

RECENSIONES

Igualdad y discriminación en el derecho europeo

Alexander Somek, *Engineering Equality. An essay on European Anti-Discrimination Law* (Oxford University Press; Oxford y New York, 2011); 234 pp.

Un moderno y robusto derecho antidiscriminación puede ser compatible con altos grados de desigualdad y, en términos generales, con un proyecto neoliberal que no busque una verdadera redistribución de poder. En otras palabras, esta creciente disciplina, aplicada en las circunstancias actuales de un mercado desregulado y de una fuerza de trabajo desprotegida por el derecho en su poder negociador, se puede reducir a la expansión del acceso de las “minorías” o “grupos desaventajados”.

Estas podrían ser las palabras iniciales del libro publicado de Somek. El análisis es provocador, pues cuestiona las premisas de una disciplina que, enmarcada en el contexto de una política social perseguida a nivel regional por los órganos de la Unión Europea, aparece a los ojos del público como un “proyecto emancipatorio”.¹ Visto así, el derecho antidiscriminación puede articular institucionalmente el conflicto entre dos valores que durante mucho tiempo dominaron la agenda y la discusión filosófica que se origina a partir de la lectura de la *Teoría de la Justicia* de Rawls: la tensión entre igualdad y responsabilidad, cuya articulación tuvo su máxima expresión en la corriente de los denominados “igualitaristas de la fortuna”.² De ahí que, por ejemplo, Somek denomine al derecho de la antidiscriminación como “la dama predilecta de la izquierda neoliberal”.

¹ David Kennedy, *The Dark Side of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Harvard University Press, 2005.

² Samuel Scheffler, *Equality and Tradition: Questions of Value in Moral and Political Theory*, Oxford University Press, 2010.

Si bien el libro no está dirigido a cuestionar a quienes ven a esta disciplina como una herramienta para mejorar la vida de gente que frecuentemente se ve sometida a “humillaciones y vejámenes”, Somek nos advierte de los riesgos que puede traer consigo lo que él cataloga como la “deficiencia normativa del derecho de la antidiscriminación”. En efecto, su argumento principal se construye en base a una elaborada reflexión sobre las dos “normas” principales de esta disciplina: La protección contra la discriminación directa e indirecta.

Los capítulos 3, 4 y 5, que se construyen sobre una aguda reflexión filosófica sobre categorías normativas, concluyen que el derecho de la anti-discriminación sencillamente “no regula lo suficiente. Cuando las cosas no se pueden lograr jugando según las reglas, surge la necesidad de lograrlas a través de acciones innovadoras, de las que se espera que consigan, de una u otra forma, lo que las meras normas no han logrado entregar” (12). Esto, de algún modo, es lo que explica la popularidad que han tenido las técnicas administrativas, propias del mundo del *management*, para solucionar los problemas que particularmente aquejan a la discriminación indirecta.

A esta conclusión arriba Somek después de haber invertido la presentación tradicional que los manuales o tratados hacen sobre estas normas. En efecto, una somera revisión de estos textos nos dice que la categoría principal es la discriminación directa que, aplicada sobre un agente distributivo en concreto, nos ayuda a combatir la discriminación indirecta. Lo que Somek hace es afirmar que la categoría principal es la discriminación indirecta. Sin embargo, los objetivos terminan fracasando cuando se abre la posibilidad de recurrir a las “necesidades de la empresa” o “las circunstancias de mercado” (*business necessity*), cuestión que puede verificarse en el fracasado intento de la legislación norteamericana en la materia: en efecto, como demuestra una línea consolidada de casos relacionados, la discriminación indirecta exige probar la intención del ofensor.

Los problemas del argumento general desarrollado en el libro se pueden ilustrar a través de una reflexión crítica hecha desde América Latina y algunas ideas ofrecidas en el debate en Estados Unidos. En efecto, una de las grandes debilidades del libro es no hacerse cargo de la historia de las luchas políticas por los “derechos civiles”, “derechos humanos”, o, en términos generales, por una igualdad de estatus. Parafraseando un conocido trabajo de Owen Fiss, es imposible leer la cláusulas de igual protección de la constitución estadounidense sin hacerse cargo de la opresión y humillación que ha sufrido la población

negra en ese país.³ Por eso, llama la atención que el libro solo incluya análisis de sentencias en casos de nacionalidad y genero, pero omita la jurisprudencia que existe sobre la categoría “raza”. Desde América Latina, uno podría señalar que la evolución de las cláusulas constitucionales de igualdad formal hacia un derecho de la antidiscriminación “transformador” que involucre “deberes positivas”, no puede estar desligada de las luchas que han librado los movimientos sociales. Cuestionar la estrategia de estos grupos de ocupar el lenguaje de los derechos humanos bajo una ideología general de la igualdad parece demasiado sofisticado para grupos que durante años han visto su estatus reducido al de mera “mano de obra”. En palabras de Patricia Williams,

[P]ara los históricamente impotentes, la concesión de derechos es símbolo de todos los aspectos de su humanidad que le han sido negados: los derechos implican un respeto que lo ubica a uno en el rango referencial de ‘yo’ y otros, que lo eleva del estatus de cuerpo humano al de ser social. Para los negros, entonces, el conseguir derechos significa el comportamiento respetuoso, la responsabilidad colectiva, que la sociedad le debe propiamente a cada uno de los suyos [...] esta experiencia de tener que argumentar la propia invisibilidad en la pasiva y no amenazante retórica de los ‘no derechos’, para sobrevivir, es la que, enfrentada al abandono de la teoría de los derechos por los [*Critical Legal Studies*], resulta tan paradójica como difícil de aceptar para las minorías.⁴

Por ello, y a pesar del profundo escepticismo filosófico que generan tanto el discurso de los derechos humanos como el principio de la igualdad, sigue siendo importante reflexionar sobre ellos, considerando que tanto sus promotores como los activistas sociales siguen utilizando ambos dispositivos.

Por otra parte, en América Latina, a falta de un “Estado de Bienestar” consolidado, de políticas universales operativas de manera expandida a través del continente, el derecho de la antidiscriminación puede verse enfrentado a un dilema. En concreto, considerando estas circunstancias, puede ser visto como una promesa normativa imposible

³ Owen Fiss, “Groups and the equal protection clause”, *Philosophy and Public Affairs*, 1976, n.º 5, pp. 107 y ss.

⁴ Patricia Williams, “La dolorosa prisión del lenguaje de los derechos”, en *La Crítica de los Derechos*, Siglo del Hombre, 2003, pp. 55 y 62.

de cumplir sin el soporte institucional adecuado. En otras palabras, puede ser visto como una promesa vacía, que termine decepcionando y frustrando a los grupos que ven en esta disciplina un “proyecto emancipatorio”.

A pesar de estos riesgos, creo que hay buenas razones para intentar reivindicar esta etiqueta para el nascente derecho de la antidiscriminación en el continente. A través de un lente que enmarque a la igualdad como un valor entre la redistribución y el reconocimiento, esta disciplina puede ser un catalizador de empoderamiento a nivel simbólico y político, que permita visibilizar ciertos temas que, de otro modo, quedarían fuera de la discusión pública. Por ello, es muy importante analizar el derecho chileno de la antidiscriminación vinculando tanto la evolución de los derechos fundamentales del trabajador (jurisprudencia de la tutela laboral y práctica administrativa de la Dirección del Trabajo) como el potencial de los casos que vayan acumulándose en una práctica jurisprudencial desarrollada sobre las cláusulas de la Ley Zamudio (Ley 20.609).

Algunos países han optado por uniformar su legislación antidiscriminación en un solo cuerpo normativo (Reino Unido e Irlanda), con la explícita intención de reconocer que no podemos leer las demandas de las “políticas de la identidad” aisladas de los problemas socioeconómicos. Para una adecuada comprensión del desarrollo y del potencial emancipatorio del derecho de la antidiscriminación, se hace imperativo que la academia incorpore ambos enfoques y compare frecuentemente tanto el derecho laboral como la Ley 20.609. Una lectura separada podría perfectamente ver materializados los miedos de Somek: que este Derecho termine siendo entendido como parte de una política social que durante los últimos 30 años ha decidido explícitamente cambiar el enfoque desde el empoderamiento y la protección de los individuos y colectivos, hacia una inclusión radical (y funcional) de nueva mano de obra al mercado del trabajo.

El problema, como advierte Somek, es terminar presos de un Derecho que busca desesperadamente expandir los valores del libre-mercado hasta el punto en que pueden entrar en tensión con los ideales de vida buena presentes en una comunidad. Por ello, el autor ve un potencial emancipatorio en los “deberes de acomodo” (accommodation duties) que están vigentes en el Derecho de la discapacidad, pues ellos buscan adecuarse a las particularidades de ciertas desventajas antes que imponer una visión de vida buena en que los únicos valores que importan

sean los que se desarrollan en un mercado laboral extremadamente competitivo como en el que vivimos.

Alberto Coddou McManus

Libre albedrío, responsabilidad, y derecho penal

Bernardo Feijoo Sánchez (editor), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias* (Civitas/Thomson Reuters: Cizur Menor, 2012); 296 pp.)

El libro recoge artículos disímiles de Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sánchez, Wolfgang Frisch y Günther Jakobs que abordan el cuestionamiento del principio de culpabilidad en materia penal. El trabajo resulta, a nuestro entender, previsor de los cambios que vendrán en materia penal sobre la culpabilidad y, en especial, sobre la noción de la “imputación subjetiva” en la teoría del delito.

En el estudio de Wolfgang Frisch sobre “El futuro del derecho penal de la culpabilidad”, el catedrático de la Universidad de Friburgo aborda las objeciones al derecho penal de la culpabilidad y cómo los experimentos y resultados empíricos en el campo científico afectan la disciplina penal. Frisch señala que “un Derecho Penal de la culpabilidad que parta de la capacidad del delincuente de adoptar la decisión correcta precisa todavía una ulterior fundamentación”, y agrega que “[l]os conocimientos actuales de los que participan en dicho discurso no es otro que el nuestro; se trata, pues, de la situación de incertidumbre, pero también de la no refutación del libre albedrío. Y las personas que deciden se tienen a sí misma y a los partícipes en el discurso como razonables y capaces de desarrollar un Derecho correcto en un discurso argumentativo; de lo contrario carecería totalmente de sentido discutir sobre la cuestión de la configuración correcta”.

En general, Frisch argumenta que no sólo cabe sostener exclusivamente que un Derecho Penal de la culpabilidad que confirme la fuerza vinculante de la norma infringida es mejor, y una alternativa más favorable para el autor en la mayoría de los casos: La reflexión que hace el autor sobre la culpabilidad y su futuro es que no se afecta a los auténticos fundamentos de un derecho penal de la culpabilidad. Donde sí debe existir mayor cuidado, en cambio, es del llamado derecho penal preventivo.

Se incluye también el estudio de Feijoo Sánchez “Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, que trata de la dogmática de la culpabilidad y cómo las neurociencias influyen en dicho principio. El autor hace una revisión de la teoría kantiana sobre el libre albedrío, además de las teorías de Jakobs y Günther sobre la materia.

En una reflexión final el catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid expresa: “Lo decisivo a efectos de responsabilidad penal no es si los seres humanos somos seres indeterminados o determinados —que lo somos—, sino la dimensión comunicativa de nuestro comportamiento como ciudadanos de cara a la estabilización de reglas esenciales de convivencia (del orden jurídico)”. Concluye que sólo se debería prescindir de la culpabilidad si las neurociencias llegan a transformar radicalmente el concepto de ciudadanía en una democracia deliberativa. Puntualiza que las neurociencias acabarán perfilando una nueva autocomprensión del ser humano y eso traerá consigo muchos cambios, pero no alterará las bases de la organización social.

Un tercer trabajo que compone en el libro es “Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, del Catedrático Emérito de la Universidad de Bonn Günther Jakobs. En este artículo Jakobs se pronuncia en el sentido de que los seres humanos no son libres en el plano físico en lo que respecta a sus impulsos vinculados a la satisfacción o la insatisfacción. En ese sentido, la teoría del derecho penal no añade nada a la moderna investigación neurológica. También sostiene que una sociedad estructurada normativamente no vincula a seres humanos individuales sino más bien personas, siendo estas últimas destinatarias de derechos y deberes construidos comunicativamente. El orden normativo es socialmente real si ofrece una orientación, pero esta cuestión no es tratada por las neurociencias, en la medida que investigan a los individuos pero no a la sociedad. Insiste en la opinión de que una conducta conforme a la norma no siempre es preferible desde una perspectiva individual, y que por ello las personas son competentes de procurarse una motivación fiel al Derecho. Como consecuencia de ello, las personas mantienen una libertad de autoadministración en el sentido de una libertad de organizar los propios derechos sin ser molestadas. En consecuencia, existe una correspondencia entre autonomía y responsabilidad, no entre libre albedrío y responsabilidad.

El libro incluye otro trabajo de Jakobs sobre culpabilidad jurídico-penal y libre albedrío, en el que examina situaciones especiales sobre el estado de necesidad exculpante, como la ira, el terror, y las convic-

ciones y la imputabilidad, proponiendo un reenfoque del concepto de culpabilidad.

Por último, Manuel Cancio Meliá, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid considera ciertas hipótesis sobre “Psicopatías y derecho penal”. Asevera que “desde el punto de vista asumido para los delitos del Derecho penal nuclear, en los que existe una clara conexión entre la vivencia de la desviación de la norma penal y la infracción criminal; cuadra con los *mala in se* por así decirlo. Parece difícil, sin embargo, aplicarlo también a aquellas infracciones que cabe calificar de completamente formales como empieza a abundar en los ordenamientos occidentales”. Esboza también que la culpabilidad y, más propiamente, la concepción funcional de la culpabilidad, es una magnitud que deriva de las necesidades de la prevención general positiva, es decir, la culpabilidad significa que la explicación de la infracción de la norma ocurrida es asignada al infractor, por ausencia de una explicación alternativa. Un paso más hacia algo que hoy pudiéramos denominar “imputación” se da en la responsabilidad por el resultado que Jakobs describe con maestría en su “Principio de culpabilidad” (1993).

En resumen, en esta obra se reestudia la noción de culpabilidad, y los autores se encargan de analizar cómo, partiendo de ciertos datos empíricos desde la perspectiva científica, teniendo para ello que el funcionamiento y la biología del cerebro obligan a transformar las estructuras de la responsabilidad que hasta hoy conocemos, especialmente aquellas vinculadas al principio de culpabilidad. No se trata de hacer borrón y tabla rasa del libre albedrío, pero sí es obligación repensar dicho concepto al tenor de la ciencia actual.

Nelson Pozo Silva

¿Ingenuidad académica?

José Francisco García y Sergio Verdugo, *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* (Ediciones Libertad y Desarrollo: Santiago de Chile, 2013); 301 pp.

Uno de los problemas esenciales que describe Taruffo respecto de la aplicación de la norma se encuentra en la operación del silogismo jurídico. Para el autor, no existe determinación *a priori* de los hechos y

del significado de la norma, es decir, no puede concebirse la operación del silogismo como una cuestión automática.

Sin duda, el problema denunciado –entre muchos otros– por el procesalista italiano, sugiere llamar la atención sobre el hecho de que el libro en análisis, descansa sobre un error, el que es ilustrativo de las falacias que los autores del libro construyeron con tanta facilidad. El prologuista del libro –anticipando una idea fundamental del libro– cita una serie de frases de J. H. Merryman para sostener que a los jueces de la tradición jurídica continental, o del derecho civil, no les cabe más que la aplicación irreflexiva del silogismo jurídico, como si la norma y el hecho estuviesen epistemológicamente dados *a priori*.

Así las cosas, resulta un deber académico recordar que el destacado jurista, ya en 1969, decía que –relatando los intentos históricos por reducir la función del juez a la de mero aplicador irreflexivo de la norma–, pensar que la labor del juez se resume en la aplicación sencilla del silogismo jurídico, no sólo refleja una concepción simplista del proceso judicial sino que es más bien parte del folclor jurídico que ha perdurado en el tiempo.

En el primer capítulo del libro en examen, los autores buscan entregarnos un panorama teórico respecto de lo que debe entenderse como “activismo judicial”, pero parecen más bien perseguir convencernos de lo que ellos creen que es activismo, un análisis que no evidencia investigación alguna respecto de los orígenes del concepto de “activismo”. Más que un concepto propiamente teórico, en realidad proponen como tal una serie de tendencias jurídico-políticas imperantes en la actualidad y con las cuales la ciencia del derecho tiene estrecha relación, en lo que se refiere a su desarrollo y evolución, tanto teórica como práctica.

Por otro lado, era indispensable que la exposición, en lo relativo a la vinculación de las conductas judiciales con cuestiones de índole política –uno de los aspectos centrales del “activismo”–, precisara el concepto de “política” de los autores, lo que no sucede en toda la obra. Una conceptualización a este respecto hubiese reflejado una teoría más coherente que considerar que el “activismo judicial” expresa simplemente opiniones personales de determinados magistrados de los tribunales de justicia. En este contexto, la obra aparece en general más como una queja, una suerte de pequeña rebeldía dentro de su propio *status quo* contra algunas sentencias judiciales que son adversas a sus intereses o ideales políticos-económicos.

Los autores podrían exclamar que la atribución anterior resulta infundada y errónea, aludiendo a que en la introducción de su obra

exponen un caso que sirvió para que un determinado magistrado –Sergio Muñoz– hiciera gala de un notorio activismo. Sin embargo, el análisis del caso muestra que las opiniones del mencionado juez no permiten advertir la construcción de un ideario político destinado a cambiar el mundo, sino que la expresión de buenos sentimientos.

Ahora bien, la falta de rigor de los autores se evidencia en los supuestos metodológicos que proponen al lector para que éste comprenda su tesis. Esos supuestos metodológicos son: (a) que, el juez debe aplicar la ley, camino en el que encontrará dificultades interpretativas, pero que esforzándose no provocará alteraciones en el sistema jurídico; (b) que la consagración del principio de separación de poderes impone a los jueces el respeto por la voluntad democrática, por lo que una decisión contraria a dicha entidad debe ser excepcional y muy justificada; y (c) que la legitimidad de una sentencia judicial radica en su motivación, la que no puede ser contraria a la Constitución y las leyes.

Es innegable que esos tres supuestos metodológicos presentados son presentados más bien como afirmaciones, cuya justificación implica el estudio de una serie de proposiciones complejas que los autores simplifican erróneamente, a nuestro juicio. Ahora bien, éstos durante todo el curso de la obra nos recuerdan con cierta desconfianza que se trata de simples proposiciones metodológicas, para luego afirmar con toda certeza que tienen un evidente sustento en la cultura jurídica chilena.

Digamos la verdad, cada uno de dichos supuestos constituye un debate inagotable y por cierto no existe evidencia en la obra de los autores respecto de si dichas afirmaciones son mejor entendidas como meros rasgos culturales –folclóricos, diría Merryman– distintivos del mundo jurídico en nuestro país. Lo anterior indica que el relato de los juristas exhibe una investigación insuficiente, pues no se hacen cargo de mostrarnos la importancia cultural de los supuestos y porque al mismo tiempo dudan de sus afirmaciones, todo lo cual contribuye a sostener que la obra socava los fundamentos mismos que pudieran destacarla como una contribución a la discusión sobre el “activismo judicial”.

En los distintos capítulos de la obra se muestran una serie de casos cuya discusión no establece de manera directa cómo esos hechos son decisivos para sostener las proposiciones de los autores. Para ello, resulta suficiente examinar los capítulos segundo (sobre decisiones sobre medio ambiente), tercero (sobre tomas de establecimientos educacionales) y cuarto (sobre Isapres), puesto que sólo son relatos de sucesos bajo una óptica abiertamente derechista, en el discurso más simple y básico de esa tendencia política.

Quizás el acápite más entretenido está en el análisis de las palabras y sentencias del juez Carlos Cerda, pero como se ha dicho, lo único que hacen los autores es citar y mostrar una serie de opiniones del aludido magistrado, sin presentar una reflexión seria de cómo esas opiniones son constitutivas de una suerte o especie de activismo judicial. Por otro lado, tampoco se justifica la idea de que porque los jueces actuales estudiaron en una época donde académicamente se entendía que el derecho no se bastaba a sí mismo, sus acciones están enraizados en tradiciones intelectuales de naturaleza activista.

En suma, el libro debe ser leído con una mirada distante y crítica, teniendo en cuenta que el discurso de los autores no es convincente, fundamentalmente porque se apoya en afirmaciones que no se resuelven, dicho de otra forma, respecto de las cuales no se toma partido, es decir, en supuestos metodológicos sobre los cuales no hay ni siquiera una decente convicción para sostener las ideas principales del libro, lo que deja dos opciones; la primera, que los autores han presentado una obra académicamente insuficiente; y, la segunda, que los autores son más bien ingenuos pero llenos de buenas intenciones que han querido comentarnos un leve problema.

Diego Sánchez Fuentes