



Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas

ISSN: 1657-8953

yadira.caballero@usa.edu.co

Universidad Sergio Arboleda

Colombia

Figueroa Rubio, Sebastián

Derechos y Humanos sobre la exclusión a través del derecho

Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, vol. 9, núm. 17, julio-diciembre, 2009, pp. 15-44

Universidad Sergio Arboleda

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100212301003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Derechos y Humanos sobre la exclusión a través del derecho*

Human and Rights about The exclusion through law

Recibido: 10 de julio de 2009 - Revisado: 15 de julio de 2009 - Aceptado: 30 de noviembre de 2009

Sebastián Figueroa Rubio**

Resumen

En el presente texto el autor desarrolla la idea que el Derecho en la modernidad se caracteriza por intentar abarcar toda la existencia del ser humano, normando desde su nacimiento hasta su muerte (I). En este contexto el concepto de persona es clave y ha sido determinante para poder acceder a los beneficios de las comunidades, organizadas en Estados, a través de derechos (II). Ante ello, en las últimas décadas se ha suscitado una serie de discusiones sobre la inclusión o exclusión de individuos y grupos, ya sea ampliando o reduciendo el acceso a derechos (III). En esto se han desarrollado ciertas herramientas jurídicas destinadas a la exclusión, como lo son la condicionalidad de los derechos, la denegación organizada de justicia y la creación de subestatutos e identidades (IV).

Palabras Claves

Exclusión, Persona, Derechos.

Abstract

Through this paper the author developed the idea that during the modern era, the law has been characterized by trying to cover up the whole human being existence, regulating it from born to death (I). In this context, the person is a key concept and it has been determinant for individuals to access the community benefits, organized in States, through rights (II). In the last decades, several discussions have been sustained about inclusion and exclusion of individuals and groups, by increasing or reducing the access to rights (III). Thus, certain legal tools have been developed focused on exclusion, such as conditionality of rights, organized denegation of justice and creation of under-statutes and identities (IV).

Key words

Exclusion, Person, Rights.

* Artículo resultado de investigación

** Egresado de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante ad honorem de los Departamentos de Ciencias del Derecho y de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Correo electrónico:
figueroa.sebastian@gmail.com

“Añadió que ya me había oído hablar demasiado sobre el asunto de la guerra, tanto en ésta como en otras ocasiones, y existía otro tema que le causaba cierta perplejidad. En cierta ocasión, yo le dije que algunos hombres de nuestra tripulación habían abandonado su país a causa de que la *ley*, creada para la protección de *todos* los hombres, pudiera ser la ruina de algunos. Por consiguiente me rogaba que le informara mejor de qué quería decir cuando le hablaba de la *ley* y sus administradores de acuerdo a las prácticas del momento en mi país”

Jonathan Swift (*Los viajes de Gulliver*)

Podemos decir, sin grandes problemas, que una constante en la historia es la exclusión de grandes grupos de individuos de los beneficios que se pueden adquirir a través de la comunidad, generando grupos privilegiados constituidos ya sea económica, religiosa, política o socialmente, o mediante una mezcla de estas variables. En esto, el Derecho, lo jurídico, cumple un rol muy importante al fijar las normas que determinan las formas sociales, tanto en las relaciones entre los individuos como entre estos y las instituciones de la comunidad. Pensar en el derecho como un montón de leyes escritas y jueces interpretando contratos no es suficiente, pues este se encuentra conectado directamente con el diario vivir de los individuos y con las decisiones de quienes gobiernan, dando marcos y herramientas que determinan la posibilidad de movimiento de ambos. Para aprehender lo jurídico es necesario, entonces, ver dos cosas que se hacen imprescindibles: los discursos (doctrinarios, sociales, políticos) que rodean y determinan la ley, así como el sustrato empírico que toda norma supone para su aplicación¹.

Es que el derecho está íntimamente vinculado con la realidad a la que se quiere aplicar. Por una parte, todo sistema jurídico depende de cierta efectividad, ya sea porque se tiene la fuerza para aplicarlo², o porque sus normas son plausibles en el sentido de que regulan cosas posibles. Por otra parte, toda norma implica la elección de un ámbito de aplicación (individuos, materias, etc.) y toda elección conlleva la exclusión de todo otro grupo de cosas (individuos, materias, etc.) que no son consideradas. Tener en cuenta esto es importante porque el derecho tiende a ser la forma en que la “justicia” se encarna

en las sociedades contemporáneas. Parte de este trabajo se centra en ver las cosas que se excluyen del derecho y aquellas que éste ayuda a excluir.

En este sentido, como señala Giorgio Agamben, en la ley (forma básica que toma lo jurídico en la modernidad) está incluido aquello que excluye, especialmente por medio de la figura de la excepción³. Su definición proviene de la misma norma que señala y protege a la normalidad. Esta exclusión de la normalidad no implica sólo que determinados individuos se encuentren fuera del ámbito de protección de una norma, por decirlo de algún modo, sino que trae como consecuencia que ciertas formas de vida quedan excluidas del acceso a los bienes socialmente apreciados⁴, sean desperdiciadas⁵. Esto implica fuertes consecuencias en el diario vivir de los individuos en aspectos como la salud y la seguridad por medio de sucesos que van desde las limpiezas étnicas hasta prácticas clientelares en la entrega de beneficios sociales.

Esto resulta particularmente interesante de ver en las sociedades modernas y su autocomprensión, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, donde los discursos sobre los derechos humanos y la democracia presentan la posibilidad y la realidad de sociedades inclusivas, donde todos los individuos y grupos pueden gozar de todos los derechos y se busca que la totalidad de ellos goce de una *vida digna*⁶. En los últimos años, sin embargo, nos encontramos con una tendencia contraria a la del reconocimiento de derechos al mayor número de individuos posibles a través de una serie de mecanismos y formas jurídicas que, por vía de políticas públicas y discursos políticos, buscan crear perfiles de

individuos y grupos a los cuales quitar el acceso a los bienes socialmente apreciados. En estos movimientos pretendo centrar mi análisis.

En una primera parte de este trabajo quiero revisar ciertas características que adquiere el Derecho en sus relaciones con los cambios políticos, económicos y sociales en la modernidad, inexistentes en la antigüedad y determinantes en varios acontecimientos que estamos viviendo (I). Siguiendo lo anterior, me centraré principalmente en la revisión del concepto de persona y sus significados dentro de la tradición de pensamiento, especialmente en su forma jurídica (II). Luego revisaré cómo los sistemas han buscado, después de la Segunda Guerra Mundial, integrar a los individuos y grupos al goce de los bienes sociales, especialmente a los derechos, por lo menos, por la vía de crear normas y discursos inclusivos (III). Por último, me centraré en la tendencia contraria, que toma cada vez más fuerza, de excluir a diferentes grupos de individuos del concepto de persona y sus *privilegios*, parafraseando a Jakobs. Concluiré desarrollando brevemente un grupo de herramientas utilizadas para dicho fin (IV). En la presentación de estas ideas procuraré mostrar ejemplos cercanos a la realidad latinoamericana, con el fin de abrir el debate sobre cómo estamos actuando en la región respecto al trato de individuos.

I. Humanos y cosas

Es constante ver, dentro de las formas en que los seres humanos se han explicado el mundo, la realización de la distinción entre los humanos y las cosas. Se entiende que este animal (estos animales) con capacidades especiales o más desarrolladas (lenguaje, conciencia de sí, racionalidad, sociabilidad) se encuentra en una situación diferente de las demás cosas animadas e inanimadas del mundo que lo rodea y actúa conforme a ello. Un ejemplo claro de esto es el fenómeno de la propiedad, donde un sujeto humano o un grupo de estos se hace de una cosa con exclusión de los otros para utilizarla, gozar

de los frutos que de ella se deriven e incluso destruirla o regalarla.

Pero esta constante ha sido habitualmente desafiada por diversos usos dentro de las comunidades. Por ejemplo, en muchas sociedades de la historia nos encontramos con individuos que son tratados como cosas, formando parte del patrimonio de otros sujetos, pudiendo incluso ser vendidos, todo esto sin negar su pertenencia (biológica, diríamos) a la especie humana. Así ha ocurrido y ocurre con los esclavos, las mujeres, los empleados domésticos y los niños en diferentes épocas y lugares. Cabe tener presente que en algunos casos este estatus jurídico de esclavo se complementaba con un estatus social no del todo excluyente e incluso con la posibilidad de tener grandes propiedades⁷. Entonces, la distinción entre humanos y cosas no parece ser suficiente para entender las relaciones políticas y sociales entre los diferentes sujetos y su entorno o, por lo menos, resulta difusa, pues un sujeto de la especie humana puede tener diferentes posiciones ante diferentes realidades.

Vale la pena detenerse en algunas ideas antiguas y su tratamiento en la modernidad para comprender la conformación del derecho en las sociedades contemporáneas y ciertas características de la distinción humanos/cosas. En un primer punto, los griegos antiguos al hablar de “vida” usaban dos palabras: *zoé* y *bíos*, donde la primera correspondía a cualquier vida animal y la segunda a una forma de vida humana, esto es, a la realización del individuo por vía de su racionalidad u otro parámetro de tipo espiritual⁸. Solo se es verdaderamente hombre cuando se actúa por sobre la animalidad⁹. Esto definía, en un segundo punto, su vida política: en la Atenas del siglo V a.C. la realización del individuo como hombre verdadero se hacía en la comunidad, en la ciudadanía, en la participación en los asuntos del mundo¹⁰. Cabe señalar que en el espacio público sólo cabían cierto grupo de varones adultos que formaban lo público, diferente de lo privado (donde aún rige la nuda vida). Hannah Arendt nos señala al respecto que

“el rasgo distintivo de la esfera doméstica era que en dicha esfera los hombres vivían juntos llevados por sus necesidades y exigencias (...) la esfera de la *polis*, por el contrario, era la de la libertad, y existía una relación entre estas dos esferas, ya que resultaba lógico que el dominio de las necesidades vitales en la familia fuera la condición para la libertad de la *polis*. Bajo ninguna circunstancia podía ser la política solo un medio destinado a proteger a la sociedad”¹¹. Así aparece la necesidad como un fenómeno prepolítico (el hogar, la familia, *oikos*) que legitima cierto tipo de dominación (del padre sobre las mujeres, sus hijos y los sirvientes, por ejemplo), mientras que la libertad se localiza específicamente en la esfera política, donde todos son iguales y el discurso y la persuasión cumplen un rol importante. En este sentido, ser esclavo significaba estar sometido a la violencia de otro, independientemente de las riquezas que se tuvieran, “la *polis* se diferenciaba de la familia en que aquella solo conocía *iguales*, mientras que la segunda era el centro de la más estricta desigualdad. Ser libre significaba no estar sometido a la necesidad de la vida ni bajo el mando de alguien y no mandar sobre nadie, es decir, ni gobernar ni ser gobernado”¹².

En la modernidad, especialmente desde los siglos XVIII y XIX, se han difuminado muchas de estas ideas, reformulando o eliminando las distinciones señaladas. Esto ocurre, por una parte, en la aparición de lo que se ha denominado la Biopolítica, descrita por Foucault como “la entrada de la vida en la historia, en el campo de las técnicas políticas”¹³. El autor expresa: “Durante milenios, el hombre siguió siendo lo que era para Aristóteles: un animal viviente y además capaz de una existencia política; el hombre moderno es un animal en cuya política está puesta en entredicho su vida de ser viviente”¹⁴. De este modo, cambia la clásica forma en que se ve al poder estatal y sus funciones, haciéndose mucho más presente en el diario vivir, creando y destruyendo vida, decidiendo sobre ella, regulando mediante el derecho a los individuos desde su nacimiento (e incluso antes) hasta después de su muerte,

atacando las epidemias, obligando a la gente a realizarse transfusiones de sangre a pesar de no desearlo por motivos religiosos, etc. Concluye Foucault lo siguiente: “El [antiguo] derecho de soberanía es, entonces el de hacer morir y dejar vivir. Y luego se instala el nuevo derecho: el de hacer vivir y dejar morir”¹⁵. Este dejar morir tiene que ver con que existen formas de vidas que son desperdiciables, como veremos más adelante”¹⁶.

Por otra parte, y relacionado con lo anterior, nos encontramos con la supresión de la distinción público/privada en el sentido en que se entendía antiguamente. Hannah Arendt señala que esto ocurre debido al auge de lo social, apareciendo la distinción social/intimo: “La emergencia de la sociedad –el auge de la administración doméstica, sus actividades, problemas, planes organizativos– desde el oscuro interior del hogar a la luz de la esfera pública, no solo borró la línea fronteriza entre lo privado y lo político, sino que también cambió casi más allá de lo reconocible el significado de las dos palabras y su significación para la vida del individuo y del ciudadano”¹⁷, en la modernidad “el sentido de lo privado está tan agudamente opuesto a la esfera social –desconocida por los antiguos, que consideraban su contenido como materia privada– como a la política, propiamente hablando”¹⁸.

En resumen, en palabras de Agamben, “el ingreso de la *zoé* en la esfera de la *polis*, la politización de la nuda vida como tal, constituye el acontecimiento decisivo de la modernidad, que marca una transformación radical de las categorías políticas-filosóficas del pensamiento clásico”¹⁹. Esto trae como consecuencia que el derecho empieza a normar todos los ámbitos del individuo a toda edad, determinando sus diferentes etapas vitales en diferentes aspectos, expresándose, por ejemplo, en la idea de la ley como una norma universal y abstracta capaz de regular toda acción humana y en la idea de que los Estados protegen *la dignidad de la persona humana*. En las siguientes partes de este trabajo revisaré algunas consecuencias que tiene esto en la exclusión de individuos en los sistemas

sociales, revisando el concepto de persona que cumple un importante rol en esta invasión del derecho y, luego, viendo ciertas herramientas de exclusión.

II. Persona en la modernidad

El concepto de persona históricamente ha sido utilizado para hablar de algo que se le adjudica a determinado ente, cumpliendo funciones políticas, morales y sociales específicas²⁰. Esta adjudicación puede ser tanto de facultades y derechos como de expectativas normativas y, por lo general, se hace sobre un individuo de la especie humana (persona natural, en el caso jurídico), pero también se realiza sobre entes ficticios como en el caso de las denominadas “personas jurídicas”²¹. El concepto de persona es un concepto sortal, esto es, tiene la propiedad de que su uso sirve tanto para definir a un individuo como a la clase a la que este pertenece²², cuando hablamos de persona asumimos una igualdad entre los diversos entes que denominamos personas.

De todas maneras esta igualdad adquiere diferentes niveles y contenidos según el tipo de “personalidad” que tratemos de dilucidar, pues la personalidad puede adquirir diferentes significados como son el moral, el jurídico, el psicológico y el religioso. Como la “*persona*” designa características adquiridas y no dependientes de la naturaleza del hombre como ser genérico²³, un mismo sujeto puede ser considerado persona moral, social, económica, etc. y ser igual y diferente a otro, al mismo tiempo, en diferentes ámbitos. Estas características se construyen históricamente y, si bien, no son empíricas, sí necesitan de lo empírico para definirse; por de pronto, necesitan la existencia de un ser humano para adjudicarle personalidad, pero también se usan otros criterios.

Como este trabajo pretende reflexionar sobre la exclusión que se realiza utilizando el Derecho, mi análisis se centrará en el significado jurídico de persona utilizado en los sistemas

jurídico-filosóficos contemporáneos. De todas formas podemos, previamente, reconocer otros significados de ‘persona’ que son relevantes para el análisis²⁴.

En primer lugar está el referido al individuo humano en relación a su conciencia como presupuesto de su personalidad. John Locke caracteriza a la persona como aquel ser que tiene conciencia de sí mismo y que con el suceder de los hechos sigue siendo la misma conciencia, para esto último es necesario el uso de la memoria que permite igualar la identidad personal en distintos momentos. Así “para Locke somos personas sólo si, por ejemplo, podemos recordar parte de lo que hicimos, pensamos o sentimos ayer, y si somos también capaces de proyectarnos hacia el futuro para entender las consecuencias o hechos derivados de nuestros actos venideros”²⁵. Esta es la noción moderna de persona más elemental y está en la base de los distintos sistemas normativos, la idea de la conciencia de sí como supuesto básico para ser agente²⁶.

En segundo lugar, está la referida al sujeto social que suele construirse con base en los prejuicios y modelos que se desarrollan en las diversas comunidades. En este sentido, la exclusión de la personalidad social se hace basada en la estigmatización y la invisibilidad de diferentes tipos de sujetos y sus formas de vida. Así sucedió con las mujeres en diferentes ámbitos por muchos siglos y hoy día con ciertos grupos como los inmigrantes o los pueblos indígenas²⁷.

Otro punto de vista importante es el de la personalidad moral, debido a que refiere al otro gran sistema normativo (además del jurídico). Se la ha entendido como aquella donde un sujeto tiene la capacidad de ser apelado en base a deberes. En este sentido, la personalidad moral se funda en normas que van destinadas a un individuo que consideramos libre. Esto supone que el individuo puede ser conciente de que existen estos deberes y puede llevarlos a cabo,

haciéndose digno de reproche. El sistema moral desarrollado por Kant sería el ejemplo más influyente de ello²⁸. Cuando un individuo no puede representarse estos deberes (el niño hasta cierta edad o en ciertos casos de demencia) o no puede llevarlos a cabo (se encuentra en estado vegetal) los demás adquieren ante él lo que Strawson denomina una *actitud objetivante*, por medio de la cual neutralizamos nuestros mecanismos de reproche y le quitamos el estatus de persona moral²⁹.

La persona entendida jurídicamente, por su parte, funciona como un estatus (jurídico), esto es, usando la terminología de Kelsen, como un haz de normas que se aplican a determinado ente³⁰, más específicamente, se trata del más básico reconocimiento de derechos. En el derecho contemporáneo, es un estatus que se adjudica a todo miembro de la especie humana³¹ y le permite acceder a todos los derechos. Este reconocimiento jurídico es amplio y se le asigna a enfermos mentales, mujeres, hombres, niños, etc. Así, por ejemplo, lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que, en el caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana de 2005, señaló: “La falta del reconocimiento de la *personalidad jurídica* lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”³².

Hay un par de cosas que aclarar respecto a lo dicho. En primer lugar, la persona comprendida jurídicamente no es necesariamente blanco de expectativas normativas (a diferencia de la persona moral), es decir, no es definida porque se le exijan ciertos tipos de comportamientos, lo único que realmente la caracteriza es el ser titular de derechos. Así, por ejemplo, a los niños hasta cierta edad se les reconoce el derecho de propiedad, el de integridad física, el de libertad personal, entre otros, además de los específicos derechos del niño, pero no se les exige que se comporten con base en las normas del derecho

penal, se considera irreproachable (inimputable) por este³³. Por otra parte, un mayor de edad indocumentado o un paria nunca inscrito en un registro (que carece del estatus y no puede, por ejemplo, acceder a derechos sociales) si comete un delito es usualmente enjuiciado y condenado.

En segundo lugar, los derechos suelen tener límites y requisitos, por ejemplo el derecho a voto tiende a tener exigencias como la edad, al igual que ciertas formas de ejercer el derecho de propiedad, esto es parte de la comprensión que se tenga de los diferentes derechos y de que estos no son ilimitados, pero también tienen de trasfondo la idea de que toda persona podría ser titular de ellos (no se puede ser ciudadano sin ser persona, por ejemplo). Ahora, cuán razonables son estos límites y requisitos es parte de la discusión de este trabajo.

Por último, cabe señalar que el derecho no logra abarcar toda la realidad que busca normar, hay ámbitos de la vida que no están referidos a lo jurídico y, por otra parte, hay realidades en que el derecho actúa, pero en que el estatus jurídico de persona no influye, como en el caso de la reacción penal sobre ciertas personas, como se señaló anteriormente.

Las formas de personalidad recién revisadas están relacionadas entre sí: pueden recaer sobre un mismo individuo simultáneamente, aunque no necesariamente. Por otro lado, se influyen mutuamente de diversas formas, justificando sus cambios y presuponiéndose. Por ejemplo, el cambio del estatus jurídico de determinados individuos, como los extranjeros de determinado país, puede estar fuertemente influenciado por la personalidad social que estos tienen. Un caso paradigmático al respecto es el de los judíos en la Alemania nazi cuyo estatus cambió a causa de las “leyes de Nüremberg”³⁴. Además los prejuicios sociales también pueden adquirir efectos sobre la personalidad moral de una persona, como cuando se ve en establecimientos comerciales europeos la frase: *si ve a un chileno robando, déjelo, es su cultura*, donde se toma una actitud

objetivante, al menos discursivamente, ante una persona (por un acto moralmente reprochado como el robar) con base en prejuicios sociales. Todas estas relaciones y construcciones tienen de trasfondo un fuerte componente político y los diferentes centros de poder tienden a tener mucha influencia sobre la exclusión de sujetos y grupos. A continuación revisaré algunos discursos y discusiones que muestran esto.

III. Personalidad y Derechos

Como se ha visto (II), lo característico del concepto de persona es la adjudicación de ciertos predicados (derechos en el caso de lo jurídico) a determinado sujeto y la igualación de los diversos sujetos de los que se predica eso (todas las personas son iguales en cuanto tales entre sí). En este sentido, el estatus de persona no es el único dentro del ámbito jurídico, existen otros conjuntos de normas que se refieren a grupos de individuos. Así nos encontramos con el de nacionalidad, íntimamente vinculado al de persona³⁵, basado en la idea de que los sujetos se relacionan con los Estados (pertenecen a estos, son sus *naturales*) con base en ciertos criterios como el lugar donde nació un individuo o sus padres³⁶. De todas formas, la nacionalidad tiene como efecto, además de adquirir ciertos derechos (como el acceso a la ciudadanía en algunos casos), la generación de obligaciones como el defender al Estado en caso de guerra. También está la ya nombrada ciudadanía que, en su aspecto jurídico, implica el acceso a derechos políticos como el igual acceso a funciones públicas y el derecho a voto, de gran importancia social y política. De todos estos el estatus de persona es el más amplio, pues abarca más derechos y se extiende a más individuos. Por lo menos así ha funcionado en la modernidad³⁷.

Las constituciones y el Derecho Internacional tienden a consagrar el estatus de persona y los derechos fundamentales de los Estados Constitucionales son reconocidos a estas³⁸. Los ordenamientos constitucionales, herederos de

las ideas ilustradas, usualmente incluyen a los derechos fundamentales como centro del sistema y a la persona como titular de sus derechos (ya sean naturales o jurídicas). Esto se ve reforzado por el recientemente desarrollado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, basado en un acuerdo de ética política de gran alcance con consecuencias jurídicas expresadas en diferentes instrumentos y la creación de órganos administrativos, de control y jurisdiccionales, centrados en el desarrollo y la protección de los derechos de las personas.

Esta noción de protección de los individuos ha planteado la necesidad de dar cierta importancia al estatuto de persona. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su artículo 3 el *Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica*³⁹. La CIDH, enfrentando casos en que se litigaba sobre una posible violación a este derecho, señaló: “El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer”⁴⁰, y más adelante, en el mismo fallo, señala: “Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”⁴¹.

Las legislaciones de los Estados regulan el comienzo de la calidad de “persona” de un sujeto. En Chile, el artículo 74 del Código Civil expresa que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido

jamás.”⁴² A primera vista, pareciera ser simple la inclusión al estatus, es el mismo hecho natural del nacimiento el que nos hace entrar en él. De todas formas, nos encontramos rápidamente con la necesidad de realizar ciertas precisiones.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que esta entrada al estatus jurídico de persona depende de ciertos elementos tanto formales como materiales. Por ejemplo, es necesario tener un nombre⁴³ y un domicilio, pues estos son considerados *atributos de la personalidad* y son necesarios para, entre otras cosas, exigir cautela judicial en caso de violación de derechos, constituir una hipoteca o inscribirse en los programas sociales por los que se puede gozar de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. Esto ya es un gravamen para los individuos. Así, se ha expresado que la imposibilidad de las personas de acceder materialmente a una inscripción (en el Registro Civil, por ejemplo) implica una violación a dicho derecho⁴⁴. Además, hay que tener en cuenta que los parias no son usualmente considerados en los censos (en Chile sólo lo son desde 2002), pero la vagancia se castiga como delito.

La ley chilena también señala el momento en que se acaba la personalidad, considerando tres posibles casos: la muerte natural (terminación de las funciones vitales)⁴⁵, la muerte presunta (cuando un individuo ha desaparecido por cierto tiempo, ignorándose si vive)⁴⁶ y la muerte clínica (cuando se comprueba la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, mediante la certeza diagnóstica de la causa del mal y, al menos, dos electroencefalogramas)⁴⁷. En estos casos, los sujetos considerados “no-personas” dejan de gozar de los derechos que la Constitución y los tratados aseguran (a las personas). Esto implica la posibilidad de usar sus órganos para trasplantes y la repartición de sus bienes entre otros individuos a los que la ley da derecho. Así, por medio de la ley se definen los límites para poder gozar de derechos, en otras palabras, cuándo se está vivo y cuándo se está muerto, cuándo se existe o deja de existir para el Estado.

Otro aspecto relevante es el de la capacidad, pues, como señala un importante jurista chileno “el término persona significa precisamente un derecho, la posibilidad de ser sujeto de una relación jurídica”⁴⁸. En este sentido suele distinguirse la capacidad de goce (posibilidad de ser titular de derechos) de la capacidad de ejercicio (estar habilitado para ejercerlos y disponer de ellos por voluntad propia). La primera es la que se adquiere al nacer según lo revisado en el punto anterior. En este sentido, todo infante es titular de todos los derechos que consagra la Constitución y los tratados internacionales, pero no puede ejercerlos todos por diversos motivos. Así, la edad y la salud mental son exigencias para el ejercicio de determinados derechos fundamentales como el acceso a cargos públicos, a formar una familia a través del matrimonio o a disponer de sus bienes contratando con otros. Pero, al mismo tiempo, un infante no es responsable por los daños que ocasiona, sino que el derecho considera que lo son directamente (por su propio hecho) las personas a cuyo cargo está⁴⁹. Esto último refuerza el hecho de que ser persona asegura derechos, pero no significa estar sujeto a deberes, a pesar de que muchas veces los individuos sobre los que recaen ambos (derechos y deberes) coincidan.

La distinción entre personalidad y capacidad es muy importante y usualmente es confundida. Hay quienes proponen que existen diferentes niveles de personalidad, por lo que el niño que no tiene la disposición de sus bienes, no pudiendo ejercer plenamente su derecho a la propiedad, sería menos persona que el adulto que sí lo tiene. Me parece contraintuitivo decir que algunos son menos personas que otros, sobre todo con base en estos argumentos, pues según ellos, alguien que tiene sus bienes embargados y el juez que no puede comprar los bienes que se subastan en un juicio donde él forma parte del tribunal serían menos persona. Estos ejemplos hablan de la “capacidad jurídica” de celebrar ciertos actos o ejercer ciertos derechos y no de una mayor o menor “personalidad jurídica” de sus titulares.

Esta invasión del derecho a las diferentes esferas de la vida repercute en toda la técnica jurídica, tanto en la intención de excluir como de incluir a las personas al goce de los beneficios de la sociedad. La inclusión se ha hecho básicamente a través de la concesión de derechos y la construcción de la persona que goza de los mismos, así como creando mecanismos de garantía y protección. Sobre el contenido de la noción jurídica de persona en cuanto a los derechos que se adquieren, existe un relativo consenso en los diferentes sistemas jurídicos contemporáneos con diferentes niveles de aceptación. En un nivel elemental, de aceptación universal, nos encontramos con una serie de normas de *jus cogens* o de derecho internacional imperativo⁵⁰ como son la prohibición de esclavitud, la prohibición de tortura, algunas normas del debido proceso (principios de legalidad, de contradictorio, la presunción de inocencia, derecho a recurso), el principio de no discriminación y la obligación de investigar, enjuiciar y castigar a los autores de crímenes de guerra y de lesa humanidad⁵¹. Junto a estas normas, existen otros derechos que son aceptados en la mayoría de las constituciones del mundo y que se consagran en tratados internacionales (tanto a nivel universal como regional), las de los denominados derechos civiles (libertad ambulatoria, de culto, derecho de propiedad, etc.), políticos (igual acceso a funciones públicas, a voto, etc.) y sociales (a la educación, a prestaciones mínimas de salud, etc.). Por último, existen algunos derechos de grupos que necesitan especial protección y que están en pleno desarrollo como ocurre con los de los pueblos indígenas, los discapacitados y las mujeres. El acceso al estatuto de persona implica el aseguramiento del goce de estos derechos.

En este sentido, los derechos cumplen también una función de ser estándares de conducta para los gobiernos de los Estados, convirtiéndose su aseguramiento en algo considerado bueno y deseable, formándose organizaciones estatales, interestatales y no estatales que están usualmente monitoreando las obligaciones adquiridas de respetarlos, garantizarlos y promoverlos.

IV. No-Personas y exclusión

El movimiento jurídico, mostrado arriba, de adjudicar derechos sin grandes limitaciones a la gran mayoría de los seres humanos (hombres, mujeres, niños, discapacitados, indígenas, etc.) y el compromiso internacional adquirido al respecto, ha implicado la posibilidad de acceder a una vida digna a gran cantidad de miembros de la especie humana. Ante la gran expansión de bien-estar⁵² que significa el ampliar el concepto de persona y los derechos que implica, no es de extrañar la reacción en sentido contrario. Gran parte de las discusiones en torno a las normas jurídicas de los últimos años han ido en dirección de si dar o quitar derechos a los individuos (acceso a salud gratuita, voto a los inmigrantes y a nacionales que habitan en el extranjero, seguros de cesantía, flexibilidad laboral, interrogatorios duros para conseguir información valiosa, etc.) y a preguntarse si son estos deseables o no.

En este sentido, podemos ver en la actualidad una tendencia contraria a la de la entrega de derechos al mayor número de individuos posibles a través de una serie de mecanismos y formas jurídicas que buscan definir a ciertos sujetos como “no-personas”, por medio de políticas públicas y discursos que crean perfiles de individuos y grupos a quienes quitar el acceso a los derechos, convirtiendo a estos últimos (los derechos) en privilegios. Podemos entender a estas no-personas, siguiendo a Dal Lago como “aquellos seres humanos que intuitivamente son personas como nosotros (seres humanos dotados de una persona social y cultural), pero a los que le son revocadas –de hecho o de derecho, implícita o explícitamente, en las transacciones ordinarias o en lenguaje público– la calificación de personas y sus atribuciones relativas”⁵³. De la definición voy a desarrollar a continuación los aspectos jurídicos, aunque naturalmente se encuentren profundamente relacionados con aspectos políticos y sociales. Revisaré tres *herramientas de exclusión* jurídicas (técnicas

legislativas, administrativas y judiciales, así como discursos tendientes a excluir a los individuos y sus efectos prácticos directos): la condicionalidad de los derechos, la denegación organizada de justicia y la creación de *sub-status jurídicos*. Cabe señalar, en primer lugar, que estas no son las únicas herramientas que podemos reconocer⁵⁴ y, en segundo lugar, que generalmente se complementan entre sí y en ciertos casos, unas son supuestos de otras, como veremos sucintamente.

a. Condicionalidad de los derechos

Una de las herramientas utilizadas para excluir a los individuos del concepto de persona es el condicionar el goce y ejercicio de los derechos al cumplimiento de ciertos estándares de conducta y/o pertenencia a grupos. Si bien la teoría jurídica no considera los derechos (humanos, fundamentales) como absolutos, sino más bien como principios que aceptan cierto nivel de limitaciones, estas mismas limitaciones deben ser, a su vez, limitadas⁵⁵. También cabe considerar, como vimos más arriba, que varios derechos son considerados normas de *ius cogens*, lo que impide de manera más radical su limitación. Esto es especialmente importante en el caso de la praxis punitiva estatal donde gran cantidad de derechos (humanos, fundamentales) pueden verse afectados por la respuesta del Estado ante la comisión de delitos. Entonces, es importante preguntarse sobre las posibilidades razonables de actuar del Estado en cuanto a condicionar el acceso de los individuos a los derechos, como sucede en los casos de privación de libertad por comisión de delitos o la detención por disturbios en la vía pública⁵⁶, basados en el daño a terceros y al orden público.

Un claro ejemplo de la exclusión de individuos del estatus de persona es el denominado “Derecho Penal del Enemigo”, desarrollado teóricamente por Günther Jakobs. Este autor plantea que “un individuo que no admite ser obligado a entrar a un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios

del concepto de persona”⁵⁷. Propone una distinción entre lo que denomina Derecho Penal de Enemigo y Derecho Penal del Ciudadano, basado en si el individuo satisface ciertas garantías cognitivas necesarias para ser considerado persona a la hora de aplicar el *ius puniendi* estatal⁵⁸. De este modo, señala que “el enemigo es un individuo que no sólo de manera incidental (delincuencia sexual...), en su comportamiento o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada...) o, principalmente a través de su vinculación a una organización (terrorismo...), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta”⁵⁹, por lo que se le trata como un peligro al que hay que neutralizar. Para ellos se crea un estatuto especial (de enemigo, no persona) que, en los hechos, se expresaría con ciertas particularidades: “(1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva cambio del hecho producido por la del hecho que se va a producir (...); (2) falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento (...); (3) paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia (...); (4) supresión de las garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye actualmente el ejemplo clásico”⁶⁰.

De este modo, la neutralización del enemigo implica no sólo una afectación de la libertad personal, la vida privada y el patrimonio (cosa que sucede con toda la praxis punitiva estatal), sino que podemos avanzar y encontrar mayores particularidades, como la reducción de las garantías del debido proceso, una posible afectación a la integridad física y psíquica y una mucho más gravosa afectación a la libertad personal, además de que usualmente los enemigos condenados no pueden acceder nunca a más cargos públicos, no tienen derecho a voto, a formar sindicatos e, incluso, no pueden ser testigos de matrimonios⁶¹, es

decir, se les excluye completamente de la vida en sociedad. El peso de la prueba estatal se aminora, e incluso, se prescinde de ella, como veremos más adelante; se pierde el derecho a recurso; se realizan prisiones indefinidas sin cargos y para realizar interrogatorios (en donde suelen practicarse distintos tipos de tortura); en ocasiones, no se tiene acceso a un tribunal, ni derecho a procedimiento, ni abogado alguno. De esta manera, cuando consideramos lo que significa gozar de *los beneficios del concepto de persona*, vemos que se trata de ciertos derechos fundamentales de extrema importancia que en el último siglo se habían consagrado tanto en los Estados como a nivel internacional. Es relevante que el autor nos plantea que estos *beneficios* son condicionales en su aplicación, esto es, sólo se adquieren una vez que se satisface una expectativa cognitiva de fidelidad al derecho (“admitir ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía”)⁶².

Este tema ha sido objeto de varias discusiones en tribunales de justicia, así sucede por ejemplo con el tratamiento de los imputados mapuches en Chile y la aplicación de la ley antiterrorista con procedimientos y penas que violan los derechos de los imputados desproporcionadamente⁶³. Por otra parte, se ha desarrollado esta discusión basada en el tratamiento que se les debe dar a los prisioneros capturados por Estados Unidos en su *lucha contra el terrorismo* y que han sido encarcelados en el centro de detención ubicado en Guantánamo, Cuba. En estas prácticas se ha desarrollado el concepto de *enemigo combatiente* (*enemy combatant*) que se condice con los presupuestos de Jakobs para considerar a un individuo como enemigo, con sus correspondientes consecuencias jurídicas. De este modo, quienes caen prisioneros no tienen acceso a tribunales de justicia que revisen sus derechos y son víctimas de diferentes tipos de tortura.

El tema se ha discutido en la Corte Suprema de dicho país⁶⁴. Uno de los primeros fallos al respecto fue el del caso Hamdi *et al.* V.

Rumsfeld, Secretary Of Defense, *et al.*⁶⁵, donde se determinó que el Presidente de la República no puede, lisa y llanamente, sin méritos probatorios, determinar que una persona es enemigo combatiente, sino que se debe presentar la posibilidad al apresado de poder debatir su estatus ante un tercero imparcial. El voto de mayoría de la sentencia no cuestionó la existencia de los *enemigos combatientes*, sino que hizo más gravoso el clasificar a un individuo como tal. Más coherente con el sistema constitucional e internacional parecía ser la idea de que se merecía un debido proceso de ley como todo criminal, pero no aceptar la idea del enemigo como lo propusieron otros jueces⁶⁶. De todas maneras, en un fallo reciente (Boumediene *et al.* v Bush) la Corte volvió a revisar el tema y decidió que los extranjeros detenidos como *combatientes enemigos* en Guantánamo tienen el derecho a defenderse ante los tribunales como cualquier individuo nacional, superando en gran parte el problema. En realidad, la práctica no ha cambiado mucho⁶⁷.

Otra forma de condicionar los derechos se ve en el acceso a los sistemas de Seguridad Social. En diferentes países se castiga a quienes han cometido delitos y a sus familiares privándolos de dichos beneficios que emanan de sus derechos. Esto, basado en el desarrollo de lo que Loïc Wacquant denomina un *panoptismo administrativo*⁶⁸, donde se cruzan las informaciones desarrolladas por las Policías (de delitos y crímenes, pero también ofensas a agentes de la Policía y práctica de la prostitución) con las de los programas de asistencia social (con datos como la dependencia de las personas y su capacidad para incluirse dentro de la sociedad). Este cruce trae consecuencias como el “aplicar con más eficacia las decisiones de suspensión de los subsidios familiares en caso de delincuencia reiterada de un adolescente (es lo que sucede con varias decenas de miles de hogares anualmente) o para encontrar a tal o cual testigo o sospechoso siguiendo las ramificaciones de las ayudas sociales”⁶⁹. Los beneficios sociales además tienden a ser negados

a individuos clasificados como refugiados o apátridas, como veremos más adelante.

Por último, se debe tener en cuenta que la tenencia de dinero, el ser propietario, ha sido una fuente muy grande de exclusión en las sociedades modernas. Hasta hace unas décadas existía el voto censitario, por el cual sólo podía participar en la elección de gobernantes quien demostrara tener cierta cantidad de bienes o de ingresos. Hoy en día, la posibilidad de acceder a la justicia y la realización de ciertos trámites que son obligatorios realizar para, por ejemplo, adquirir una casa, sigue estando fuertemente condicionada por la tenencia de dinero. En el Archivo Judicial de Santiago, para poder acceder a una copia de un expediente o escritura pública se debe pagar en los siguientes términos: “La primera carilla por concepto de firma tiene un valor de \$4.300. Desde la segunda carilla, cada una tiene un valor de \$3.300”⁷⁰, estamos hablando de unos 6 a 8 dólares, considerando que hay países en la región con un 50% de la población que viven con menos de un dólar diario y que cerca de mil millones de personas en el mundo viven con menos de dos⁷¹. Esto se repite en las notarías, en el Conservador de Bienes Raíces y otros órganos⁷² usualmente denominados “auxiliares de la administración de justicia”.

b. Denegación organizada de Justicia

Dentro del movimiento favorable a la ampliación de la protección de la persona, cumple un rol clave el derecho de acceso a la justicia que implica una protección global de la institucionalidad estatal a los individuos y grupos. Comprende principios como la publicidad de los actos de organismos estatales y el acceso a la información pública⁷³, así como al debido proceso y la persecución de los delitos cometidos dentro de la sociedad de manera razonable, prohibiéndose tajantemente la discriminación. Esto incluye investigaciones acordes a la protección de derechos (humanos, fundamentales), un rechazo a la impunidad

por delitos graves⁷⁴, un derecho a defensa, derecho a recurso, protección de los derechos en la aplicación de la pena, respeto a los principios de proporcionalidad y legalidad, etc⁷⁵. Como revisamos en este trabajo, varias de estas instituciones se consideran normas de *jus cogens*. Entonces la justicia puede ser denegada en varias maneras: no persiguiendo los delitos de los que es víctima, persiguiendo delitos sin motivación y/o sin respetar el debido proceso, no permitiendo el acceso a tribunales, escondiendo información, siendo selectivo en la protección y persecución penal, etc. El acceso a la justicia se puede y debe evaluar de forma material, es decir, como se aplica en la práctica, revisando, además las consecuencias de su denegación.

Entiendo que lo que Wacquant ha denominado una *denegación organizada de justicia* es justamente una herramienta de exclusión de diversos individuos y grupos. Un claro ejemplo de ello son las prácticas policíacas en diferentes barrios de una misma ciudad y la reacción de los órganos de control sobre ellos. En Santiago de Chile, cuando un grupo de carabineros transita por el *barrio alto* (comunas donde habitan las personas de mayor nivel económico) producen tranquilidad y seguridad en los residentes (están aquí para protegernos), pero cuando transitan por los *barrios bajos*, la sensación en los residentes es la contraria, suceden en dichos barrios muchos arrestos injustificados, realizados para obtener culpables de crímenes sin resolver, que en ciertos casos van acompañados de confesiones conseguidas por medio de tortura⁷⁶.

Los casos de abuso policial en barrios marginales no son perseguidos por el Ministerio Público, ni revisados por los tribunales, ni siquiera mostrados en la prensa⁷⁷. Es más, los tribunales funcionan mejor para la gente adinerada, desde la necesidad de contar con un abogado y de tener tiempo y dinero para realizar variadas actuaciones, hasta el acceso a la corrupción dentro del Poder Judicial.

Wacquant, estudiando el caso de la lucha contra la delincuencia en Estados Unidos, señala que “para los integrantes de clases populares expulsados a los márgenes del mercado laboral y abandonados por el Estado caritativo, que son el blanco de la política de *tolerancia cero*, el grosero desequilibrio entre la actividad policial y el derroche de medios que se le consagra por una parte, y el atestamiento de los tribunales y la escasez agravada de recursos que los paraliza, por la otra, tiene todo el aspecto de una *denegación organizada de justicia*”⁷⁸. La configuración de dicho sistema, considerado modelo para América Latina, “exhibe dos fisonomías diametralmente opuestas, que dependen de que uno sea el objeto (negro) o el beneficiario (blanco), vale decir de qué lado se encuentre de esa barrera de castas que el ascenso del Estado penal norteamericano tiene por efecto —si no por función— restablecer o endurecer”⁷⁹. Las personas más pobres sufren de esta denegación de justicia.

Ahora, cuando un individuo se encuentra dentro de la cárcel, *amparado* por el sistema estatal, la situación no mejora, a pesar de que el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios en su artículo 2 señala “Será principio rector... que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”. Jörg Stippel, estudiando los diferentes aspectos de lo carcelario en Chile, nos muestra la situación de los recursos judiciales presentados por los privados de libertad, por materias relacionadas con el tratamiento penitenciario, durante los años 2000 a 2002⁸⁰. Los principales motivos de dichos recursos son la existencia de apremios ilegítimos (18,3%), amenazas de otros internos (17,2%), castigos injustificados (16,4%) y traslado (16%), es decir, graves amenazas y violaciones a derechos básicos como la vida y la integridad física y psíquica, y la seguridad personal. Los tribunales a cargo de conocer dichos recursos hacen dos

exámenes: uno de admisibilidad (si el recurso cuenta con las formalidades mínimas) y otro de fondo (considerando los argumentos y las pruebas presentadas). En la primera etapa, son rechazados el 33,6% de los recursos. Se usan argumentos como que los hechos acusados no están protegidos por dichos recursos (siendo que en muchos casos sí lo son, como lo muestra el estudio)⁸¹, que son constitutivos de delito (la norma constitucional no comprende este motivo y, al parecer, debería mover a los tribunales a proteger al individuo en vez de rechazar el recurso, pues se busca en él, en primer término, la protección de los derechos más que la persecución del agresor por otro órgano estatal) o que no se señala en qué consiste la ilegalidad.

En la segunda etapa (examen de fondo) resulta ser rechazado el 94,1% de los recursos presentados a favor de los internos. Cuando los recursos son presentados por internos, el 98,5% es rechazado; 94,5% cuando los presenta algún familiar, y 71% cuando lo presenta un abogado⁸², lo que implica una total desprotección de los internos dentro de las cárceles, viéndose desprovistos de acceso a la justicia. Además se presentan otras barreras como el que estos recursos se tramiten de forma escrita y no oral (excluyendo a los analfabetos) o que en la mayoría de los casos los internos no tienen acceso al expediente (prohibiendo conocer los argumentos en contra de su petición y, por ende, el contradictorio), ni se le remiten copias de los informes. Más alarmante es aún la desidia con que se tratan estos casos, pues “estos posibles delitos criminales justificarían una investigación exhaustiva de todos los antecedentes y pruebas que se puedan recopilar. No obstante, como se indica en el estudio Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile, parece que: “En general los jueces tienden a no involucrarse, como si fuera un tema que no les atañe fiscalizar (aunque muchas veces la comisión del delito es evidente)”⁸³. Stippel nos emplaza expresando que “es necesario preguntarse si esta restricción del acceso a la justicia se justifica por el hecho de que la persona se encuentre privada

de libertad. Cabe recordar, que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”⁸⁴.

c. Subestatutos jurídicos y creación de identidades

Otra forma de excluir muy usual es la creación de ciertos estatutos jurídicos que conllevan una desprotección de los individuos por la vía de no permitir su acceso a determinados derechos y sus respectivos beneficios sociales. Estos estatutos están usualmente asociados con la formación de ciertas identidades sociales que influyen en las circunstancias de vida de quienes son estigmatizados con ellas, siendo discriminados y perseguidos de diferentes maneras. Se trata de la creación de *otros*, de enemigos, tanto dentro como fuera de las sociedades, anulando toda la diversidad humana, limitándola a nosotros/ellos y a nosotros o ellos⁸⁵.

Un primer ejemplo claro de ello es el tratamiento de los migrantes ya sean refugiados, apátridas, desplazados internos o de otro tipo. Las condiciones de vida de estas personas tienden a ser deplorables. En principio, solo una pequeñísima minoría de los migrantes cambian de lugar de vida voluntariamente y sin necesidad de escapar de lugares donde reinan el hambre, la enfermedad o la persecución política⁸⁶; luego los viajes tienden a ser muy gravosos y peligrosos, así como la entrada a otros Estados (cuando ésta es posible) y la posterior estigmatización y persecución. Esta persecución no sólo es social y económica, sino que es jurídica, pues se utilizan estatutos que limitan sus derechos antes de llegar siquiera a discutir su ejercicio⁸⁷. Así, por ejemplo, la Convención sobre el estatuto del Apátrida consagra un limitado número de derechos a las personas que tengan este estatus y busca ser exhaustivo en cuanto trata temas respecto a sus derechos civiles y económicos. Señala normas como la siguiente sobre “empleo remunerado” (artículo 17.1):

“Los Estados Contratantes concederán a los apátridas que residan legalmente en el territorio de dichos Estados un trato tan favorable como sea posible y, en todo caso, no menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general, en cuanto al derecho al empleo remunerado”. Pero la norma no señala qué trato se le debe dar a un *extranjero en general*⁸⁸. Retomando el caso de las niñas Yean y Bosico, conocido por la CIDH, vemos la constatación por el tribunal de que “la situación de extrema vulnerabilidad en que se encontraban las niñas Dilia Yean y Violeta Bosico, por la falta de nacionalidad y la condición de apátridas, tuvo consecuencias relacionadas con sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al nombre”⁸⁹. “Una persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado (...) En el caso concreto, el Estado mantuvo a las niñas Yean y Bosico en un limbo legal en que, si bien las niñas existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia misma no estaba jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica”⁹⁰. Algo similar sucede con los refugiados e indocumentados, quienes “han cancelado o perdido su identidad personal, han abandonado el mínimo de protección garantizada por su pertenencia precedente. Se han vuelto oficialmente invisibles e inencontrables”⁹¹. Para mucha gente, lo necesario para acceder al estatus jurídico de persona es muy gravoso (acceso a registro civil, escribir, hablar determinado idioma, etc.) y, por otra parte, la respuesta muchas veces es establecer estatutos que sean limitantes de derechos, creando no-personas.

Esta es la situación de las denominadas *personas designadas* en Australia, conocidas en un caso contencioso por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁹². En dicho caso, un ciudadano camboyano llegó junto a otros 25 a Australia a solicitar que se le reconociera como refugiado, sin acceso a asesoramiento jurídico. Dicha solicitud se le denegó tres años después, en una carta de

rechazo escrita en inglés (idioma que desconocía) sin que se les proporcionara interpretación. En el transcurso del tiempo estuvieron detenidos y fueron trasladados de un campamento de refugiados a otro sin posibilidad de contradecir ni comprender lo que les ocurría. Además, en esa época, “el Parlamento de Australia aprobó la Migration Amendment Act (1992), por la que se enmendó la Ley de migración de 1958 al introducir en ella una nueva división 4B, en que se definía al autor y a las demás personas en su misma situación como *personas designadas*. En el artículo 54R se estipulaba que “ningún tribunal podrá ordenar la liberación de una persona designada que esté sujeta a detención preventiva”⁹³. El Comité consideró que había ocurrido una violación de derechos por la detención arbitraria y la imposibilidad de acceder a intérprete (los párrafos 1 y 4 del artículo 9 y del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), pero lo importante es observar lo que ocurre ante quienes llegan a un Estado a pedir refugio: se crean circunstancias y estatutos jurídicos para excluirlas. Ya habíamos visto que algo así ocurre con las personas consideradas terroristas o combatientes enemigos, perseguidas por múltiples legislaciones y que les privan de derechos políticos, económicos, se les destierra, etc.

Además, el terrorismo ha adquirido fuertes significados morales que estigmatizan socialmente a individuos por cosas como el barrio donde vive, la religión a que pertenece e, incluso, sus rasgos físicos. Muchas veces los gobernantes utilizan campañas para crear ciertas identidades a determinados grupos, para que sean considerados socialmente como *terroristas*, que se suman a su estatus jurídico especial. La CIDH ha señalado sobre ello, en un caso ocurrido en Perú, que “dicha calificación expuesta por órganos del Estado significó una afrenta a la honra, dignidad y reputación de los internos sobrevivientes que no tenían sentencia condenatoria firme al momento de los hechos, de sus familiares, y de los familiares de los internos fallecidos que tampoco tenían sentencia

condenatoria firme, ya que fueron percibidos por la sociedad como *terroristas* o *familiares de terroristas*, con todas las consecuencias negativas que ello genera”⁹⁴.

Pero esto no se limita a la *guerra contra el terrorismo*. Hoy en día es habitual perseguir a grupos como los jóvenes⁹⁵. Así, en un caso de un grupo de jóvenes ejecutados extrajudicialmente conocido por la CIDH, esta acusó lo siguiente sobre las circunstancias en qué se produjeron: “El referido contexto estuvo marcado por la estigmatización de los jóvenes como supuestos causantes del aumento de la inseguridad pública en Honduras y por la identificación, como delincuentes juveniles, de los niños y jóvenes en situación de riesgo social, es decir, pobres, en estado de vagancia, sin empleos fijos o que padecen de otros problemas sociales”⁹⁶.

Esto se refleja también en el plano legislativo, la aprobación de la Ley Sobre Responsabilidad juvenil en Chile que incluye castigos más gravosos (algunos de ellos ni siquiera existen para los adultos) para ciertos delitos cuando los condenados son menores de edad⁹⁷. Cabe llamar la atención sobre la defensa a esta legislación elaborada por los líderes de los partidos políticos de derecha cuya finalidad es *endurecer la mano* con los delincuentes adolescentes. El senador Hernán Larraín señaló que la finalidad era terminar “de una vez por todas con la política garantista frente a los delincuentes que ha imperado en estos años dentro de la Concertación” (coalición de partidos gobernantes) y enfatizó que “con esta votación se marca un hito, empieza una forma para terminar con el garantismo a los delincuentes, esperamos que la Concertación; su gobierno y la Presidenta tome nota y la emplazamos a que diga si se la va a jugar por darle mayor seguridad a los ciudadanos o va a seguir con esta política permisiva y garantista”⁹⁸.

En el ya citado, la CIDH señalaba que “en atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por

parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas⁹⁹.

V. Consideraciones finales

La utilización del derecho, tanto en sus discursos doctrinarios como en la formación de leyes y su aplicación y efectos sociales, para excluir a los individuos de los beneficios que las sociedades hoy en día prometen, adquiere diferentes formas, ya sea condicionando su goce a cosas como comportarse y pensar como un buen ciudadano o tener dinero, ya sea denegando sistemáticamente el acceso a la justicia o consagrando estatutos jurídicos raquíticos para ciertos sujetos, desprovistos de importantes elementos del concepto jurídico de persona.

Si deseamos evitar la exclusión de diversos grupos e individuos del acceso a los bienes sociales, se hace necesario detectar estas herramientas de exclusión, conocerlas y crear formas de prevenirlas o combatirlas. Esta no es una tarea fácil toda vez que estas herramientas, que se expresan en el derecho, encuentran sus raíces en fuertes discursos y creencias, muchas veces dirigidos por ciertos grupos de poder que usualmente son quienes controlan las formas institucionales de los Estados. Por otro lado, estas herramientas apelan a aspectos emotivos de los sujetos (como el miedo) y muchas veces utilizan a ciertos grupos como chivos expiatorios de diversos problemas sociales, por lo que su funcionamiento no es tan expreso como se desearía y hacen aparecer a la exclusión de ciertos grupos e individuos como algo *normal*, a lo más como un resultado de la igual aplicación de la ley.

El concepto de persona desarrollado en este texto busca realizar parte de dicha tarea

incluyendo, por una parte, a la mayor cantidad posible de individuos¹⁰⁰, así como a la mayor cantidad de ámbitos considerados relevantes para los individuos y grupos dentro de los derechos que pertenecen a todos¹⁰¹, permitiendo el libre desarrollo de su personalidad, sea cual sea. Por otra parte, la personalidad entendida como titularidad de derechos, nos ayuda a evaluar las situaciones jurídicas en la que se encuentran los individuos y grupos en cuanto disfrute de derechos, así como poner nuestra atención en la interpretación progresiva y *pro personae* que hacen los diversos órganos internacionales y nacionales destinados a supervisar el cumplimiento de los compromisos asumidos respecto al respeto, promoción y garantía de los derechos humanos, así como las lecturas presentadas por juristas. En este sentido, se muestra como deseable el abogar por un concepto de persona amplio tanto en cuanto a derechos como a la garantía de los mismos por los sistemas jurídicos.

Notas

¹ De esto es consciente, por ejemplo, el principio (jurídico) de no discriminación, al hablar de discriminación indirecta. Ver Bayefsky, Anne (1990). *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*. En Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Org). *18 ensayos justicia transicional, estado de derecho y democracia*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

² Por ejemplo, Kant (1989) señala que existe una relación analítica entre la coacción y el derecho (*Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, págs. 40-41). También Kelsen reconoce esta necesidad de efectividad como condición de posibilidad de un sistema jurídico y como elemento de la validez de la norma (*Teoría Pura del Derecho*. Eudeba págs. 35-36, 140-143) y, desde otro punto de vista, Hart (2007) también revisa esta conexión (*El Concepto de Derecho*. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, capítulo I).

³⁴La excepción es una especie de la exclusión. Es un caso individual que es excluido de la norma general. Pero lo que caracteriza propiamente a la excepción es que lo excluido no queda por ello absolutamente privado de conexión con la norma; por el contrario se mantiene en relación con ella en la forma de la suspensión (...) En este sentido la excepción es, verdaderamente, según su etimología, sacar afuera (*excapere*) y no simplemente excluida”. Agamben (2003). *Homo Sacer*. Pre Textos, España, pág. 30.

⁴ Para revisar esta noción, ver Walter (1993). *Las Esferas de la Justicia*. Fondo de la Cultura Económica, así como las discusiones desarrolladas entre John Rawls y Amartya Sen.

⁵Ver Barman (2006). *Vidas Desperdiciadas, La Modernidad y sus Parias*. Editorial Paidós, Buenos Aires.

⁶ Un desarrollo de esta idea con base en los derechos humanos en Tugendhat (2001). *Lecciones de ética*. Editorial Gedisa, Barcelona, lecciones Decimoséptima y Decimoctava. También se puede ver en Nussbaum (2007). *Las Fronteras de la Justicia*. Paídos, Barcelona.

⁷ Ver Sinclair (1999). *Democracia y Participación en Atenas*. Alianza Editorial, Madrid. También se analiza el tema en Arendt (2005). *La Condición Humana*. Editorial Paidós, Buenos Aires.

⁸ Un ejemplo de esto último está en la clasificación realizada en la Ética a Nicómaco, de Aristóteles, entre vida contemplativa, política y de placer, todas *bíos* (Ver Aristóteles (2007), *Ética a Nicómaco* RBA Coleccionables, Barcelona. El análisis de este concepto en Agamben “Forma de Vida”, en Agamben (2002) *Medios Sin Fin*. Editorial Nacional, Madrid).

⁹ Esto es especialmente fuerte en el pensamiento de Platón. (Ver, entre otros, sus diálogos *Critón*, En Platón *Diálogos III*. RBA

Coleccionables, Barcelona, 2007 y *República* en Platón *Diálogos IV*. RBA Coleccionables, Barcelona, 2007).

¹⁰ Ver Sinclair (2003) *Supra n.8* y Sartori. *¿Qué es la Democracia?* Aguilar, Altea, Taurus Alfaguara S.A., cap. VIII.

¹¹ Arendt *Op Cit* pág. 43.

¹² Arendt *Op Cit* pág. 44.

¹³ Foucault (1984). *Historia de la Sexualidad I, La voluntad de Saber*. Siglo XXI Editores, Madrid, pág. 171. Señala que “la especie entra como apuesta del juego de sus propias estrategias políticas” (pág. 173).

¹⁴ Foucault *Op.cit.* pág. 171.

¹⁵ Foucault (2006). *Defender la Sociedad*. Fondo de la Cultura Económica, México, pág. 218.

¹⁶ Tema estudiado por Z. Bauman *Supra n.6*.

¹⁷ Arendt *Op Cit*, pág. 48-49.

¹⁸ Arendt *Op Cit*, pág. 49. No me detengo más en los conceptos por espacio y porque no son el centro de análisis de este trabajo.

¹⁹ Agamben *Supra n.4*. pág 13.

²⁰ En la Roma antigua (donde se origina la palabra) su significado era el de máscara, y se refería a la que utilizaban los actores para representar personajes, algo que se pone sobre un individuo, después se usó para cualquier tipo de representación. Ver Hobbes (1989), *Leviatán*, Alianza Editorial, Madrid, cap XVI. También se refiere a esto Esposito (*Persona, Hombre y Cosa*, exposición realizada el 21 de octubre de 2008 en Santiago de Chile). Ambos autores siguen de esto diferentes consecuencias que las acá revisadas.

21 Las define el Código Civil de Chile en su Artículo 545. Inciso 1 de la siguiente forma “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Por motivos de extensión, no centraré mi atención en este tipo de personas en este trabajo.

22 Agradezco al profesor Juan Ormeño K. la ayuda en la aclaración de este concepto, así como otros comentarios a esta parte del trabajo. Para mayor detalle, se puede señalar que “Una propiedad sortal es la propiedad que hace que un objeto posea ciertas condiciones de persistencia determinadas y que corresponda a una clase general de entidades que, por su naturaleza, son por sí y no por otras” (Alvarado (2007). “Esencias Individuales e Identidad Primitiva”. En *Analytica*, Volumen 1, Número 2, pág. 187).

23 Dal Lago, Alessandro (2000). “Personas y No Personas” en H. C. Silveira Gorski (ed.) *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, pág. 131. El autor define el concepto de persona de la siguiente manera: “Nosotros sabemos intuitivamente qué significa persona: la manifestación individual de la especie humana, pero en un sentido que va más allá de su naturaleza biológica” (pág 127).

24 Estos básicamente se distinguen entre sí en que atribuyen diferentes características o facultades a los entes en cuestión.

25 “La identidad personal en Locke” en <http://apuntesdefilosofa.blogspot.com/2008/03/la-identidad-personal-en-locke.html> - visitada en septiembre de 2008). Ver Locke. *Ensayo Sobre el Entendimiento Humano*, Libro II, Capítulo XXVII. Ideas similares se encuentran Hegel, Fichte y Kant. El desarrollo final de esta concepción la podemos encontrar en los trabajos de Freud influyente hasta nuestros días (ver Rorty. *Contingencia, Ironía y Solidaridad*. Paidós. Barcelona, 1991).

26 Además, es a lo que generalmente se les denomina individuos. Roberto Esposito considera que esta noción básica de la persona que pone su énfasis en lo espiritual (lógico, moral, consciente) por sobre lo animal (el cuerpo viviente) crea una incisión en el individuo que niega gran parte de su humanidad trayendo diversas consecuencias negativas (Ver *Supra* n. 21).

27 Este es usualmente el sentido que toma la voz inglesa *nonperson*. (ver A. Dal Lago *Supra* n. 24). Al respecto también ver Goffman, Erving (2006). *Estigma, La identidad deteriorada*. Editorial Amorrutu, Buenos Aires.

28 Ver Kant. *supra* n.3; Kant (2002). *Crítica de la Razón Práctica*. Ediciones Sígueme, Salamanca y Kant (1996). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Espasa- Calpe S.A. Madrid.

29 Strawson señala que esto funciona con base en sentimientos morales (resentimiento, indignación y culpa) que neutralizamos ante cierto tipo de individuos. Ver Strawson (1995) “Libertad y Resentimiento” en *Libertad y Resentimiento y Otros ensayos*, Paidós, Barcelona, págs. 171-223.

30 El desarrollo del concepto se encuentra en Kelsen *supra* n.3, págs. 125-132. Para Kelsen, en contraste con lo aquí señalado la exigencia de obligaciones es propio del concepto de persona, al igual que para Jakobs (Jakobs (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, págs. 15-41).

31 El uso de “miembro de la especie humana” no nos debe parecer extraño dentro de este derecho moderno que busca abarcar toda la vida, según se ha revisado en este trabajo.

Por lo menos así se consagra usualmente en las diferentes Constituciones de los Estados y Tratados Internacionales (ver nota 40).

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de las niñas Yean y Bosico

vs. República Dominicana Sentencia de 8 de septiembre de 2005, par 179.

³³ El derecho penal, como facultad punitiva del Estado, toma en consideración cosas externas a la “personalidad jurídica” del sujeto del juicio de imputación para realizarlo. Por ejemplo, se considera la capacidad del individuo de formarse la intención y de generar la acción por una parte, y la de evitar el comportamiento considerando las normas y su saber sobre el dominio de los hechos. El estatuto de persona, eso sí, tiene relevancia para acceder a algunas cosas como el derecho a un debido proceso (derecho que tiene una aplicación más amplia que la del derecho penal).

³⁴ Ver, entre muchos estudios, Arendt (2001). *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. Editorial Lumen. Cuarta Edición, Barcelona.

³⁵ Esta íntima vinculación se da en el Estado-Nación moderno donde este busca abarcar toda la realidad posible, construyéndola, imponiendo límites. Se desarrolla como el contenedor de la sociedad dueño de los diferentes ámbitos de la vida y de la muerte (ver Beck (2004) *¿Qué es la Globalización?* Editorial Paidós. Argentina. Esto implica que los Estados se vean diferenciados tanto hacia fuera como hacia dentro. Por ejemplo hablamos de una sociedad alemana, una sociedad chilena, una argentina, etc. La palabra clave es homogeneidad. Siendo consecuencia que “todos los tipos de prácticas sociales –producción, cultura, lenguaje, mercado laboral, capital, educación– están regulados, acuñados, limitados, racionalizados y al menos, etiquetados desde el punto de vista nacional –economía, lengua, literatura, opinión pública, historia... nacionales–” pág. 47). De ahí que el estatus de persona sea concedido por el Estado.

³⁶ La Constitución Política de Chile señala en su artículo 10 “Son chilenos: 1.º Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren

en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena; 2.º Los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero, hallándose cualquiera de éstos en actual servicio de la República, quienes se considerarán para todos los efectos como nacidos en el territorio chileno; 3.º Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, por el solo hecho de avecindarse por más de un año en Chile; 4.º Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, renunciando expresamente a su nacionalidad anterior. No se exigirá esta renuncia a los nacidos en país extranjero que, en virtud de un tratado internacional, conceda este mismo beneficio a los chilenos. Los nacionalizados en conformidad a este número tendrán opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización, y 5.º Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley. La ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos”.

³⁷ Su uso jurídico se remonta a Roma, donde se utilizaba más bien como mecanismo de exclusión (por ejemplo, para diferenciarse de esclavos y de algunos grupos de extranjeros) y de acceso a privilegios.

³⁸ La Constitución en su artículo 19, antes de consagrar los derechos fundamentales, señala: “La Constitución asegura a todas las personas:...” luego enumera los diferentes derechos.

³⁹ El artículo señala: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Me parece acertado entender este artículo como protector de las condiciones fácticas que rodean al concepto de persona y que permiten su realización, obligando al

Estado a garantizar su goce. Visto de otra forma, pareciera crear una redundancia (toda persona tiene derecho a ser persona), pues la Convención Americana señala en su artículo 1.2 que persona es “todo ser humano” (Ver Medina y Nash (abril, 2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, págs. 18-19). Además, la jurisprudencia se manifiesta en este sentido.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 188 Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bocico, párr. 178; Caso Bámaca Velásquez, párr. 179.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 189.

⁴² El artículo 77 consagra otra norma relacionada: “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

⁴³ La CIDH entiende, respecto del nombre, que “constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado” (caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana parr 182), señalando que “los Estados, dentro del marco del artículo 18 de la Convención, tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después

de su nacimiento (párr. 183) “... El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado...” (párr. 184)

⁴⁴ Ver Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006 (párr 190 – 194).

⁴⁵ El artículo 78 del Código Civil señala “La persona termina en la muerte natural”.

⁴⁶ Reglada entre los artículos 80 y 94 del Código Civil.

⁴⁷ Ley 18.173 Que autoriza el transplante de órganos de cadáveres con fines terapéuticos, modificando el Código Sanitario.

⁴⁸ Ducci (2007). *Derecho Civil, Parte General*. Editorial Jurídica, Santiago, pág. 111.

⁴⁹ Así se ha consagrado, por ejemplo, en la interpretación del artículo 2319 del Código Civil chileno.

⁵⁰ Son normas consuetudinarias de Derecho Internacional de las cuales se entiende que cualquier norma de rango inferior que busque derogarlas o modificarlas es nula. A su vez, ellas derogan o modifican toda norma contraria que sea de rango inferior incluso retroactivamente.

⁵¹ Estos últimos no son, estrictamente hablando, derechos. De todas maneras nacieron como la reacción a violaciones de derechos que se consideran intolerables.

⁵² Para esta noción ver Sen (2003). *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza Editorial, Madrid (Que distingue entre bienestar y bienestar) y también el tratamiento que se da en Tugendhat *supra* n.7. Esta tendencia a la amplitud viene desde el período de posguerras del siglo pasado y hoy va en pleno retroceso.

⁵³ Dal Lago, *Supra* n.24 pág. 129. Esta definición muestra el aspecto contraintuitivo que tiene la exclusión de determinados sujetos de su calidad de personas y lleva a preguntarnos sobre su razonabilidad.

⁵⁴ Otra que me parece de vital importancia, pero que por la extensión de este trabajo no desarrollaré, es el de las “Políticas de Segregación” como lo es la erradicación de personas pobres de las ciudades construyendo barrios marginales para que los habiten, lo que va aparejado de un acceso a una educación y una salud de baja calidad, fuerte represión policiaca a cualquier manifestación, etc. Sobre esto se puede ver Pozo (editor) (1987) *Espacio y Poder; Los Pobladores*. FLACSO, Santiago; Wacquant (2007), *Los Condenados de la Ciudad. Gueto, Periferias y Estado*. Siglo XXI Editores, Argentina; Bauman *Supra* n.6, y Bauman (1999) *La Globalización. Consecuencias Humanas*. Fondo de la Cultura Económica. Argentina. Además, para ver estas prácticas como negaciones de derechos Abramovich y Courtis (2002). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Trotta, Madrid.

También está muy relacionada con esta, la herramienta del “Alejamiento de los bienes sociales”, ya sea por la distancia territorial que hay para acceder a ellos (muy importante en el acceso a la información pública, y a la justicia por ejemplo), ya sea por hablar un idioma distinto al utilizado por el Gobierno e incluso porque no se tiene representación en los centros de poder.

⁵⁵ Esto quiere decir, en primer lugar, que un derecho consagrado constitucionalmente sólo puede ser limitado por una cláusula constitucional y que no se le puede restringir a tal punto de hacerlo desaparecer, se debe respetar su contenido mínimo (Para un desarrollo de esta teoría ver Alexy (2001), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. Cap 6, parte I). Un ejemplo de esto es el derecho a libertad de expresión. Según la

Convención Americana de Derechos Humanos en la consagración del derecho señala: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional” y también señala que “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Sobre el contenido esencial de los derechos, por ejemplo, la Constitución Política de El Salvador señala en su artículo 10 “La ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad de la persona. Tampoco puede autorizar convenios en que se pacte proscripción o destierro”. Algo similar consagra el artículo 19 No. 26 de la Constitución chilena.

⁵⁶ Ver Gargarella (2006). *Carta Abierta Sobre la Intolerancia*. Siglo XXI Editores S.A. Argentina, y Gargarella (2005) (Coord) *El Derecho a resistir el Derecho*. Miño y Dávila Editores, Buenos Aires.

⁵⁷ Jakobs “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo” en Jakobs y Cancio Meliá (2003) *Derecho Penal del Enemigo*. Cuadernos Civitas, Madrid. Cabe señalar que no es el único autor que trata estos temas, el mismo Silva Sánchez plantea su existencia con su teoría de las tres velocidades del Derecho Penal. Al respecto ver M Cancio Meliá “¿Derecho Penal del Enemigo?” en el mismo libro, Capítulo III. Según los autores, la conformación de la sociedad contemporánea, conjugados con las características del Derecho Penal (de estas mismas sociedades) han ido formando un corpus punitivo, relacionado con

la expansión del derecho penal moderno y alejado de los postulados propios del llamado, por Lüderssen, “buen y viejo Derecho Penal liberal”, destinado a enfrentar a los enemigos de las sociedades.

⁵⁸ De este modo presenta una teoría de la pena. La pena sería una mezcla de diferentes clases de coacción. En primer lugar es “coacción en cuanto portadora de significado”: la pena sería la respuesta al hecho delictivo que reafirma la vigencia de la norma atacada, cuestionada por el autor. En este sentido, la pena responde al hecho “como hecho de una persona racional” (Jakobs *Supra* n.58. pág. 23). En segundo lugar, la pena también tiene un efecto físico, de aseguramiento, busca coartar las posibilidades del autor de cometer mayores daños, lo coarta como peligro. En este segundo sentido, la coacción se dirige no contra una persona, sino contra un individuo peligroso, no buscando contradecirle, “lucha contra un peligro en lugar de comunicación” (pág. 24).

⁵⁹ Jakobs (2000) *La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente*. Cuadernos de conferencias y Artículos No. 24, Universidad Externado de Colombia pág. 32.

⁶⁰ Jakobs. *Supra* n.60. págs. 31-31. Para una revisión de las legislaciones que han seguido estos lineamientos: Portilla Contreras. *La legislación de lucha contra las no-personas Represión legal del enemigo tras el Atentado del 11 de Septiembre de 2001*. <http://lujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>.

⁶¹ El artículo 16 de la Ley de Matrimonio Civil de Chile señala: “No podrán ser testigos en las diligencias previas ni en la celebración del matrimonio: 3. ° Los que hubieren sido condenados por delito que merezca pena afflictiva...”.

⁶² La CIDH describe así los efectos de la persecución del terrorismo en Perú: “Los procesos seguidos por delitos de terrorismo,

de conformidad con el Decreto Ley No. 25.475, promulgado el 5 de mayo de 1992, se caracterizaron, entre otras cosas, por: posibilidad de disponer la incomunicación absoluta de los detenidos hasta por un máximo legal, limitación de la participación del abogado defensor a partir del momento en que el detenido hubiese rendido su declaración, improcedencia de la libertad provisional del imputado durante la instrucción, prohibición de ofrecer como testigos a quienes intervinieron en razón de sus funciones en la elaboración del atestado policial, obligación para el Fiscal Superior de formular una acusación bajo responsabilidad, sustanciación del juicio en audiencias privadas, improcedencia de recusación alguna contra los magistrados y auxiliares judiciales intervinientes, participación de jueces y fiscales con identidad secreta, y aislamiento celular continuo durante el primer año de las penas privativas de libertad que se impusieran” (Caso De La Cruz Flores vs. Perú. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 73.4).

⁶³ Ver, por ejemplo, Mañalich (2005), “Pena y Ciudadanía” en *Revista de Estudios de Justicia* No. 6, Santiago.

⁶⁴ Se ha discutido básicamente la posibilidad de control de la Corte Suprema implica poder revisar legal y en especial constitucionalmente, vía hábeas corpus, la pertinencia del Derecho Penal del Enemigo como marco de análisis, su coherencia con los sistemas constitucionales liberales y su efectiva aceptación por la más importante jurisprudencia actual.

⁶⁵ No. 03-6696, del 28 de junio de 2004. Se trata del fallo principal de tres casos similares presentados ante la Corte Suprema. Los otros dos son: Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla *et al.*, No. 03-1027; Rasul *et al.* v. Bush, President of the United States, *et al.*, No. 03-334 y 03-343. Hoy en día esta jurisprudencia ha cambiado por la decisión Boumediene vs. Bush (No. 06-1195).

⁶⁶ Ronald Dworkin, resume los votos de los otros jueces de la siguiente manera: “Estaban divididos en sus respuestas ante la opinión de la mayoría. El juez Souter, en una opinión compartida por el juez Ginsburg, argumentó que era innecesario llegar al tema constitucional que la mayoría había explorado porque, en una interpretación correcta, Congress’s Forces Declaration del 2001 no generaba excepción alguna a la ley de 1787 que permitía al Gobierno tratar a Hamdi como lo ha tratado. En un acoplamiento extraño y poco habitual, el juez Stevens, que es uno de los jueces más liberales de la Corte, se unió al juez Scalia, que forma parte de los más conservadores, en disidencia: el debido proceso no permite que la Corte pondere sus protecciones absolutas contra otros valores, señaló Scalia, de modo que la Corte debiera haber desestimado el dictamen del Cuarto Distrito instruyéndole no en el sentido de que la detención de Hamdi debiera ser revisada por un tribunal de régimen especial como el descrito por O’Connor sino que Hamdi debiera ser encausado y enjuiciado de manera regular o liberado. El juez Thomas también emitió un voto disidente pero en el sentido contrario. El Presidente, en su calidad de Comandante en Jefe, debe tener el poder total en la acción militar una vez que el Congreso ha autorizado dicha acción, señaló Thomas, y ninguna Corte tiene derecho a cuestionar las decisiones del Presidente”. (Dworkin. “Lo que la Corte Verdaderamente dijo”. En *Anuario de Derechos Humanos 2005*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile. Nota al pie 4.) A Dworkin le llama la atención el acoplamiento de Stevens a la decisión de Scalia, toda vez que el primero es un juez liberal y el segundo conservador. Si observamos la decisión, vemos que es la más alejada a la doctrina del Derecho Penal del Enemigo, yendo contra la excepcionalidad del mismo. Visto así, no es extraño que ambos jueces (comprometidos con el liberalismo –en diversas versiones, claro–) estén de acuerdo. Su opinión se dedica directamente a ver el rol de la Constitución en el análisis de esta praxis punitiva.

⁶⁷ Dworkin también analiza este fallo y su historia, ver una traducción en http://blog.cl/roller/page/pirincho?entry=guant%C3%A1nmo_y_el_derecho de revisada en octubre 15 de 2008.

⁶⁸ Wacquant (2004) *Las cárceles de la miseria*. Editorial Manantial, Buenos Aires, pág. 128.

⁶⁹ Wacquant Supra n. 69. pág. 127.

⁷⁰ “Por Ejemplo: 1 carilla, \$4.300; 2 carillas, \$7.600; 3 carillas, \$10.900; 4 carillas, \$14.200; etc.” Información recolectada de la página del Archivo Judicial (<http://www.archivojudicialsantiago.cl/Valores.asp?Volver='preguntas%20frecuentes.htm'>). Revisada en noviembre 12 de 2008.

⁷¹ Para algunos de estos datos ver Faria “¿Por qué los Países Pobres son Pobres y los Países Ricos son Ricos?”, en *Conciencia Activa* No. 12, abril de 2006 (<http://www.concienciaactiva.org/ConcienciaActiva21conciencia12/1202.pdf>), revisada en noviembre 03 de 2008.

⁷² Lo mismo sucede cuando, por no pagar las multas impuestas por la comisión de faltas, las personas son arrestadas e incluso pueden sufrir una pena privativa de libertad.

⁷³ Ver, por ejemplo, caso de la CIDH Claude Reyes vs. Chile. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 72 y siguientes.

⁷⁴ Ver, por ejemplo, Ambos (1999), *Impunidad y derecho penal internacional*. Buenos Aires: AD-HOC.

⁷⁵ Se protege tanto a la víctima como al imputado del déficit así como de los excesos en la práctica del *ius puniendi*. El desarrollo de algunas ideas sobre el acceso a la justicia en Comisión Interamericana de Derechos humanos, *El Acceso a la Justicia como*

Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2007. Disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>. Revisada en noviembre de 2008.

⁷⁶ Señala Wacquant, considerando el caso norteamericano: “Una de las grandes consecuencias de la Tolerancia cero, tal como se lleva a la práctica cotidianamente —y no como la teorizan los pensadores del *think tanks* y sus epígonos en los ámbitos universitarios y políticos— es haber ahondado un abismo de desconfianza (y, en el caso de los más jóvenes, de desafío) entre la comunidad afroamericana y las fuerzas del orden, lo que no deja de recordar las relaciones que mantenían en la época de la segregación” (Wacquant *Supra n.69*. pág. 38).

⁷⁷ En relación con Europa y Estados Unidos, Wacquant señala que “las prácticas judiciales en apariencia más neutras y rutinarias, empezando por la detención provisoria, tienden sistemáticamente a desfavorecer a las personas de origen extranjero o percibidas como tales” (Wacquant *Supra n.69*. pág. 116).

⁷⁸ Wacquant *Supra n.69*. pág. 40. Para ver el discurso detrás de las políticas de Tolerancia Cero, que aquí no desarrollo por cuestión de espacio, Safir *Seguridad, Cómo proteger a su ciudad, su barrio y su familia*. Editorial Planeta, Buenos Aires 2004. Baste con señalar que el capítulo primero de este libro lleva por nombre “Vigilancia Policiaca de Barrios por Objetivos”.

⁷⁹ Wacquant *Supra n.69*. pág. 39.

⁸⁰ Stippel (2006). *Las cárceles y la Búsqueda de una Política Criminal para Chile*. Editorial LOM, Santiago, Capítulo E. Revisa los dos principales recursos constitucionales destinados a la protección de los derechos (humanos, fundamentales), el recurso de amparo (hábeas corpus) y el de protección (usualmente

conocido como acción de amparo en otras legislaciones), establecidos en los artículos 20 y 21 de la Constitución. Estos temas también son tratados a fondo en el *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007*. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2007, págs. 17-59.

⁸¹ J. Stippel *Op.cit.* pág. 214.

⁸² J. Stippel *Op.cit.* pág. 218. Del total, el 56,6% de los recursos son presentados por sus familiares, el 28% por internos y solo el 5,3% por abogados.

⁸³ J. Stippel *Op.cit.* pág. 210

⁸⁴ J. Stippel. *Op.cit.* pág. 197.

⁸⁵ Como señala Amartya Sen (2007), “las atribuciones vehementes pueden incorporar dos distorsiones distintas aunque interrelacionadas: una descripción errónea de las personas que pertenecen a una categoría dada y la obstinación de que las características descritas erróneamente son los únicos rasgos relevantes de la identidad de esas personas” (Sen. *Identidad y Violencia*. Editorial Katz, Buenos Aires. pág. 30).

⁸⁶ Más detalle de las dificultades que encuentran los migrantes en los diferentes países se puede ver en H, Olea (2007) “Derechos Humanos y Migraciones. Un Nuevo Lente para un Viejo Fenómeno” en *Anuario de Derechos Humanos 2007*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Santiago págs. 197-210. También el planteamiento de ciertos cuestionamientos que aparecen con ello en R. Bodei “Los Sin Patria”, en H. C. Silveira Gorski (2000) págs.153-165.

⁸⁷ Este problema ya lo había dejado en claro Hannah Arendt en el momento de la aparición de los refugiados en Europa: “La concepción de los derechos del hombre basada sobre la supuesta existencia de un ser humano como tal, se vino abajo tan pronto como los

que la propugnaron se vieron confrontados por primera vez a hombres que habían perdido toda cualidad y relación específicas, excepto el puro hecho de ser humanos” (citada por Agamben *supra* n.4 págs. 160-161).

⁸⁸ La Convención tiene varias normas similares (artículos 15, 18, 19, 21, 22, etc. Normas que regulan derechos como el de acceso a vivienda y a educación pública), que se diferencian de aquellas donde los estados se comprometen a dar un trato lo más cercano posible que al de sus nacionales.

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana párr. 175.

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana párr. 178 y 180.

⁹¹ R. Bodei *Op.cit.* pág. 153.

⁹² Caso A v. Australia. Comité de Derechos Humanos 59º periodo de sesiones, abril de 1997 (de la Comunicación N.º 560/1993).

⁹³ Caso A v. Australia. Comité de Derechos Humanos 59º periodo de sesiones, abril de 1997, párr. 2.10

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 359.

⁹⁵ Otra fuerte identidad que existe, acompañado de su correspondiente estatus jurídico es el del mendigo o vago. Por ejemplo, el Código Penal de Venezuela en su artículo 504 inciso primero señala que “El que, siendo apto para el trabajo, fuere hallado mendigando será penado con arresto hasta por seis días; y en el caso de reincidencia en la misma infracción, el arresto podrá imponerse hasta por quince días”. Interesante es que estos individuos carecen de

personalidad jurídica al no estar, en muchos casos, inscritos en los registros de los Estados, no teniendo posibilidad a acceder a ciertos derechos como son un seguro de cesantía. Por el contrario, generalmente son quienes llenan las cárceles, pues como señaló Foucault al estudiar lo carcelario, la función de esta institución tiene que ver con crear ciertos perfiles de personas (los delincuentes, en este caso, el mendigo o vago) para apresarlas y excluirlas, más que con terminar con la delincuencia, buscando generar una suerte de seguridad dentro de la población (entendidos como nosotros los ciudadanos de Jakobs). Señala: “Las prisiones no disminuyen las tasas de criminalidad: se puede muy bien extenderlas, transformarlas o multiplicarlas, y la cantidad de crímenes y de criminales se mantiene estable o, lo que es peor, aumenta” (Foucault (2002). *Vigilar y Castigar*: Siglo XXI Editores Argentina S.A. pág. 269) y luego agrega: “La prisión no puede dejar de fabricar delincuentes. Los fabrica por el tipo de existencia que hace llevar a los detenidos: ya se los aísla en celdas, o se les imponga un trabajo inútil para el cual no encontrarán empleo... la prisión fabrica delincuentes también al imponerles coacciones violentas; está destinada a aplicar las leyes y a enseñar a respetarlas; ahora bien, todo su funcionamiento se desarrolla sobre el abuso de poder... La prisión hace posible, más aún, favorece la organización de un medio de delincuentes” (págs. 270-271).

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Servellón García y otros vs. Honduras Sentencia de 21 de septiembre de 2006 párr. 110. Señaló más adelante “Sobre esa vinculación entre la pobreza y la violencia dirigida a los niños y jóvenes, la Relatora Especial de las Naciones Unidas para Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, señaló en su informe del 14 de junio de 2002 respecto de Honduras, que “[s]i bien los niños son vulnerables y están expuestos a abusos y a la delincuencia por su falta de autonomía, la delincuencia juvenil nunca puede utilizarse para justificar que las fuerzas de seguridad maten a niños a fin de mantener el orden público” (párr. 111.).

⁹⁷ Cuando ya estaba finalizado el debate dentro del Senado, la derecha chilena incluyó una indicación que hacía mucho más fuerte la violación de derechos, así, “cuando un joven mayor de 16 años comete un delito como es el de violación con resultado de muerte, u otros de esa envergadura, el antisocial tendrá a lo menos dos años de reclusión en un recinto cerrado dentro de los programas de reinserción. Por otra también se buscará protegerlo de las bandas juveniles, permitiéndole su reinserción social posterior”. Tomado de http://www.udi.cl/?id=488&pagina=leer_mas. Revisada en noviembre 05 de 2008.

⁹⁸ “Lo grave, a juicio del senador Larraín es que queda en evidencia la debilidad de la Concertación frente a esta materia. “Aquí es donde se marca la diferencia ¿por qué la ciudadanía siente inseguridad?; ¿por qué han aumentado los delitos? Por una razón muy simple, en la Concertación existe un ánimo garantista permisivo, que no se atreve a sancionar a los delincuentes más atroces prefiere dejar reclusión nocturna y libertad durante el día”. Tomado de http://www.udi.cl/?id=488&pagina=leer_mas. Revisada en noviembre 05 de 2008.

⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Servellón García y otros vs. Honduras Sentencia de 21 de septiembre de 2006 párr. 112. Estigma que crece con la sola existencia de las cárceles y la imposibilidad de un preso de encontrar trabajo o participar de otras instituciones sociales (por ejemplo, en Chile, un condenado no puede ser testigo de un matrimonio, ni un acusado de un delito puede sufragar. Esto último parece ser atentatorio de la presunción de inocencia). Termino estas ideas citando a Foucault: “¿Quizá habrá que buscar lo que se oculta bajo el aparente cinismo de la institución penal que, después de haber hecho purgar su pena a los condenados, continúa siguiéndolo por toda una serie de marcajes (vigilancia que era de derecho en otra época y que hoy es, de hecho; pasaporte

de los presidiarios antaño y ahora el registro de penados y rebeldes) y persigue así como delincuente a quien ha cumplido su castigo como infractor?, ¿no se puede ver ahí más que una contradicción, una consecuencia? Sería entonces preciso suponer que la prisión, y de una manera más general los castigos, no están destinados a suprimir las infracciones; sino más bien a distinguirlas, a distribuir las, a utilizarlas; que tienden no tanto a volver más dóciles a quienes estén dispuestos a transgredir las leyes, sino que tienden a organizar la transgresión de leyes en una táctica de general de sometimientos...” (Foucault *Supra n. 91*. pág. 277).

¹⁰⁰ Ver Rorty *Supra n.26*, Capítulo final.

¹⁰¹ Ver Nussbaum *Supra n.7* y Sen *Supra n. 53*.

Referencias

- Abramovich, V. & Courtis, C. (2002). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Ed. Trotta.
- Agamben, G. (2002). “Forma de Vida”, en *Medios Sin Fin*. Madrid: Editorial nacional.
- Agamben, G. (2003). *Homo Sacer. El Poder Soberano y la Nuda Vida*. Valencia: Pre-Textos.
- Alexy, R. (2001). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alvarado, J. (2007). “Esencias Individuales e Identidad Primitiva”. En *Analytica*, Volumen 1, Número 2.
- Ambos, K. (1999). *Impunidad y derecho penal internacional*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Arendt, H. (2005). *La Condición Humana*. España: Paidós.

- Arendt, A. (2001). *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. Barcelona: Editorial Lumen. Cuarta Edición.
- Aylwin, J. (2004). "Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos". En: Zalaquett, J. (Cord). *Temas de Derechos Humanos*. Lima: Instituto de Defensa Legal y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Bayefsky, A. (1990). "El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional". En Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Org) (2005). *18 ensayos justicia transicional, estado de derecho y democracia*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Bauman, Z. (2005). *Vidas Desperdiciadas. La modernidad y Sus Parias*. Barcelona: Paidós.
- Bauman, Z. (1999). *Globalización, Consecuencias Humanas*. Buenos Aires: Fondo de la Cultura Económica.
- Beck, U. (1998). *La Sociedad del Riesgo*. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- Benhabib, S. (2007). *Las reivindicaciones de la Cultura*. Buenos Aires: Editorial Katz.
- Bodei, R. *Los Sin Patria*, en H. C. Silveira Gorski (2000) págs. 153-165.
- Cancio Meliá, M. ¿"Derecho penal" del enemigo?, en: Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson/Civitas 2003.
- Carnota, W. & Cesano, D. (2007). *El Voto de los Presos*. Buenos Aires: EDIAR.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomado de <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%2A%2LA%2JUSTICIA%20DESC.pdf>. Revisada en noviembre 10 de 2008.
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Observación General No. 18, No discriminación, 37º período de sesiones, 1989.
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Caso A v. Australia, 59º periodo de sesiones, abril de 1997 de la Comunicación No. 560/1993.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. Sentencia, 31 de agosto de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. De La Cruz Flores vs. Perú. Sentencia de 18 de noviembre de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Moiwana v. Suriname. Sentencia de 15 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad indígena Sawhoyamaya v. Paraguay. Sentencia, 29 de marzo de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Claude Reyes y otros v. Chile. Sentencia, 19 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.
- Dal Lago, A. (2000). *Personas y No Personas* en Silveira.
- Ducci, C. (2007). *Derecho Civil, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Dworkin, R. “Lo que la Corte Verdaderamente dijo”. En *Anuario de Derechos Humanos 2005*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile.
- Esposito, R. (2008). *Persona, Hombre y Cosa*, exposición realizada el 21 de octubre de 2008 en Santiago de Chile.
- Estados Unidos, Corte Suprema. Hamdi *et al.* V. Rumsfeld, Secretary Of Defense, *et al.* No. 03-6696, del 28 de junio de 2004.
- Estados Unidos, Corte Suprema. Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla *et al.*, No. 03-1027.
- Estados Unidos, Corte Suprema. Rasul *et al.* v. Bush, President of the United States, *et al.*, No. 03-334 y 03-343.
- Estados Unidos, Corte Suprema. Boumediene vs. Bush (No. 06-1195).
- Faria, H. (2006) “¿Por qué los Países Pobres son Pobres y los Países Ricos son Ricos?” En *Conciencia Activa* No. 12, abril de 2006 <http://www.concienciaactiva.org/ConcienciaActiva21/conciencia12/1202.pdf>. Revisada en noviembre de 2008.
- Fernández, M. (2007). Matrimonio y Diversidad Sexual: La Lección Sudafricana. *Anuario de Derechos Humanos 2007*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- Foucault, M. (1984). *Historia de la Sexualidad I, La voluntad de Saber*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar*. Argentina: Siglo XXI Editores S.A.
- Foucault, Michel (2006). *Defender la Sociedad*. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Gargarella, R. (compilador) 1999. *Derecho y Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa.
- Gargarella, R. (Coordinador) 2005. *El Derecho a resistir el Derecho*. Buenos Aires: Miño y Dávila Editores.
- Gargarella, R. (2006). *Carta Abierta Sobre la Intolerancia*. Argentina: Siglo XXI Editores S.A.
- Goffman, I. (2006). *Estigma, La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu.
- Hart, H. (2007). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires : Abeledo – Perrot.
- Hegel, G. (2004). *Principios de la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Hobbes, T. (1989). *Leviatán*. Madrid: Alianza Editorial.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho penal funcional*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (2000). “La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente”. Cuadernos de conferencias y Artículos No. 24, Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2003). “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”.

- En: Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson. Civitas.
- Jiménez Redondo, M. (2002). *Modernidad Terminable e Interminable*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Kant, I. (1989). *Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Kant, I. (1996). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Espasa- Calpe S.A.
- Kant, I. (2002). *Crítica de la Razón Práctica*. Traducción de E. Miñana y Villagrasa y M. García Morente. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Kelsen, H. (1968). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Mañalich, J. (2005). “Pena y Ciudadanía” en revista de Estudios de Justicia No. 6, Santiago.
- Medina, C. & Nash, C. (2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- Nash, C. (2004). “Los Derechos Humanos de los Indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En Aylwin, José (Org.) *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera.
- Nussbaum, M. & Sen, A (compiladores). 2000. *La Calidad de Vida*. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Nussbaum, M. (2007). *Las Fronteras de la Justicia*. Barcelona: Paidós.
- Okin, Susan Moller (1996). “Liberalismo Político, Justicia y Género”. En Castells, C. (Org.) *Perspectivas feministas en Teoría Política*, Barcelona: Editorial Paidós.
- Olea, Helena (2007). “Derechos Humanos y Migraciones. Un Nuevo Lente para un Viejo Fenómeno” en *Anuario de Derechos Humanos 2007*, págs. 197-210. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- Palacios, Patricia (2006). *La No Discriminación*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, LOM.
- Portilla Contreras, G. (2001) *La legislación de lucha contra las no-personas: Represión legal del enemigo tras el Atentado del 11 de tiembre de 2001*. <http://lujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>.
- Pozo, H. Ed. (1987). *Espacio y Poder, Los Pobladores*. Santiago: FLACSO.
- Rancière, J. (1996). *El Desacuerdo*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Rorty, R. (1991). *Contingencia, Ironía y Solidaridad*. Buenos Aires: Paidós.
- Safir, H. (2004). *Seguridad, Cómo proteger a su ciudad, su barrio y su familia*. Buenos Aires: Editorial Planeta.
- Sartori, G. (2003). *¿Qué es la Democracia?* Aguilar, Altea, Taurus Alfaguara S.A.
- Sen, A. (1999). *Nuevo Examen de la Desigualdad*, Madrid: Editorial Alianza.
- Sen, A. (2006). *El Valor de la Democracia*. España: Editorial El Viejo Topo.

- Sen, A. (2007). *Identidad y Violencia*. Buenos Aires: Editorial Katz.
- Sepúlveda, M. (2003). The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *School of Human Rights Research Series*, vol. 18, Oxford, Antwerpen: Intersentia.
- Silveira Gorski, H. Ed. (2000). *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta.
- Sinclair, R.K (1999). *Democracia y Participación en Atenas*. Madrid: Alianza Editorial..
- Stippel, J. (2006). *Las cárceles y la Búsqueda de una Política Criminal para Chile*. Santiago: Editorial LOM.
- Strawson, M. (1995). "Libertad y Resentimiento" en Strawson, Meter. *Libertad y Resentimiento y Otros ensayos*, págs. 171-223. Barcelona: Paidós.
- Tugendhat, E. (2001). *Lecciones de ética*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Universidad Diego Portales. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Santiago: Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.
- Wacquant, L. (2004). *Las Cárceles de la Miseria*. Buenos Aires: Editorial Manantial.
- Wacquant, L. (2007). *Los Condenados de la Ciudad. Gueto, Periferias y Estado*. Argentina: Siglo XXI Editores.
- Walzer, M. & Miller, D. Ed. (1997). *Pluralidad, Justicia e Igualdad*. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Walzer, M. (1993). *Las Esferas de la Justicia*. México: Fondo de la Cultura Económica.