Gaita, *A Common Humanity* (1998).

‘violaciones de derechos humanos’ hace imposible centrar la atención en el problema real: el problema no es que los derechos de alguien fueron violados, porque esa descripción no reconoce la diferencia, *en cuanto al tipo*, entre lo que le sucedió a Eugenio Ruiz-Tagle y la imposición que se efectúa sobre una persona para que realice una transacción comercial no deseada. Por supuesto, en un sentido, el derecho a la integridad física de una persona es violado si se le arranca la nariz, pero algo mucho más serio que la ‘violación de derechos humanos’ está sucediendo cuando ello ocurre. Usando el rótulo ‘violaciones de derechos humanos’ para describir situaciones como la que sufrió Eugenio Ruiz-Tagle y la que sufre el campesino cuando lo presionan para vender sus pollos, lo que estamos haciendo es asimilar ambos casos: estamos diciendo que lo que tienen en común es más de lo que los separa (esto es lo que hace a este vocabulario “impuro” cuando se usa para referirse a estos casos).

Los sistemas jurídicos decentes tienen diferentes formas para afrontar el reclamo de que un derecho (incluso humano) ha sido violado. No hay nada inusual en ese reclamo, y la decisión respecto de si al reclamante le asiste razón generalmente será controvertida. Esto se debe a que encuadrar un reclamo en términos de derechos invita al ‘agrrio griterío de reclamos y contra-reclamos’⁸⁴. Esto es lo que usualmente sucede cuando derechos (incluso derechos humanos) son invocados bajo condiciones políticas normales, dado que el contenido de los derechos es controvertido; ellos descansan sobre una concepción de la buena sociedad, y por lo mismo deben ser compatibilizados⁸⁵: el derecho de libertad de expresión debe ser compatibilizado con el derecho a la protección de la privacidad y el honor, el derecho a la vida de un Testigo de Jehová que no desea una transfusión de sangre debe ser compatibilizado con su derecho a la libertad religiosa, etc. Pero el valor de la idea de derechos humanos, cuando esta expresión es usada en la frase ‘violaciones de derechos humanos’, es que ninguna ‘compatibilización’ es aceptable: no se puede ‘compatibilizar’ mi ‘derecho’ a no ser torturado con tu derecho a ninguna cosa, por importante que sea. Esto es lo que se pierde cuando expresamos estos reclamos en términos de derechos (y por esto este vocabulario es “impráctico” en estos casos).

De alguna manera, hemos estado todo el tiempo dando vueltas alrededor de este problema: lo que queremos decir cuando decimos ‘violacio-

⁸⁴ El último ejemplo de este agrrio griterío de reclamos y contra-reclamos lo ofrece el Cardenal Errázuriz, que ha encontrado un ‘derecho a contraer matrimonio indisoluble’ para responder al ‘derecho a la libertad’ que utilizan los que defienden la introducción de la figura del divorcio vincular en la legislación chilena (véase la carta pastoral “¿Un siglo XXI sin matrimonio indisoluble?”, aparecida en *El Mercurio*, 20 de julio de 2003, Cuerpo D, Reportajes).

⁸⁵ Koskeniemi, “The Effect of Rights on Political Culture” (1999).

nes de derechos humanos' son dos asuntos diferentes: uno es el 'drama social' del tratamiento inhumano de seres humanos. Este es el drama de las violaciones de derechos humanos en situaciones excepcionales, cuando lo jurídico está suspendido. El otro es el problema de honrar los derechos en condiciones políticas normales. Pero bajo estas condiciones, los derechos humanos (o fundamentales o constitucionales) son conceptos políticos que son usados para expresar la importancia de algunos reclamos políticos, que como reclamos políticos están sujetos al proceso político.

De modo que, bajo condiciones políticas normales, los derechos no pueden ser elevados por sobre la política, dado que las controversias acerca de los derechos *son* controversias políticas. ¿Puede una persona usar su libertad de expresión para insultar a otra persona o grupo? ¿Tiene un Testigo de Jehová el derecho de no recibir una transfusión de sangre, eligiendo en su lugar la muerte? ¿Tiene un activista en huelga de hambre el derecho de ayunar, como Bobby Sands, hasta la muerte? ¿Tiene una mujer derecho a terminar su embarazo, o tiene el no nacido un derecho a la vida? ¿Tienen los indígenas el derecho a ser reconocidos como tales en la Constitución? ¿Tienen las personas con sida o con insuficiencia renal un derecho a recibir costosos tratamientos que reducirán los recursos disponibles, impidiendo así que otros padecimientos igualmente limitantes (o menos limitantes pero mucho más comunes) sean tratados?⁸⁶ No estoy ni por un minuto queriendo decir que estos interrogantes son triviales, o que su solución es en algún modo una cuestión indiferente o de poca importancia⁸⁷. Pero creo que éstos son asuntos políticos, por lo que no me sorprende (ni me indigna) encontrar que la respuesta a estas preguntas cambia cuando cruzo las fronteras de distintos Estados democráticos.

Las cosas son diferentes cuando usamos la expresión 'derechos humanos' para referirnos al derecho a no ser exterminado o torturado. Aquí no esperaré encontrar diferencias al cruzar la frontera entre dos Estados democráticos diferentes. *Estos* derechos deben ser elevados por sobre la política. Si pertenezco a un grupo que está siendo exterminado no estoy involucrado en un conflicto político con mis exterminadores; no los reconozco como *adversarios*, estoy en guerra con ellos como *enemigos*. El

⁸⁶ Éstos son sólo una lista, relativamente arbitraria, de algunos casos de derechos recientemente discutidos en Chile.

⁸⁷ De hecho, otra manera de expresar lo que estoy tratando de expresar es notar que *pareciera* que *por el solo hecho* de decir que todas estas cuestiones no están cubiertas por los derechos humanos en el sentido más estricto estoy sosteniendo que no son 'realmente' importantes. La conclusión pareciera ser, en consecuencia, que al legislador democrático sólo le corresponde decidir sobre cosas nimias.

problema es: no tenemos un lenguaje político para esto. Lo mejor que podemos hacer es pedir prestado lenguaje religioso: “en cada hombre hay algo sagrado”⁸⁸.

La pregunta, entonces, se presenta a sí misma: ¿Cómo podemos elevar estos ‘derechos’ por sobre la política? La respuesta rápida es que no podemos, ya que no hay nada sino política para hacerlo⁸⁹. Creo que ésta es la lectura más interesante de la tesis de Carl Schmitt según la cual la distinción básica que define lo político es la distinción entre amigo y enemigo⁹⁰. Esta tesis es habitualmente malentendida en el sentido de que celebra la disposición de los participantes del conflicto político a la intolerancia y la persecución. Pero es mucho más profunda, y apunta precisamente a la *contingencia* de lo político: la tesis no es que en política enfrentamos a nuestros oponentes como enemigos a ser aniquilados, sino que sólo la política, lo político, impide que el conflicto político termine en “la posibilidad real de matar físicamente”⁹¹. Para entender la importancia de este punto y su relación con la idea de ‘derechos humanos’ en sentido estricto es conveniente unir esta tesis de Schmitt con una idea fragmentariamente expresada por Hannah Arendt.

La tesis de Arendt que aquí me interesa es una que ella expresó magníficamente en dos comentarios separados, dos comentarios que habitualmente se confunden distorsionando su posición. El primero es uno que ella escribió en *La Condición Humana*:

Es muy significativo, elemento estructural en la esfera de los asuntos públicos, que los hombres sean incapaces de perdonar lo que no pueden castigar e incapaces de castigar lo que ha resultado ser imperdonable. Ésta es la verdadera marca de esas ofensas que, desde Kant, llamamos ‘mal radical’ y sobre cuya naturaleza se sabe tan

⁸⁸ Weil, “La Persona y lo Sagrado” ([1950] 2000), p. 17. No es raro que no haya lenguaje para referirse a lo constitutivo. Por eso la Declaración de Independencia Norteamericana (1776) declara: “Nosotros sostenemos, como verdades auto-evidentes, que todos los hombres nacen iguales (etc)”. Que las verdades sean auto-evidentes quiere decir que ellas no son aceptadas a través de la deliberación política, son las condiciones bajo las cuales lo que ellos llamaban ‘nosotros el pueblo de los Estados Unidos’ creían que la vida en común era posible. Aunque no puedo detenerme en este punto aquí, el momento constitutivo es el equivalente político a los que Soren Kierkegaard llamaba el momento de “suspensión teleológica de lo ético”, el paradigma del cual era Abraham subiendo al Monte Sinaí para ofrecer a Isaac en sacrificio (Gen 22:1-14). Respecto de este momento, Kierkegaard (significativamente asumiendo el pseudónimo de Johannes de *Silentio*) dice: “Abraham no puede ser mediado; en otras palabras, no puede hablar. Tan pronto como hablo expreso lo universal, y si no lo hago nadie me puede entender” (Kierkegaard, *Fear and Trembling* ([1843] 1983), p. 60). Por eso “uno no puede llorar por Abraham; uno se acerca a él con *horror religiosus*” (Ibid., p. 61).

⁸⁹ Atria, “Legalismo, Política y Derechos” (2003), p. 115ss.

⁹⁰ Schmitt, *El Concepto de lo Político* (1932), p. 56.

⁹¹ Ibid. p. 63.

poco. Lo único que sabemos es que no podemos castigar ni perdonar dichas ofensas que, por consiguiente, trascienden la esfera de los asuntos humanos y las potencialidades del poder humano⁹².

En el segundo, escrito años antes (en 1953) cuando la preocupación central de Arendt era el fenómeno del totalitarismo, Arendt dice acerca de éste lo que creo que con mayor razón podemos aplicar del Terror:

Mucha gente dice que uno no puede luchar contra el totalitarismo sin comprenderlo. Esto, afortunadamente, no es cierto; de otro modo nuestra situación sería desesperada⁹³.

No podemos perdonar, no podemos castigar, no podemos entender, y aun así podemos luchar. Los tiempos excepcionales no son tiempos para perdonar o para castigar, ni siquiera para entender: no son tiempos políticos. Son tiempos para luchar. El tiempo para pensar sobre el perdón, el castigo y la comprensión, el tiempo del derecho y el tiempo de la política vendrán más tarde, con la normalidad (y con ella tendremos el problema de decidir cómo entender el pasado).

La idea de derechos humanos en sentido estricto define la sacralidad de cada ser humano como algo que informa nuestra forma de existencia; aquellos que la niegan deben ser enfrentados aunque no podamos entenderlos. Y es aquí donde la tesis de Arendt se conecta con la de Schmitt:

Un conflicto extremo sólo puede ser reconocido, entendido y juzgado por los propios implicados; en rigor sólo cada uno de ellos puede decidir por sí mismo si la alteridad del extraño representa en el conflicto concreto y actual la negación del propio modo de existencia, y en consecuencia si hay que rechazarlo o combatirlo para preservar la propia forma esencial de vida⁹⁴.

El derecho no puede proteger derechos humanos si usamos el concepto de derechos humanos para hacer referencia, en una forma elíptica, a deberes básicos que se deben a otros fundados en la sacralidad de cada vida humana. Políticamente hablando, la real protección de la verdad auto-evidente de la naturaleza sagrada de cada ser humano, es que los 'propios

⁹² Arendt, *The Human Condition* (1958), p. 241 [*La Condición Humana* (1998), p. 260].

⁹³ Arendt, *The Difficulties of Understanding* (1953), p. 1. Este texto está publicado en castellano en Arendt, *De la Historia a la Acción*, pp. 29-46, cuya traducción, sin embargo, no he seguido. Para el sentido en que no es posible entender el Terror, véase Gaita, *A Common Humanity* (1998), p. 39. Vuelvo sobre este tema en la quinta sección.

⁹⁴ Schmitt, *El Concepto de lo Político* ([1932] 1998), p. 57. Esta frase aparece de modo ligera pero significativamente distinto en la versión inglesa: *Cfr. Schmitt, The Concept of the Political* ([1932] 1976), p. 27.

implicados reconozcan, entiendan y juzguen' la tortura y el exterminio como 'negando su forma de vida', incluso si ellos no son las víctimas directas. 'De otro modo nuestra situación es desesperada'.

Pero este no es el paso que hemos seguido en Chile; hemos tratado de castigar, perdonar, entender. Y hemos terminado banalizando el mal radical. Pusimos al derecho al servicio de los derechos humanos, y con esto hemos arriesgado también al derecho mismo, vulgarizándolo. Basta mirar el debate político para percatarse de que la apreciación de Simone Weil es correcta: cuando los derechos humanos (o fundamentales, o constitucionales) son invocados, ellos ya no "tocan ni despiertan en su fuente el espíritu de atención y amor"⁹⁵, sino más bien "evocan una guerra latente y despiertan el espíritu de contienda"⁹⁶; contra el derecho de libertad de expresión, el derecho a la privacidad, o a la protección del honor; contra el derecho de las mujeres sobre sus cuerpos, el derecho del que está por nacer; contra el derecho a la vida, la libertad religiosa, y así sucesivamente.

Y con este 'agrio griterío de reclamos y contra-reclamos' perdemos de vista lo que es realmente importante. Permítanme terminar esta sección con el final de la historia 'transicional' hasta ahora. La última iniciativa política del gobierno chileno para 'resolver' el problema transicional ha sido convocar una 'Mesa de Diálogo' sobre derechos humanos, donde familiares de las víctimas de 'violaciones de derechos humanos' y 'abogados de derechos humanos' se sentarían a hablar con representantes de las cuatro ramas de las fuerzas armadas. Los familiares de las víctimas, temiendo alguna forma de ley de 'punto final', se negaron a participar de la reunión⁹⁷, pero fue ampliamente entendido que los 'abogados de derechos humanos' los representarían informalmente. Otros (representando a la 'sociedad civil') también fueron invitados: científicos, historiadores, representantes de varias denominaciones religiosas, etc. Los partidos políticos, por su parte, permanecieron conspicuamente ausentes. El hecho de que se juntaran para discutir 'soluciones' a hechos descritos como 'violaciones de derechos' tuvo dos consecuencias importantes: en primer lugar, privatizó el asunto. El problema de las violaciones de derechos humanos no fue más uno de la polis chilena, sino un problema entre las víctimas (representadas por los abogados) y los transgresores. Como dijo José Zalaquett, un 'abogado de derechos humanos' particularmente influyente (que fue miembro de la Comisión Rettig y participó en la Mesa de Diálogo), el diálogo habría de

⁹⁵ Weil, "La Persona y lo Sagrado" ([1950] 2000), p. 28.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Cfr. Zalaquett, "La Mesa de Diálogo sobre Derechos Humanos y el Proceso de Transición Política en Chile" (2000), p. 14.

desarrollarse fundamentalmente entre los abogados de derechos humanos y los oficiales de las fuerzas armadas. Los representantes de otros sectores jugarían un rol de soporte moral y de contribución al diálogo⁹⁸.

Por cierto, como en cualquier otro conflicto creado por la violación de un derecho: si el derecho de un vendedor a recibir su pago es violado por el comprador, éste es un asunto entre comprador y vendedor. Si nos importan estas personas, o si su conflicto se extiende y comienza a entorpecer nuestras vidas, queremos que ellos se sienten a conversar y que resuelvan su confrontación. Pero es *su* problema. Por eso no es raro que, como dice Zalaquett, “el apretón de manos entre la abogada [Pereira] y el general Salgado pasó inmediatamente a constituirse en la imagen comunicacional del entendimiento alcanzado”⁹⁹.

La segunda consecuencia de que se hayan reunido alrededor de la Mesa para discutir ‘soluciones’ a violaciones de derechos, es que no pudieron escapar al agrio griterío del que hablaba Simone Weil. Sí, las fuerzas armadas efectivamente firmaron un ‘Acuerdo’ en el que aceptaron que entre los “hechos sobre los cuales no cabe otra actitud legítima que el rechazo y la condena” se encontraban “graves violaciones a los derechos humanos, en que incurrieron agentes de organizaciones del Estado durante el gobierno militar”, pero no lo hicieron sin dejar en claro que “Nos referimos también a la violencia política cometida por algunos opositores al régimen militar”¹⁰⁰. Más importante, el segundo párrafo del “Acuerdo” ofrece una explicación de los procesos que llevaron al *golpe* y luego al Terror:

Chile sufrió, a partir de la década de los 60, una espiral de violencia política, que los actores de entonces provocaron o no supieron evitar. Fue particularmente serio que algunos de ellos hayan propiciado la violencia como método de acción política. Este grave conflicto social y político culminó con los hechos del 11 de septiembre de

⁹⁸ Ibid., p. 15. Zalaquett dice que ésta era la apreciación inicial, pero “con el correr de las reuniones [...] se dio una participación más plena de todos sus miembros”. Pero por supuesto esta participación plena no desdice el hecho de que los protagonistas de la mesa eran víctimas y victimarios, porque el problema no es uno (privado, interno a la Mesa) de cuánto tiempo participa cada uno en la discusión sino uno público de qué es lo que está en discusión en la Mesa, quiénes son los principalmente interesados en el problema en cuya discusión (por hipótesis) todos participan. En este punto, Zalaquett (creo) concede que la impresión original era acertada; en definitiva “las propuestas sobre los puntos sustantivos del acuerdo provinieron de representantes de todos estos ‘bloques’ o ‘sectores’ [i.e. víctimas y victimarios]” (Ibid.).

⁹⁹ Ibid., p. 16.

¹⁰⁰ Mesa de Diálogo sobre Derechos Humanos, “Acuerdo” (2000).

1973, sobre los cuales los chilenos sostienen, legítimamente, distintas opiniones¹⁰¹.

Con esta declaración se cierra el círculo de una oportunidad perdida.

Esta oportunidad, la de ‘asumir’ el legado del Terror en un sentido re-fundacional, recibió expresión explícita en la promesa de Aylwin, ‘nunca más’, formulada apropiadamente el primer día (completo) de democracia después de la dictadura. Pero la retórica de los derechos fue la vencedora, y con ella la oportunidad se perdió: después de todo,

la noción de derechos está ligada con la noción de compartir, de intercambio, cantidad medible. Tiene un sabor comercial, esencialmente evocativo de afirmaciones y argumentos jurídicos¹⁰².

El argumento *no es* que la idea misma de derechos sea inapropiada:

Se le está haciendo daño a un ser humano cuando grita interiormente: ‘¿Por qué se me hace daño?’ Se equivoca a menudo en cuanto intenta darse cuenta de qué mal sufre, quién se lo inflige, por qué se le inflige. Pero el grito es infalible. El otro grito que se oye a menudo, ‘¿por qué el otro tiene más que yo?’ se refiere a los derechos. Debemos aprender a distinguir entre los dos quejidos y hacer todo lo posible, tan amablemente como sea posible, para aquietar el segundo, con la ayuda de un Código de justicia, tribunales ordinarios y la policía. Mentes capaces de resolver este problema pueden ser formadas en las escuelas de derecho.

Pero el otro grito, ‘¿por qué se me hace daño?’ sugiere otros problemas completamente diferentes, para los cuales el espíritu de verdad, justicia y amor es indispensable¹⁰³.

La queja del comprador al que no le entregan la cosa, así como la del periodista que ve su libro prohibido porque en él se injuriaba a otra persona, es del segundo tipo, y ‘con la ayuda de un código de justicia, tribunales ordinarios y la policía’ podemos responder a ella. La primera queja, ‘¿por qué se me hace daño?’ es infalible en el sentido de que no llama por una justificación (como la segunda) sino por la acción. No sirve responder ‘porque es necesario para salvar a Chile del cáncer marxista’ aunque eso sea, por hipótesis, verdadero. El problema es que las dos quejas no pueden ser distinguidas por el derecho. El derecho tratará a ambas de la misma manera. Por lo tanto: o banalizamos la primera queja, asimilándola a la segunda y respondiéndola con códigos de justicia, tribunales ordinarios y

¹⁰¹ Véase *Ibid.*, p. 482.

¹⁰² Weil, “La Persona y lo Sagrado” ([1950] 2000), p. 26.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 36.

la policía, o glorificamos a la segunda, vaciando de contenido a la política democrática (porque cualquier decisión que afecte los intereses de una persona será violación de un derecho).

V. NUNCA MÁS Y LA IDEA DE RECONCILIACIÓN

Al escribir la primera versión de este artículo, en marzo-mayo de 2003, la Mesa de Diálogo había sido la última, hasta ese momento, 'iniciativa política' para enfrentar el 'problema' de los derechos humanos. Desde ese entonces hasta hoy se han sucedido una serie de acontecimientos que podrían inducir a pensar de que algo distinto de lo que habíamos visto ha ocurrido. El Comandante en Jefe del Ejército, general Emilio Cheyre, ha declarado públicamente "hemos dado pruebas completas de que nunca más se violarán los derechos humanos"; también afirmó haber "sentido el dolor de las víctimas del proceso traumático que vivió Chile". Estas declaraciones fueron recibidas efusivamente, por cuanto era la primera vez que un comandante en jefe del Ejército se refería al problema en estos términos¹⁰⁴. También la Unión Demócrata Independiente, el partido político más identificado con la obra de la dictadura militar, aceptó por primera vez la existencia de "violaciones a los derechos humanos" y reconoció una deuda respecto de las víctimas directas e indirectas de ellas¹⁰⁵. El gobierno anuncia una propuesta sobre el tema, en la que se espera propondrá algún mecanismo de rebaja de penas a cambio de información sobre el paradero de los detenidos desaparecidos, al menos para el personal subalterno que participó en esas operaciones. En este contexto, surgió nuevamente la discusión sobre el DL 2192 de 1978, reavivada por las declaraciones (a las que ya he hecho referencia más arriba) del ministro Carlos Cerda y las de la presidente del Consejo de Defensa del Estado, Clara Szczeranski, quien deploró la inexistencia de una 'política criminal' que fije fines y establezca incentivos racionales para esos fines¹⁰⁶.

Lo característico de todas estas iniciativas, incluida, en la medida en que se anticipa, la del Gobierno, es que ellas continúan entendiendo el problema como uno privado, de personas que fueron brutalmente dañadas en el pasado y que requieren reparación (reparación ya en el sentido de indemnización monetaria, como propone la Unión Demócrata Independien-

¹⁰⁴ Declaraciones del general Emilio Cheyre, 13 de junio de 2003 (reproducidas en todos los medios periodísticos nacionales).

¹⁰⁵ "La Paz Ahora", citado *supra* n. 33.

¹⁰⁶ Véase *El Mercurio*, 19 de julio de 2003, p. C5.

te, o en el sentido de acceder a información sobre el destino final de sus familiares). Como las personas cuyas vidas son desbaratadas por una calamidad natural, su sufrimiento interpela nuestras conciencias y nos llama a hacer algo por ellas. Aunque no cabe duda (y no quiero dar la impresión de estar sosteniendo lo contrario) de que esto es un avance en relación a la situación como estaba a principios de este año, tampoco puede pasar inadvertido el hecho de que este arranque de simpatía¹⁰⁷ por las víctimas es análogo a los arranques de simpatía que producen las periódicas campañas de solidaridad con los que, por una razón u otra, han sido tratados duramente por la vida: con quienes ven sus viviendas inundadas, o quienes experimenta discapacidades físicas, etc. Uso conscientemente las palabras “han sido tratados duramente por la vida” porque enfatizan precisamente lo que pretendo enfatizar: que nuestra reacción hacia ellos se explica porque sentimos su dolor, pero es *su* dolor. Una vez que hayamos hecho lo posible para reparar, en la medida de nuestras posibilidades, su infortunio, no les deberemos nada por el saldo. Crucialmente, su dolor no nos hace reflexionar, como quería Nino, sobre nosotros mismos, sobre *quiénes somos*.

¿Puede ser de otra manera? Este artículo no necesita ser o contener un programa de acción sobre el tema. Estrictamente, podría limitarse a ser un comentario sobre una oportunidad perdida, una oportunidad de re-definición colectiva sobre la base de dar a la promesa de Aylwin una dimensión constitutiva que no fue aprovechada. Pero, aunque no fuera por otra razón, el argumento no sería completo si no incluyera al menos algún indicio de cómo puede una comunidad política reaccionar al Terror después de haber sido visitada por éste.

Antes de sugerir algunas ideas en ese sentido, me gustaría dar algunas pautas generales que, de acuerdo al argumento defendido en este artículo, deberían ser satisfechas por una estrategia razonable.

En primer lugar, el problema no puede ser reducido a un problema jurídico, de aplicación de la ley a casos particulares. Esto no quiere decir que no haya ningún aspecto de la estrategia que sea jurídicamente relevante (es difícil concebir algo así), pero sí quiere decir que este asunto debe ser enfrentado como un problema que no es puramente jurídico. Esto permite salvaguardar el derecho y contrarrestar, en la medida en que todavía es posible, las tendencias vulgarizadoras, y mantiene la excepcionalidad del Terror, porque es precisamente por esa naturaleza excepcional que no es posible limitar la reacción posterior a la respuesta normal de aplicación de la ley y sanción de los culpables.

¹⁰⁷ En el sentido de Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments* ([1759] 1984), p. 10.

En segundo lugar, la estrategia debe ser conectada a alguna concepción plausible de *reconciliación*. Aunque este es un tema sobre el que no es posible abundar aquí (espero poder hacerlo en el futuro, en lo que debe ser la secuela de este artículo), es necesario manejar algún concepto de reconciliación porque la contribución a esa finalidad será un criterio extraordinariamente importante en la selección de una estrategia. Aquí lo importante es notar que, como todo concepto político, el de reconciliación no es inmediatamente transparente: hay diversas concepciones de reconciliación, y las distintas estrategias posibles ‘corresponden’ a distintas concepciones de reconciliación.

Dadas estas dos condiciones, creo que hay mucho que aprender de la filosofía que inspiraba a la Truth and Reconciliation Commission (TRC) de Sudáfrica. Nótese que aludo a la ‘filosofía que inspiraba’ a la TRC y no a la TRC, porque tratándose de conceptos políticos en general es importante distinguir el concepto de su instanciación en el mundo, que está naturalmente afecta a más o menos compromisos y negociaciones. La TRC fue parte de un proceso fundado en el convencimiento de que

La unidad nacional, el bienestar de todos los ciudadanos sudafricanos y la paz requieren reconciliación entre los sudafricanos y la reconstrucción de la sociedad¹⁰⁸.

En lo que aquí nos interesa, el mecanismo institucional ideado para producir este reencuentro con un pasado que tendría una dimensión constitutiva (sobre el que se ‘reconstruiría la sociedad’) fue la ‘amnistía selectiva’. La Ley de Promoción de la Unidad y Reconciliación Nacional amnistiaba los “actos asociados con un objetivo político cometidos durante los conflictos del pasado”¹⁰⁹.

Pero esta amnistía no era automática, es decir no beneficiaba inmediatamente a todos los que hubieran realizado dichos actos. Quienes deseaban acceder al beneficio de la amnistía debían solicitarlo así al Comité de Amnistía de la TRC, y debían “revelar todos los hechos relevantes”¹¹⁰. Sólo quienes, a juicio de ese comité, cumplieran esas condiciones podían ser amnistiados.

Sin embargo, lo anterior no era todo. Como hemos visto, la Ley de Promoción de la Unidad y Reconciliación Nacional exigía que se tratara de actos asociados con un objetivo político, e incluso excluía de la posibilidad

¹⁰⁸ *Ley de Promoción de la Unidad y Reconciliación Nacional* (Nº 34 de 1995), Introducción.

¹⁰⁹ *Ibid.* s20(1).

¹¹⁰ *Ibid.*

de amnistía a las personas que hubieran realizado esos actos motivados por el beneficio personal o por odio o malicia individualmente dirigidos contra las víctimas¹¹¹. Estas condiciones intentaban caracterizar al acto de violencia propiamente político, y distinguirlo de actos no políticos ejecutados durante momentos de violencia política. En otras palabras, intentaba distinguir lo normal de lo excepcional. Lo que en los procesos jurisdiccionales normales está siempre-ya establecido, la normalidad del acto sometido a juicio, era puesto aquí en primer plano. Si el acto en cuestión era un acto de violencia normal no era aplicable la amnistía; si era violencia excepcional (y se cumplían las demás condiciones) el sujeto recibía el beneficio de la amnistía. Esto debe ser leído a la luz de esas otras condiciones. Cuando el Comité debía decidir sobre la satisfacción del requisito de revelación completa, debía hacerlo sin tener un acceso independiente a esos hechos que le hubiera permitido medir la extensión de la revelación. El Comité debía decidir si la revelación había sido completa, en otras palabras, sobre la base de las revelaciones mismas. Las revelaciones, ofrecidas en un contexto que les imponía (por la primera condición) un significado excepcional, creaban su propio criterio de suficiencia. En el mismo impulso el Comité debía determinar si había habido revelación completa y si el acto había sido excepcional, no normal. Aquí vemos cómo el resultado y el proceso se funden en uno. Esto mantiene la excepcionalidad del Terror, porque “los mecanismos jurídicos son utilizados para desafiar las operaciones jurídicas convencionales”¹¹². Lo que ocurre ante el Comité

es una ‘imagen en negativo’ de los mecanismos jurídicos convencionales: operaciones que devuelven a la vida las almas muertas de los ‘criminales’ de la sociedad¹¹³, cuyo punto de aplicación jurídico es precisamente un toque no-violento y por eso un toque invisible, que no toca, anti-violento: un desacoplamiento pasajero del derecho y la violencia¹¹⁴.

De modo que la primera condición, que no se reduzca el problema a su significación jurídico-judicial y que se mantenga la excepcionalidad de lo ocurrido, es cumplida por (algo parecido a) la experiencia sudafricana. ¿Qué hay de la segunda, es decir, de que la manera en que el Terror es asumido debe estar conectado a alguna concepción de la idea de reconciliación que le dé una dimensión constitutiva?

¹¹¹ Ibid. s20(3)(f)(i).

¹¹² Veitch, “The Legal Politics of Amnesty” (2000), p. 42.

¹¹³ El Comité de amnistía podía amnistiar a personas que ya habían sido judicialmente condenadas por los actos en cuestión. De hecho, la mayoría de los solicitantes se encontraba en esta condición.

¹¹⁴ Veitch, “The Legal Politics of Amnesty” (2000), p. 37.

La discusión hoy en día parece estar ordenada por la dicotomía olvido/justicia: la opción es entre terminar los juicios lo más rápidamente posible, aplicando el DL 2191, o continuar los juicios hasta las últimas consecuencias. La primera posición entiende la reconciliación de modo tal que el olvido es necesario: reconciliación aquí significa olvidar lo ocurrido y mirar hacia delante. La contracara de esta posición entiende a la reconciliación como expiación, por lo que exige castigo o al menos público reconocimiento de la culpa. No hay reconciliación, en esta clave, sin castigo.

Estas dos visiones de la reconciliación asignan a ésta un sentido *privado*, *i.e.* reconciliación como reencuentro de víctima y victimario. Éste es, incidentalmente, el significado que le asigna el derecho a la idea de ‘solución’ de un conflicto, que es lo más cerca que el derecho llega a la idea de reconciliación: restablecimiento del equilibrio entre víctima y victimario. El derecho no requiere que la víctima, por ejemplo, *perdone* al victimario para calificar el conflicto entre ambos como ‘resuelto’. Las dos concepciones de reconciliación, reconciliación como olvido, reconciliación como justicia, responde a dos formas de producir este restablecimiento: el desequilibrio provocado por el actor se restablece si la víctima olvida la agresión, o si el victimario recibe la sanción que en derecho corresponde. El significado público de la idea de reconciliación es distinto. Públicamente, la reconciliación supone el re-descubrimiento de la común humanidad de víctimas y victimarios. Implica descubrir que en algún sentido no evidente víctima y victimario son víctimas:

La fuerza es tan despiadada con el hombre que la posee, o cree poseerla, como lo es con su víctima; al segundo lo destruye, al primero lo intoxica. En realidad, nadie la posee¹¹⁵.

Nadie puede dejar de leer o escuchar los relatos de sesiones de tortura, por ejemplo, sin preguntarse ¿cómo es posible que esto haya ocurrido? Malentendiendo la pregunta quien responde apuntando a las causas sociológicas, históricas, filosóficas o psicológicas de ese hecho¹¹⁶. Esta es “una pregunta sin respuesta, y quien ofreciera una respuesta estaría malentendiendo” la naturaleza de la pregunta¹¹⁷.

Pero si no podemos entender estos hechos (como ya lo había notado Hannah Arendt¹¹⁸), sí podemos preguntarnos qué lo hizo posible. Y a eso podemos responder: era una situación gobernada por la fuerza, que destruye

¹¹⁵ Weil, *The Iliad, or the Poem of Force* ([1940] 1993), p. 11.

¹¹⁶ *Cfr.* Gaíta, *A Common Humanity* (1998), pp. 40-55.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 39.

¹¹⁸ *Cfr. supra*, texto que acompaña nn. 92-93.

al que la sufre, pero intoxica al que la posee o cree que la posee. La posesión de la fuerza en estas circunstancias intoxica a quien cree que la posee, lo intoxica en el sentido que lo hace perder la capacidad para “ese alto, ese intervalo de duda donde yace toda nuestra consideración para nuestros hermanos en humanidad”¹¹⁹. En *La Guerra y la Paz*, es precisamente ese intervalo de duda el que salva a Pedro cuando va a ser fusilado, por orden de Davout, como un espía ruso:

Davout subió la vista y lo miró intensamente. Por algunos segundos se miraron el uno al otro, y esa mirada salvó a Pedro. Aparte de las condiciones de la guerra y del derecho, esta mirada estableció relaciones humanas entre los dos hombres. En ese momento una inmensa cantidad de cosas pasó vagamente por sus mentes, y se dieron cuenta de que eran ambos hijos de la humanidad y que eran hermanos¹²⁰.

Davout no estaba intoxicado por la fuerza. La intoxicación de la que habla Simone Weil hace al agente perder la capacidad de dudar un instante y reconocer la humanidad de quien tiene al frente atado y desnudo, y por eso lo convierte también a él, al que posee (o cree que posee) la fuerza, en una cosa: “en el mismo grado, aunque en formas diversas, los que usan la fuerza y los que la sufren son transformados en piedras”¹²¹.

La pérdida del intervalo de duda es la pérdida de la capacidad para reconocer al otro como humano, *i.e.* la pérdida de la habilidad de *ser* humano. Un testimonio de esta deshumanización es la declaración del mayor Carlos Herrera en el proceso por el homicidio de Tucapel Jiménez:

En cuanto a las razones que se le entregaron [para justificar la orden de asesinar a la víctima], sostuvo que se le dijo que era indispensable la misión, porque “Tucapel Jiménez era un traidor”, y “dado el tiempo que se vivía en esos años, era un motivo más que suficiente, no necesité nada más”¹²².

La reconciliación, entonces, consiste en la posibilidad de ver a los victimarios como víctimas en algún sentido, *i.e.* como reducidos a objetos, des-humanizados (aunque en otra forma) por su propia ilusión de controlar la fuerza excepcional. Y entonces aparece la dimensión re-fundacional de la reconciliación. La violencia excepcional es la violencia de esa hora que no es la del derecho, la violencia que surge cuando el poder desaparece:

¹¹⁹ Weil, *The Iliad, or the Poem of Force* ([1940] 1993), p. 14.

¹²⁰ Tolstói, *La Guerra y la Paz*, libro XII, capítulo 10.

¹²¹ Weil, *The Iliad, or the Poem of Force* ([1940] 1993).

¹²² En *El Mercurio de Valparaíso*, 13 de abril de 2002.

El poder y la violencia son opuestos; cuando uno reina absolutamente, el otro está ausente. La violencia aparece cuando el poder está en peligro, pero entregada a sí misma termina en la desaparición del poder¹²³.

La existencia de poder, la existencia de lo político, entonces, es condición para llevar una vida propiamente humana¹²⁴. La reconciliación supone re-descubrir el valor de lo político. Esto es particularmente importante hoy, cuando lo político cada vez más se concibe como un espacio de gerencia, de pura racionalidad de medios ('solución de problemas'). Lo político a la luz de la reconciliación es lo que nos permite relacionarnos unos con otros como humanos, y de ese modo nos permite vivir como humanos, nos *hace* humanos.

Es este vínculo entre reconciliación y re-constitución, en que la reconciliación *es* el descubrimiento de un nuevo significado para lo político constituido por 'nosotros', lo que una amnistía selectiva siguiendo al modelo sudafricano sirve. Porque como las cosas políticas en general, la reconciliación es contingente: no hay garantía de que ella será posible. Más importantemente, no hay garantía que será posible respecto de todos. A algunos, sólo cabrá responderles como Hannah Arendt respondía a Eichmann:

Usted admitió que el crimen cometido contra el pueblo judío durante la guerra fue el más grande crimen registrado en la historia, y admite su rol en él. Pero dice que no actuó por motivos bajos, que nunca tuvo ninguna inclinación a matar a nadie, que nunca odió a los judíos, y que no podría haber actuado de otra manera y que no se siente culpable [...]. Pero del mismo modo en que usted apoyó y realizó una política de no querer compartir la tierra con el pueblo judío [...], creemos que no puede esperarse de nadie, es decir, de ningún miembro de la especie humana, que quiera compartir la tierra con usted. Esa es la razón, y la única razón, por la que debe ser colgado¹²⁵.

VI. CONCLUSIÓN

El debate sobre la 'solución' al problema de los derechos humanos ha estado siempre presente en la transición chilena. El conflicto siempre ha sido representado como enfrentado a quienes creen que debe haber verdad

¹²³ Arendt, *On Violence* (1969), p. 59.

¹²⁴ O, como dijo Hobbes en lo que probablemente es la frase más famosa de la filosofía política, en ausencia de lo político la vida es "solitary, poor, nasty, brutish and short" (Hobbes, *Leviathan*, Cap. 13).

¹²⁵ Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* ([1963] 1994), pp. 277-279.

y justicia como condición necesaria para la reconciliación, y quienes creen que la reconciliación sólo se puede alcanzar tendiendo un manto de olvido sobre esos hechos, imputándolos a ‘las circunstancias’ de esos años. No quiero dar la impresión de que este artículo pretende asumir una ‘tercera vía’ equidistante de las otras dos. De hecho, *si las alternativas son las dos recién enunciadas*, no tengo ninguna duda de que el compromiso con el futuro de la comunidad política chilena exige la primera; nunca he sido capaz de entender en qué sentido éste podría ser un tema del pasado. La idea de que las circunstancias en que el Terror se desató sobre Chile justifican o ‘explican’ los hechos en cuestión lleva forzosamente al corolario de que cuando esas circunstancias se repitan ellas producirán el mismo efecto de justificar o explicar esos actos. Lo que he tratado de argumentar en este artículo es que no hay ninguna razón por la cual las opciones tengan que estar reducidas a las dos enunciadas más arriba. El ‘problema de la transición’ no va a ser solucionado cuando todos los culpables se hallen entre rejas, sino cuando las comunidades post-transicionales se entiendan a sí mismas como *constitutivamente* comprometidas con la naturaleza sagrada de cada vida humana: ‘Nosotros, los que creemos en la verdad auto-evidente de que cada vida humana es sagrada’.

REFERENCIAS

- Ackerman, B. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. Barcelona: Ariel, 1984.
- Ackerman, B. *Reconstructing American Law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1984.
- Arendt, H. *The Difficulties of Understanding* [1953]. Incluido en la colección *The Hannah Arendt Papers at the Library of Congress*, disponible online en <http://memory.loc.gov/ammem/arendhtml/arendthome.html>.
- Arendt, H. *The Human Condition*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1958.
- Arendt, H. *On Violence*. San Diego, CA: Harcourt Brace and Company, 1969.
- Arendt, H. *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*. London: Penguin, 1994; edición orig. 1963.
- Arendt, H. *De la Historia a la Acción*. Barcelona: Paidós, 1998.
- Arendt, H. *La Condición Humana*. Barcelona: Paidós, 1998; edición orig. 1958.
- Atiyah, P S. “Form and Substance in Contract Law”. En Atiyah, *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1984, pp. 93-120.
- Atria, F. *Los Peligros de la Constitución*. Santiago: Universidad Diego Portales, 1997.
- Atria, F. “Del Derecho y del Razonamiento Jurídico”. *Doxa*, 22 (1999), pp. 79-119.
- Atria, F. “Concepciones de la Función Judicial: El Caso de la Igualdad ante la Ley”. En González y Viveros (eds), *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2000, pp. 111-143.
- Atria, F. “Las Circunstancias de la Derrotabilidad”. *Revista de Ciencias Sociales*, 45 (2000), pp. 437-467.

- Atria, F. "Revisión Judicial: El Síndrome de la Víctima Insatisfecha". *Estudios Públicos*, 79 (2000), pp. 347-402.
- Atria, F. "Inaplicabilidad y Coherencia: Contra la Ideología del Legalismo". *Revista de Derecho*, 12 (2001), pp. 119-156.
- Atria, F. "Legalismo y Reflexividad: La Contraloría como Modelo". En J. Pallavicini y R. Herrera (eds), *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho*. Santiago: Contraloría General de la República, 2002, pp. 277-302.
- Atria, F. *On Law and Legal Reasoning*. Oxford: Hart Publishers, 2002.
- Atria, F. "Legalismo, Política y Derechos". En Alegre, do Amaral *et al.*, *Los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- Aylwin, P. *La Transición Chilena: Discursos Escogidos*. Santiago: Andrés Bello, 1992.
- Aylwin, P. *El Reencuentro de los Demócratas*. Santiago: Ediciones Grupo Zeta, 1998.
- Bickel, A. *The Least Dangerous Branch*. New Haven, CT: Yale University Press, 1986; edición orig. 1962.
- Campbell, T. "Incorporation through Interpretation". En Campbell, Ewin y Tomkins (eds), *Sceptical Essays on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 79-101.
- Cea, J. L. "Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno". En Peña, *Práctica Constitucional y Derechos Humanos*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1997, pp. 11-69.
- Cerda, C. "El Juicio Jurisdiccional y sus Limitaciones Normativas a la Luz de los Artículos 19 a 24 del Código Civil". En Cerda (ed.), *Razonamiento Judicial*. Santiago: Universidad Diego Portales, 1995, pp. 759-772.
- Cerda, C. Declaraciones a radio Cooperativa, reproducidas por *El Mercurio*, 8 de julio de 2003, C3.
- Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. *Informe*. Santiago: La Nación, 1991.
- Correa Sutil, J. "Cenicienta Se Queda en la Fiesta: El Poder Judicial en la Década de los 90". En Drake y Jaksic (eds), *El Modelo Chileno*. Santiago: LOM, 1999, pp. 281-315.
- Corte Suprema. "Respuesta de la Corte Suprema al Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación". *Estudios Públicos*, 42 (1991), pp. 237-250.
- Cristi, R. *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán*. Santiago: LOM, 2000.
- D'Ors, A. *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1991.
- El Mercurio*. "La Semana Política" (editorial), 13 de julio de 2003, A3.
- Elster, J. "Retribution in the Transition to Democracy". En Soeteman (ed.), *Pluralism and Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 19-36.
- Errázuriz, Francisco Javier (Cardenal). "¿Un Siglo XXI sin Matrimonio Indisoluble?". *El Mercurio*, 20 de julio de 2003, Cuerpo D, Reportajes.
- Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2003.
- Finch, J. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Barcelona: Labor, 1977; edición orig. 1974.
- Finnis, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- Finnis, J. *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000; edición orig. 1980.
- Fuller, L. "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart". *Harvard Law Review*, 71 (1958), pp. 630-672.
- Fuller, L. *El Caso de los Exploradores de Cavernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987; edición orig. 1949.
- Gaita, R. *A Common Humanity*. London: Routledge, 1998.

- Gómez, G. (ed.). *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*. Santiago: Universidad Diego Portales, 1996.
- Gómez, G. (ed.). *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma*. Santiago: Universidad Diego Portales, 1999.
- Guzmán, A. *Derecho Privado Romano*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- Hart, H L A. "Positivism and the Separation between Law and Morals". En Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1958, pp. 49-87.
- Herrera, Carlos. Declaraciones. *El Mercurio de Valparaíso*, 13 de abril de 2002.
- Hobbes, T. *Leviathan*. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- Ihering, R. "La Posesión: Teoría Simplificada" [1869]. En Ihering, *Estudios Jurídicos*. Buenos Aires: Heliasta, 1974, pp. 161-222.
- Ihering, R. *Espíritu del Derecho Romano [1853-1865]*. Granada: Comares, 1998.
- Illanes, Claudio. Carta al director. *El Mercurio*, 13 de julio de 2003, A2.
- Janis, Kay y Bradley. *European Human Rights Law*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Kaufman, A y W Hassemer (eds). *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992; edición orig. 1971.
- Kierkegaard, S. *Fear and Trembling*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1983; edición orig. 1843.
- Kirchheimer, O. *Political Justice*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1961.
- Kirchheimer, O. "Politics and Justice". En Kirchheimer, *Politics, Law and Social Change*. New York, NY: Columbia University Press, 1969, pp. 408-427.
- Koskenniemi, M. "The Effect of Rights on Political Culture". En Alston (ed.), *The EU and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Kramer, M. *In Defense of Legal Positivists: Law Without Trimmings*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- Kunkel, W. *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: Ariel, 1994; edición orig. 1966.
- MacIntyre, A. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. London: Duckworth, 1985.
- MacIntyre, A. *Tras la Virtud*. Barcelona: Crítica, 1987.
- Marmor, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Mesa de Diálogo sobre Derechos Humanos. "Acuerdo". *Estudios Públicos*, 79 (2000), pp. 481-487.
- Moore, M. "Interpreting Interpretation" [1986]. En Moore, *Educating Oneself in Public*. Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 424-452.
- Nino, C. *Radical Evil on Trial*. New Haven, CT: Yale University Press, 1996.
- Peña, C. *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, s.f..
- Postema, G. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- Radbruch, G. "Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal" [1946]. En Radbruch, *El Hombre en el Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1980, pp. 127-141.
- Rawls, J. *Political Liberalism*. New York, NY: Columbia University Press, 1993.
- Rawls, J. *Liberalismo Político*. Barcelona: Crítica, 1996.
- Raz, J. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Raz, J. "On the Nature of Law. *Archiv für Rechts: und Sozialphilosophie*, 82 (1996), pp. 1-25.
- Rodríguez, P. "¿Jueces o Legisladores?". *El Mercurio*, 11 de julio de 2003, A2.
- Rodríguez, P. "Derechos Humanos: Única Solución". *El Mercurio*, 20 de julio de 2003, A2.
- Ruiz-Tagle, P. "Apuntes sobre la Igualdad Constitucional en Chile". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (2000), pp. 19-48.

- Schmitt, C. *The Concept of the Political*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 1976.
- Schmitt, C. *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza, 1998; edición orig. 1932.
- Shklar, J. *Legalism*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986.
- Siete + 7 (revista). “Así Se espía a los Jueces” (reportaje), 11 de julio de 2003, pp. 40-43.
- Smith, A. *The Theory of Moral Sentiments*. Indianapolis: Liberty Fund, 1984; edición orig. 1759.
- Soto, E. (ed.). *Ordenamiento Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1980.
- Szczaranski, C. Declaraciones. *El Mercurio*, 19 de julio de 2003, C5.
- Teitel, R. “Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation”. *Yale Law Journal*, 106 (1997), pp. 2009-2080.
- Unión Demócrata Independiente (UDI). “La Paz Ahora”. Texto de propuesta sobre derechos humanos, 20 de junio de 2003.
- Valenzuela, R. *Los Sueños de la Razón*. Santiago: RIL Editores, 1999.
- Veitch, S. “The Legal Politics of Amnesty”. En Veitch y Christodoulidis (eds.), *Lethé’s Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- Weber, M. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1964; edición orig. 1922.
- Weber, M. *Economy and Society*. Berkeley: University of California Press, 1978; edición orig. 1922.
- Weil, S. *The Iliad, or the Poem of Force* [1940]. Wallingford, PA: Pendle Hill, 1993, pp. 24-55.
- Weil, S. “La Persona y lo Sagrado” [1950]. En Weil, *Escritos de Londres y Últimas Cartas*. Madrid: Trotta, 2000.
- Zalaquett, J. “La Mesa de Diálogo sobre Derechos Humanos y el Proceso de Transición Política en Chile”. *Estudios Públicos*, 79 (2000), pp. 5-30.
- Zimmermann, R. *Law of Obligations*. Cape Town: Juta, 1990. □