



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

**CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTADO SOCIAL Y
CONSTITUCIONAL DE DERECHO.**

**Y sobre sus limitaciones desde una teoría respetuosa de las
competencias del legislador democrático**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile

Autor: Felipe Octavio Leiva Fadic

Profesor Guía: Rodrigo Correa González

Santiago, Chile

2009

A Daniela Maino Orrego

Tabla de Contenidos

Abreviaturas	v
Resumen	vii
Introducción	1
1. Objetivos y estructura de esta memoria	1
2. Aclaraciones sobre el objeto de esta memoria	7
3. Acerca de la teoría de interpretación constitucional adoptada.....	12
Capítulo I. El Tránsito hacia el Estado Social y Constitucional de Derecho	15
Capítulo II. El Estado Formal y Liberal de Derecho	19
1. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos	22
1.1. Sobre el concepto de derecho subjetivo y sus garantías.....	25
2. Los derechos fundamentales como derechos de defensa	29
3. La primacía de los derechos individuales en casos de conflicto.....	31
4. La igualdad como supresión de privilegios.....	32
5. El paradigma del imperio de la ley	34
Capítulo III. El Estado Social de Derecho	40
1. El tránsito hacia el Estado Social de Derecho.....	40
2. El proyecto constitucional del Estado Social de Derecho.....	50
2.1. El proceso de socialización y la consagración de los derechos sociales	53
2.2. Los derechos sociales como derechos de prestación.....	56
2.2.1. Acerca de la estructura de los derechos de prestación.....	59
2.3. El surgimiento de los derechos comunitarios o colectivos.....	60
2.4. El derecho fundamental a la igualdad como un derecho al bienestar material	69
2.5. El mandato jurídico de Estado Social	77
3. Sobre la exigibilidad de prestaciones en el Estado Social de Derecho	83

Capítulo IV. El Estado Constitucional de Derecho	96
1. La crisis del legicentrismo y el surgimiento del paradigma neoconstitucionalita	98
2. Sobre los presupuestos del Estado Constitucional.....	104
2.1. La existencia de una Constitución rígida	105
2.2. La fuerza vinculante de la Constitución. ¿Hacia un sistema de control constitucional difuso?.....	106
2.3. La garantía jurisdiccional de la Constitución.....	114
2.3.1. El control constitucional de la legislación.....	115
2.3.2. El control constitucional de la aplicación de la ley	121
2.3.3. El control constitucional de las acciones contrarias a los derechos fundamentales	124
2.4. La irradiación del Derecho común por parte del Derecho Constitucional	129
2.5. El efecto horizontal de los derechos fundamentales	135
2.6. La interpretación conforme a la Constitución.....	143
3. Neoconstitucionalismo y vulgarización.....	145
3.1. La “apertura” del sistema constitucional.....	146
3.2. De-formalización por constitucionalización	152
3.3. Hacia un constitucionalismo moderado o deferente.....	156
 Capítulo V. Sobre el Derecho y la Política. El Rol del Tribunal Constitucional en el Estado de Derecho	159
1. El TC y la deliberación política	160
2. ¿Quién debe decidir finalmente?.....	164
3. Algunos arreglos institucionales para un control constitucional moderado.....	167
4. Hacia la reapropiación de la política.....	171
 Conclusión	¡Error! Marcador no definido.

Abreviaturas

art., arts.	artículo, artículos
CC	Código Civil
comp.	Compilador
COT	Código Orgánico de Tribunales
CPR	Constitución Política de la República de Chile
DL	Decreto Ley
ed.	Edición
<i>et. al.</i>	“y otros”
etc.	Etcétera
FM	Revista Fallos del Mes
g.	gramo(s)
<i>ibíd.</i>	ibídem, referencia al mismo texto y página que la nota inmediatamente anterior
<i>íd.</i>	ídem, referencia al mismo texto que la nota anterior pero a página distinta
inc.	Inciso
Kg.	kilogramos(s)
LIC	Ley Interpretativa de la Constitución
LOC	Ley Orgánica Constitucional
LQ	Ley de Quórum Calificado
Nº	Número
<i>op. cit.</i>	obra ya citada del mismo autor, referencia a un texto ya citado en notas no inmediatamente anteriores
p., pp.	página, páginas
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia
ss.	Siguientes
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TCCh	Tribunal Constitucional Chileno
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemán

v.	Versus
v. gr.	Verbigracia

Resumen

La presente memoria tiene como objeto central analizar algunas de las consecuencias normativas que, a nivel constitucional, se deducen de la asunción del denominado Estado Social y Constitucional de Derecho. Para ello, luego de un capítulo introductorio, el capítulo II describe algunos de los presupuestos que conformaron el Estado de Derecho en las postrimerías del siglo XVIII, con el fin que los capítulos III y IV puedan dar cuenta de la transformación que en los siglos siguientes experimentó esta configuración inicial. Así, en estos capítulos se describen, respectivamente, los procesos que llevaron a la socialización y constitucionalización del Derecho.

Junto con ello, en los capítulos III y IV se analizan algunas de las consecuencias constitucionales que supone la consolidación del modelo del Estado Social y Constitucional de Derecho, como son la aparición de derechos sociales y de prestación, el surgimiento de derechos colectivos y de bienestar, la adopción de mandatos o cláusulas de estado social y de fuerza vinculante de la Constitución y el desarrollo de un procedimiento establecido para la garantía jurisdiccional de la Constitución, entre otros.

Adicionalmente, en el capítulo V se analiza una de las cuestiones que ha generado mayor discusión en relación a las consecuencias normativas del paradigma del Estado Constitucional de Derecho como la referida a los alcances del rol que debe ejercer el TC en el control de constitucionalidad de la ley.

Dado que a través de esta memoria se constata que la asunción Estado Social y Constitucional de Derecho ha traído aparejada una pérdida de relevancia del legislador democrático dentro del sistema de fuentes y que ello significa costos importantes no sólo desde un punto de vista político, sino que también para la pretensión de formalización del Derecho, se sugieren distintos acomodos institucionales que permitan algún nivel de complementariedad entre los presupuestos del Estado Social y Constitucional de Derecho y la regla de mayoría.

Introducción

1. Objetivos y estructura de esta memoria

La adjudicación en casos de derechos fundamentales se ha vuelto cada vez más compleja. A los casos en que a los jueces con competencia en materia constitucional se les exigía únicamente constatar la infracción de un derecho, declarar que tal o cual acto resultaba inconstitucional y fallar ordenando que se suprimiera el acto lesivo al derecho en cuestión, se han ido sumando otros en virtud de los cuales se les exige además que se pronuncien sobre cuáles, dentro de una amplia serie de posibilidades, son las prestaciones concretas que debe otorgar el Estado para proteger el derecho cuya protección se reclama. La creciente complejidad, entonces, se debe no sólo a la estructura normativa que, por lo general, presentan los derechos fundamentales, esto es, esos principios vagos e indeterminados que recogen los postulados morales básicos de una comunidad política y cuyo contenido debe ser determinado por los jueces, sino que además a la creciente tendencia a la judicialización de materias que dicen relación con el otorgamiento de prestaciones por parte del Estado y a la consecuente exigencia de que los tribunales se pronuncien sobre cuestiones que tradicionalmente han sido consideradas propias de la deliberación política y, por ende, de competencia del legislador democrático.

El “carácter abierto” de las normas de derechos fundamentales, la creciente constitucionalización de metas y objetivos políticos, la idea de que los derechos sólo son tales en tanto exigibles judicialmente al Estado, y la asunción del paradigma del Estado Social de Derecho, cuyo programa principal es la realización del ideal de la igualdad material, esto es, que todas las personas no sólo sean formalmente iguales, sino que además compartan por igual ciertas condiciones de vida dignas, ha ocasionado que en buena parte de los sistemas constitucionales occidentales se ejerzan peticiones y recursos judiciales cuyas fundamentaciones hace poco tiempo atrás resultaban sencillamente inimaginables. Al igual, por cierto, que muchas de las sentencias dictadas por las cortes o tribunales con competencias en materia constitucional.

La jurisprudencia latinoamericana no escapa al fenómeno que se viene señalando. Es más, precisamente en algunos de los países de esta parte del continente es donde mejor se pueden apreciar las nuevas exigencias que se le realizan al poder judicial por parte de los ciudadanos, así como las novedosas consideraciones que los tribunales, en una ola de activismo judicial realmente sorprendente, han comenzado a desplegar en sus sentencias.

En este sentido, basta mencionar el conocido *caso del supermercado Spar*¹, ocurrido en Argentina, en plena crisis económica del año 2002. Dicho caso se originó por una acción de amparo interpuesta por un joven padre de familia, desempleado y dependiente de la ayuda caritativa para subsistir, en representación de sus tres hijas menores de edad. La acción se fundamentaba en la infracción del derecho a la vida de las menores por la escasa alimentación que su padre estaba en condiciones de proporcionarles y por la supuesta negativa de auxilio de las instituciones sociales y de beneficencia a las que había acudido. La acción se dirigía en contra del Estado Provincial con el fin que procediera a suministrar la alimentación digna y necesaria para la subsistencia de las menores y de su grupo familiar hasta que se los insertara en algún programa social de apoyo. Junto con la interposición de esta acción se solicitó, como medida cautelar, que de inmediato y con la mayor urgencia se les suministrara a las menores la ración alimentaria detallada en un informe social que el propio recurrente acompañaba.

El juez que conoció de la acción interpuesta, pronunciándose sobre la medida cautelar y sin dictar aún sentencia respecto del fondo de la acción deducida, dispuso que en forma inmediata el Estado Provincial procediera a suministrar a las menores una canasta de alimentos a fin de cubrir las necesidades básicas de la familia². Dicha canasta, según la resolución del juez,

¹ Sentencia de amparo dictada por el Juzgado de Menores N° 2 de Paraná con fecha 21 de julio de 2002 en los autos caratulados “Defensor del Superior Tribunal de Justicia con Provincia de Entre Ríos”.

² Según la resolución del juez, la canasta de alimentos estaría compuesta por 7 litros de leche entera líquida por semana; 1 kg. de leche entera en polvo mensual; 3 kg. de harina por semana; 250 g. de levadura por semana; 1 kg. de grasa vacuna por semana; 1 paquete de 500 g. de fideos por semana o su equivalente de 2 kg. de fideos mensuales; 500 g. de arroz por semana o su equivalente de 2 kg. de arroz mensuales; 1 kg. de lentejas mensual o su equivalente de 250 g. semanales; 1 kg. de harina de maíz mensual o su equivalente de 250 g. semanales; 400 g. de porotos de soja mensuales o su equivalente de 100 g. semanales; 1 docena de huevos por semana; 1 litro de tomate triturado por semana; 1 kg. de azúcar por semana; 1 kg. de yerba mate por semana; 25 saquitos de té por semana; 3 litros de aceite mensuales; 500 g. de sal mensual; 1 litro de vinagre por mes; 3 kg. de carnes rojas por semana; 2 kg. de carnes blancas por semana; 3 kg. de verduras verdes y rojas por semana; 3 kg. de verduras amarillas por semana; 2 kg. de verduras blancas por semana; 3 kg. de frutas por semana; 1 unidad de jabón blanco por semana; 1 unidad de jabón de tocador por semana; 250 g. de jabón en polvo por semana; 1 litro de lavandina por mes; 1 litro de detergente por mes; 1 caja de fósforos por mes, 4 unidades de papel higiénico por semana.

debía ser suministrada por el Supermercado Spar, esto es, una persona jurídica de derecho privado que no tenía siquiera la calidad de parte en los términos del recurso interpuesto. A cambio de la obligación impuesta, la sentencia dispuso que el supermercado podría compensar las deudas fiscales que pudiera registrar, hasta el monto del valor de la canasta.

Como se puede apreciar, en este caso el juez no sólo otorgó prestaciones concretas -o acciones positivas- a un ciudadano, sino que además determinó, en forma independiente de cualquier programa impulsado por el gobierno, cuáles eran los medios o recursos necesarios para cubrir las necesidades del recurrente, gravando, al menos de manera mediata, a un particular para el cumplimiento del fallo. En gran medida, los fundamentos que accedieron a la medida cautelar solicitada por el recurrente, decían relación con el reconocimiento de la exigibilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales (y de entre ellos, el derecho a la alimentación) y con el rol activo que les cabe a los jueces para garantizar las condiciones mínimas de una existencia digna.

Otra sentencia que se sitúa en este contexto, y que demuestra las particularidades normativas de un nuevo paradigma constitucional es la dictada por la Corte Constitucional de Colombia en el caso *Félix Palacios contra Policía Metropolitana de Bogotá*³. En éste, el recurrente, un vendedor ambulante, presentó una acción de tutela, es decir, la acción que contempla el sistema constitucional colombiano para la protección de los derechos fundamentales, basado, entre otros motivos, en que cuando se disponía a vender alimentos en la vía pública, la Unidad de Espacio Público de la Policía Metropolitana le decomisó sus elementos de trabajo, esto es, un parasol, un cilindro de gas de veinte libras completamente lleno y una canasta de gaseosas con veintiún unidades. La acción, por cierto, pretendía que dichos elementos le fueran devueltos al recurrente. En su defensa, la recurrida señaló que los actos que eran considerados inconstitucionales por el recurrente se habían ejercido dentro de los términos que establecía el legislador en el Código Distrital de Policía de Bogotá, según el cual, la policía se encuentra facultada para velar por la conservación de las vías públicas y para incautar o decomisar las mercancías de quienes ocuparan el espacio público.

³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-772/03, dictada el 4 de septiembre de 2003 en el proceso de revisión de la sentencia de 25 de febrero de 2003, proferida por el Juzgado setenta y dos Penal Municipal de Bogotá, que decidió sobre la acción de tutela interpuesta por el ciudadano Félix Arturo Palacios Arenas en contra del Grupo de Espacio Público de la Policía Metropolitana de Bogotá.

Frente a este conflicto, el voto de mayoría de la Corte dictó sentencia, considerando que:

la búsqueda de la igualdad material para todos debe constituir el norte de las tareas cumplidas por el Estado colombiano, bajo su nueva formulación en tanto Estado Social de Derecho; tal presupuesto implica que las autoridades están obligadas, en primer lugar a promover por los medios que estimen conducentes la corrección de las visibles desigualdades sociales de nuestro país, para así facilitar la inclusión y participación de los débiles, marginados y vulnerables en la vida económica y social de la nación, y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad (...).

(...)

[L]as políticas y programas de recuperación del espacio público, es difícilmente compatible con un Estado Social de Derecho fundado, entre otras, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran (...) y además equivale a aplicar medidas que no se adecúan a las dimensiones presentes de la realidad social y económica en cuyo contexto habrán de surtir efectos –que hoy en día es una de inocultable pobreza y marginación de grandes masas poblacionales en la capital-. Privar a quien busca escapar de la pobreza de los únicos medios de trabajo que tiene a su disposición, para efectos de despejar el espacio público urbano sin ofrecerle una alternativa digna de subsistencia, equivale a sacrificar al individuo en forma desproporcionada frente a un interés general formulado en términos abstractos e ideales, lo cual desconoce abiertamente cualquier tipo de solidaridad.

En base a dichas consideraciones, la Corte resolvió finalmente:

SEGUNDO.- ORDENAR al Gerente del Fondo de Ventas Populares que dicho establecimiento público ofrezca al actor, en forma preferencial y dentro del término máximo de un mes a partir de la notificación de la presente sentencia, una alternativa económica de subsistencia viable encaminada a que él pueda satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

(...)

CUARTO.- URGIR al Gerente del Fondo de Ventas Populares para que otorgue a los representantes de los vendedores informales la oportunidad de participar activamente en los procesos de evaluación y seguimiento de las políticas de recuperación del espacio público (...), con miras a

garantizar efectivamente que tales políticas, así como los programas y medidas a través de los cuales se ejecuten, den pleno cumplimiento a las pautas constitucionales.

Mediante esta sentencia, la Corte Constitucional de Colombia actuó de un modo particularmente activo. Por una parte, realizó un control constitucional de normas en un proceso destinado al control de actos, analizando la constitucionalidad de determinadas normas del Código Distrital de la Policía de Bogotá. Por la otra, se arrogó facultades que típicamente le han sido atribuidas al legislador democrático. En efecto, yendo mucho más allá de las peticiones concretas formuladas por el recurrente, y basada supuestamente en las premisas normativas del Estado Social de Derecho, la Corte terminó instando por la implementación de políticas generales aplicables a un sector determinado de la población.

Este tipo de sentencias por parte de los tribunales con competencias en materia constitucional no son aisladas. Por el contrario, resultan cada vez más recurrentes, al igual que cada vez son más quienes las justifican y las entienden como una manifestación de la forma correcta en que deben actuar los jueces, si es que se pretende tomar en serio los dictados del Estado Social de Derecho, del derecho fundamental a la igualdad considerado de manera robusta y principalmente interpretado para dar protección a los más desventajados de la sociedad y de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, en general⁴.

Ahora bien, esta socialización de que ha sido objeto el Estado de Derecho, no es la única transformación experimentada respecto del modelo bajo el que se estructuró originalmente. Por el contrario, desde mediados del siglo XX es posible evidenciar cambios aún de mayor connotación que las ya descritas, que dicen relación con la pérdida de relevancia de la ley dentro del sistema de fuentes del Derecho y su suplantación –en términos jerárquicos– por un conjunto de normas valores consagrados en la Constitución con el fin de orientar el sentido de la totalidad del ordenamiento jurídico. En otras palabras, y como lo ha sostenido el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, ahora debe considerarse

⁴ En lo que sigue, se ocupará la expresión *derechos sociales* para referirse a los *derechos económicos, sociales y culturales*, que es la denominación que adquieren en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

que antiguamente, la primacía en el Estado de Derecho, le correspondía a la ley. Sin embargo, en el Estado Constitucional moderno, denominado en algunas constituciones estado social de derecho, la primacía es otorgada a la Constitución, por cierto, nuestro país, no se aparta de esta referencia (...). Tan elocuente conclusión, deriva sin duda, desde un punto de vista formal, de la alternativa real, que la ley debe ajustar su producción a las regularidades constitucionalmente establecidas (...) y materialmente debe cumplir los fines, principios y contenidos concretos establecidos en la norma fundamental, pudiendo predicarse entonces, que el principio de legalidad se ha sustituido por el de constitucionalidad como eje del ordenamiento jurídico⁵.

En otras palabras, bajo la adopción de este tipo de presupuestos, hoy se sostiene comúnmente que el Estado de Derecho es, además, un Estado Constitucional. Como se verá más adelante, la asunción de este nuevo modelo ha provocado una serie de consecuencias no sólo para la forma en que opera el sistema constitucional, sino que para el sistema jurídico en general. De hecho, en su forma más radical, quienes defienden el modelo del Estado Constitucional, propugnan que dado que la Constitución consagra los valores superiores del ordenamiento, ella debe tener una “fuerza invasiva general”⁶ y, por ende, su aplicación directa a todo tipo de conflictos jurídicos le cabe a todos los jueces de la República, quienes frente a una contradicción entre el contenido material de la Constitución y una ley determinada, deben dejar de aplicar esta última en virtud del principio de supremacía jerárquica de la Constitución.

En este sentido, la adopción del modelo del Estado Constitucional ha venido a suponer nuevamente un aumento de las potestades de los jueces en relación a aquellas propias del legislador. Y ello por cuanto lejos del paradigma de que los jueces no son más que la *boca de la ley*, bajo el nuevo modelo se sostiene cada vez con mayor recurrencia que el adjudicador tendría una autorización contenida en la propia Constitución para dejar de aplicar la ley si es que ésta no se aviene con las principios y valores constitucionales. En otras palabras, la sumisión del juez a los dictados del legislador es reemplazada por aquella que debe seguirse de las reglas y principios establecidos en la Constitución.

⁵ Sentencia dictada con fecha 5 de diciembre de 2006 por la primera sala del Tribunal de Juicio Oral de Puerto Montt, en los autos rit N° 49-2006.

⁶ La expresión es de POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambiguo. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, p. 192.

Dado este estado de cosas, mediante esta memoria se pretende, en primer lugar, *describir* cuáles son algunas de las nuevas consecuencias normativas que subyacen a la concreción del denominado Estado Social y Constitucional de Derecho. O sea, se pretende identificar cuáles son aquellas manifestaciones que jurídicamente subyacen a este nuevo paradigma del Estado de Derecho. Para ello, en los primeros cuatro capítulos se realiza una descripción de la evolución en la configuración del Estado y de los derechos fundamentales, desde el periodo liberal clásico a la actualidad. Con ello se pretende demostrar, bajo un análisis comparativo, cómo las exigencias que existen tras el Estado Social y Constitucional de Derecho implican pretensiones adicionales y sustantivamente diversas a las existentes en el paradigma anterior.

En segundo lugar, esta memoria tiene un objetivo adicional: a partir de la descripción realizada, se pretende *analizar*, dogmáticamente y conforme a ciertos principios que se irán exponiendo a lo largo de la misma, cuáles de las consecuencias normativas que se le atribuyen al Estado Social y Constitucional de Derecho resultan deseables y posibles de ejecución práctica según las limitaciones con que opera el sistema jurídico y que impone el principio democrático. Para realizar este análisis, se tendrá en consideración el rol de los jueces tanto en el contexto de aplicación, como en el control constitucional de la legislación.

2. Aclaraciones sobre el objeto de esta memoria

Con el fin de evitar confusiones ulteriores, es necesario aclarar que esta memoria tiene como objeto primordial analizar algunas de las consecuencias constitucionales de la asunción del Estado Social y Constitucional de Derecho, adoptando, en ese sentido, un enfoque esencialmente normativo. Así, cuando se analiza el derecho a la igualdad entendido como un derecho a la igualdad material, el análisis versa sobre los alcances de la interpretación de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado. Igualmente, cuando se discute sobre derechos sociales, las concepciones acerca de ellos, y sus alcances, se hace sobre la base de aquellos derechos que han tenido un reconocimiento constitucional.

Esto quiere decir, en primer lugar, que esta memoria, si bien da cuenta de una evolución en la forma en que se concibe el Estado y los derechos fundamentales, no pretende realizar un análisis exhaustivo acerca de los movimientos sociales que permitieron dichos cambios. Tampoco pretende realizar un análisis de la profusa legislación social que comienza a aparecer en los sistemas jurídicos occidentales desde mediados del siglo XIX. Ambos hechos resultan innegables históricamente y sirvieron para que, a mediados del siglo XX se consagraran, de manera generalizada en diversos sistemas jurídicos occidentales y en *textos constitucionales*, derechos que habían sido reivindicados por dichos movimientos y que habían gozado de algún reconocimiento por parte del legislador. Sin embargo, es precisamente el análisis de los textos, y de las consecuencias normativas que produce la consagración positiva en dichos textos, el que resulta ser el objeto central de esta memoria.

Por otra parte, que esta memoria verse sobre derecho constitucional tiene una consecuencia adicional. Y es que en ella recurrentemente, la argumentación que se ha brindado no es sólo jurídica, sino que también política. En efecto, cuando lo que resulta ser el objeto de estudio son aquellos principios que se encuentran en la denominada *parte dogmática* de una Constitución, y que supuestamente son el reflejo de aquellas metas y postulados morales que una comunidad considera más relevantes y dignos de protección, el análisis que se desarrolle difícilmente puede ser meramente exegético.

Tanto es así que hay un principio que ha guiado el análisis de esta memoria y que debe tenerse presente desde el inicio: la *deferencia al legislador democrático* en la configuración de los asuntos políticos⁷. Este punto de partida, más allá de las particularidades existentes en cada sistema electoral, ha sido asumido por diversas consideraciones.

⁷ Cuando se hace referencia a la democracia, se la entiende en su versión de democracia representativa. Como señala Bernard Manin, esta forma de gobierno, en sus inicios (es decir, en el periodo posterior a las revoluciones norteamericana y francesa), no fue considerada como forma de democracia o de gobierno del pueblo, pues se diferenciaba del modelo clásico, conocido como democracia directa, en al menos dos cuestiones relevantes. Por una parte, en el sistema representativo, a diferencia del modelo de la democracia directa, no existe un reconocimiento institucional a que sea el pueblo reunido en asamblea el que adopte al menos parte de las decisiones vinculantes para la comunidad. Por la otra, el sistema representativo establece la elección como *la* forma para llegar a ocupar un cargo público, eliminando por completo el sorteo, el modo más *directo* de reclutar miembros para los cargos públicos. Como dice Manin “innumerables fuentes presentan el sorteo como rasgo típico de la democracia. Y lo que es más, el sorteo es descrito como el método democrático de selección, mientras que las elecciones se consideraban más oligárquica o aristocráticas”. Al respecto, ver MANIN, Bernard. Los principios del gobierno representativo. Madrid, Alianza, 1998, p. 41.

En primer lugar, por la especial legitimidad política con que cuenta el legislador para obligar a todos mediante sus decisiones. Dicha legitimidad descansa en la elección popular, lo que implica que el legislador ocupa su cargo sólo gracias al consentimiento general de aquellos que lo han elegido y, por ende, que los ciudadanos sólo pueden resultar obligados en tanto han consentido o, al menos, en tanto sus convicciones han sido consideradas dentro del juego político⁸.

A diferencia de lo que sucede con el legislador, el juez por regla general no debe decidir sobre cuestiones que afecten a todos. Muy por el contrario, el conflicto que debe resolver el juez es aquel que se produce entre individuos particulares o entre particulares y el Estado, concediendo en su sentencia la pretensión de uno de ellos. Para tal tarea, el juez no requiere el consentimiento de todos los ciudadanos. Por lo tanto, si a través de la actividad jurisdiccional, el juez pretende comenzar a decidir sobre cuestiones políticas y a instaurar planes y programas que afectan a la comunidad en general, para actuar legítimamente requiere, en principio, del consentimiento de aquellos que se verán afectados por dichas decisiones. No obstante, dado que por regla general, aunque con las contingencias particulares de cada sistema jurídico, el juez constitucional ocupa el cargo sin el consentimiento inmediato de los ciudadanos, precisamente y salvo normas de competencia expresamente contempladas, carece de la legitimidad necesaria para obligarlos a todos ellos mediante sus decisiones.

LINCOLN expresa con admirable claridad el por qué las decisiones que afectan a todos deben ser de competencia del gobierno. En sus palabras,

[S]i la política del gobierno sobre las cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo, deben ser irrevocablemente fijadas por las decisiones de la Corte Suprema, en el preciso momento en que son adoptadas, en una controversia ordinaria entre partes en acciones particulares, el pueblo dejará de ser su propio gobernante, habiendo prácticamente renunciado a su gobierno a favor de aquel eminente tribunal⁹.

⁸ Según Manin, tras la democracia representativa hay una “nueva concepción de la ciudadanía: ahora los ciudadanos se consideraban ante todo fuente de legitimidad política, más que personas deseadas de ocupar un cargo”. Ver MANIN, *id.* p. 118.

⁹ 4 Collected Works of Abraham Lincoln, p. 268 (Roy Basler, ed.) (New Brunswick: Rutgers Univ. Press, 1953), citado en BURT, Robert. Constitución y conflicto. Buenos Aires, Eudeba, 2000, p. 18.

En segundo lugar, en la elección descansa también otra de las razones por las cuales se ha adoptado este principio de deferencia, ya que es precisamente la elección periódica la que permite la efectividad de la responsabilidad política de los representantes ante el pueblo. Esta responsabilidad hace posible, a su vez, a lo menos de manera mediata, que los ciudadanos ejerzan alguna influencia en los asuntos públicos rechazando determinadas políticas a través del voto. Hay quienes, por cierto, son escépticos al respecto. Así, por ejemplo, BERNARD MANIN ha señalado que no está claro hasta qué punto las elecciones periódicas dan a los ciudadanos cierto control sobre la política, sobre todo dada la ausencia de mandatos imperativos y de promesas electorales vinculantes. No obstante, señala que la ciudadanía ejerce influencia en tanto “los representantes que persiguen el objetivo de la reelección tienen el incentivo de asegurar que sus decisiones actuales no provoquen un rechazo futuro por parte del electorado. Por consiguiente, han de tratar de predecir las reacciones que generarán esas decisiones e incluir esa predicción en sus deliberaciones”¹⁰.

Este efecto de que los ciudadanos puedan orientar directamente la dirección de determinadas políticas a través del voto, o que, como señala MANIN, por medio de éste puedan crear incentivos, a lo menos mediatos, para que el legislador actúe movido por los intereses del electorado, no se produce cuando quienes toman decisiones de carácter político son los jueces. En este sentido, el adjudicador aparece ligado a las pretensiones de la ciudadanía, de un modo mucho más difuso del que puede hacerlo quien es elegido mediante votación popular. En otras palabras, el juez no tiene incentivos importantes para que la voluntad de los gobernados entre en sus cálculos de poder. Por el contrario, cuando el juez “falla” en términos políticos están dados todos los incentivos para que, sea su propia voluntad la que prime por sobre las consideraciones que puedan tener otros de los gobernados. Así, el juicio de la comunidad puede quedar relegado fácilmente a un segundo orden de consideración.

¹⁰ MANIN, *op. cit.* en nota 7, p. 219. Según él, “[e]n el gobierno representativo, el electorado juzga *ex post facto* las iniciativas tomadas de un modo relativamente autónomo por los que están situados en el poder. A través de su juicio retrospectivo, el pueblo goza de verdadero poder soberano. Llegado el momento de la elección, cuando se ha dicho todo a favor y en contra de las políticas de los que están en los cargos, el pueblo presenta su veredicto. Contra ese veredicto, sea correcto o erróneo, no hay apelación; ése es el aspecto democrático de la elección” (*id.* p. 225).

Finalmente, este principio base se ha adoptado expresamente, por dos razones que se encuentran estrechamente ligadas. Por una parte, por cuanto resulta políticamente relevante que las decisiones políticas sean determinadas por aquel órgano del Estado que permita de un mejor modo la visibilidad de los diversos sectores e intereses legítimos que existen dentro de la comunidad, con el fin que todos los miembros de ella puedan concebir que sus proyectos de vida e ideales encuentran algún nivel de representación en la determinación de aquellas políticas. Por la otra, este órgano diverso que resulta ser el parlamento, posibilita, en algún grado, la existencia de un proceso de discusión entre los diversos actores que lo componen. La existencia de este debate hace más probable, a su vez, que las decisiones sean adoptadas en base a un escrutinio argumentativo más estricto que cuando son determinadas por un solo sujeto que actúa fuera de la asamblea. Así, el parlamento permite de mejor modo que quien pretenda que una política en particular sea desarrollada por el Estado, debe necesariamente iniciar un proceso argumentativo con el fin de convencer a otros. Muchas veces no sólo a los miembros de su propio partido político y a quienes son sus adversarios, sino que también a la ciudadanía, que actúa otorgando su veredicto.

A través de este proceso argumentativo existe la posibilidad que las políticas puedan ser perfeccionadas, así como que se cumpla de un mejor modo el ideal republicano de la participación. Así, más que el consenso, el debate posibilita la inclusión de otros en la toma de decisiones.

De más está decirlo, ambos objetivos se diluyen cuando las decisiones en materia política son adoptadas por un sujeto que no tiene más interlocutores que la letra de los Códigos o sus propias valoraciones morales.

No obstante, y a pesar de todos los argumentos que se han desarrollado hasta el momento, el que en esta memoria se asuma la deferencia al legislador democrático, no implica en modo alguno una sugerencia de supresión de la justicia constitucional. Sin duda, ésta tiene un relevante rol que cumplir en un Estado de Derecho, contribuyendo al enriquecimiento de la discusión pública, mediante un diálogo institucional permanente, aunque no vinculante, con el legislador. Este rol, sobre el cual se profundizará en el último capítulo de esta memoria, resulta

compatible con el principio de deferencia, pero lamentablemente, a lo menos en nuestro país, ha sido descuidado por aquellos que están llamados a cumplirlo: los jueces.

La necesidad que en un Estado de Derecho sea respetada la voluntad de la mayoría y que existan ciertos límites a la misma implica una tensión que se ha resuelto de distintas formas en cada sistema jurídico. Muchas veces, por cierto, dicha tensión se ha resuelto de manera inadecuada privilegiando en exceso las potestades de control del juez constitucional y transformándolo en un actor privilegiado dentro de la esfera política.

3. Acerca de la teoría de interpretación constitucional adoptada

Esta memoria, si bien versa sobre derecho constitucional, se ha realizado de un modo diverso al que ha sido el tradicional en la disciplina chilena de los últimos treinta años¹¹. Ello por cuanto para el análisis de las materias constitucionales que se presentan se ha prescindido, en buena parte, de lo dispuesto en las Actas de la “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de la República”, llamada también y más simplemente, Comisión Ortúzar.

Esta opción se ha seguido por cuanto si bien en esta memoria no se ha pretendido sugerir una teoría de interpretación constitucional determinada¹², sí se rechaza aquella según la cual el

¹¹ Algunos autores que pueden identificarse con el “modo tradicional” son, sin duda, SILVA B., Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000; VERDUGO M., Mario, PFEFFER U., Emilio, NOGUEIRA A., Humberto. Derecho Constitucional. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997; EVANS, Enrique. Los derechos constitucionales. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004; CEA E., José Luis. Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

¹² Respecto a la discusión norteamericana relativa al modo en que deberían interpretarse las disposiciones de la Constitución, ver DWORKIN, Ronald. El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona, Ariel S.A., 1994, pp. 159-193; ELY, John Hart, Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional. Universidad de Los Andes, Colombia, Siglo del Hombre Editores, 1997; BURT, Robert, *op. cit.* en nota 9. Según este último, en la discusión norteamericana, pueden encontrarse cuatro teorías diferentes que pretenden contestar la pregunta de cómo puede asegurarse la legitimidad de la interpretación constitucional por parte de la Corte Suprema. La primera de ellas es la llamada teoría *originalista*, según la cual el modo legítimo de interpretar la Constitución descansa en la fidelidad estricta a la intención original de los autores del texto constitucional. La segunda teoría es la *interpretacionista*, según la cual la interpretación constitucional consiste en descubrir el verdadero sentido de un precepto a la luz de los valores fundamentales de una comunidad determinada. La tercera teoría es la *corriente del proceso*, cuyo defensor emblemático ha sido J. H. Ely, y según la cual el único fundamento legítimo para el control constitucional de constitucionalidad descansa en la posibilidad de influir en las instituciones políticas de modo tal que éstas se abran a todos los participantes. Por último, Burt señala que una cuarta teoría es la que sostienen los adherentes del *Critical Legal Studies*, según los cuales resulta imposible otorgar un fundamento de legitimidad al control constitucional. Ver BURT, *id.* pp. 27-42.

modo en que deben resolverse los conflictos que se susciten en materia constitucional consiste en determinar qué fue lo que señalaron aquellos que participaron en la elaboración de parte de la Constitución, es decir, en descifrar la intención –sobre todo, la de algunos- de los miembros de la Comisión Ortúzar. En otras palabras, se rechaza aquella teoría de interpretación constitucional conocida, en la doctrina estadounidense, como *originalismo*.

En primer lugar, por una razón que ya puede considerarse tradicional en el ámbito de la crítica a la teoría originalista, resulta en extremo complejo determinar cuáles fueron las verdaderas intenciones de quienes redactaron la Constitución¹³. En otras palabras, el juez no se encuentra en condiciones de descubrir la voluntad interna de los constituyentes. A lo más, tiene la posibilidad de otorgar un determinado sentido a las pretensiones que subyacen a una determinada norma. En esa adscripción de sentido, por cierto, influyen de manera considerables los propios prejuicios del juez.

En segundo lugar, por el hecho de que no siempre resulta claro determinar cuáles son las intenciones que cuentan a efectos de realizar la interpretación constitucional¹⁴. Por de pronto, en el caso chileno resulta dudoso considerar, como tradicionalmente se hace, que las únicas intenciones relevantes a efectos de otorgar sentido a una determinada norma constitucional sean las de aquellos que formaron parte de la llamada Comisión Ortúzar. Y ello por cuanto en el proceso que originó la Constitución chilena participaron personas adicionales: los miembros del Consejo de Estado y de una comisión secreta que revisó el proyecto días antes de su sanción definitiva¹⁵.

¹³ Al respecto, ver DWORKIN, *op. cit.* en nota 12.

¹⁴ En este sentido, Dworkin se pregunta “¿[L]os estados mentales de qué personas cuentan al fijar la intención (...)? ¿Cada uno de los miembros del Congreso que la sancionó, incluyendo aquellos que votaron en contra? ¿Las ideas de algunos, por ejemplo, las de aquellos que hablaron o hablaban más a menudo en los debates, son más importantes que las de otros? ¿Qué sucede con los funcionarios ejecutivos y asistentes que prepararon los borradores iniciales? ¿Qué pasa con el presidente que firmó el proyecto de ley y lo hizo ley? ¿Sus intenciones no deben contar más que las de cualquier senador?”. Ver DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona, Gedisa, 1988, p. 226.

¹⁵ Al respecto, ver MAC-CLURE, Lucas. *Práctica Judicial, Derecho a la Honra y Libertad de Expresión. Un Análisis de la Jurisprudencia Constitucional Chilena*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007, p. 11.

En tercer lugar, en caso que se adoptase una interpretación originalista, se produciría un problema para la resolución de todos aquellos casos, complejos o no, frente a los cuales los constituyentes no tuvieron ni manifestaron intención alguna. Frente a esos casos, que sin duda resultan ser innumerables, al originalismo sólo le resta aceptar la reforma constitucional con el fin de que el poder constituyente exprese claramente sus intenciones. Es evidente que, de cara a la estabilidad del sistema jurídico completo y de una convivencia política pacífica, la continua reforma del texto constitucional no resulta aconsejable.

No obstante, más allá de las razones anteriores, en esta memoria no se ha adoptado una tesis originalista por un motivo adicional: la defensa del principio democrático que se ha venido sosteniendo¹⁶. En efecto, si no se ha adoptado una *posición originalista* es, en parte, por un motivo similar al que subyace a la consideración que los jueces constitucionales no se encuentran legitimados para implementar políticas a través de la potestad jurisdiccional: porque en ambos casos el ideal del autogobierno o el veredicto de la comunidad queda relegado a un segundo plano.

En efecto, cuando las normas constitucionales son interpretadas conforme a las intenciones de quienes las redactaron, la voluntad presente del pueblo queda subordinada a la voluntad de aquellas personas de generaciones pasadas que participaron en la génesis de la Constitución. En otras palabras, si el juez interpreta las normas constitucionales y en particular las normas sobre derechos fundamentales conforme a las valoraciones e intenciones de quienes participaron en su redacción, si algún pueblo puede llegar a ser representado es uno que sin duda ya no existe. Es un pueblo pasado¹⁷.

¹⁶ Por cierto, existen otros motivos por los cuales uno puede oponerse a este método de interpretación. En este sentido, algunos autores señalan que para el juez chileno, la restricción de ocupar las actas se justifica por el hecho que quienes integraron la Comisión lo hicieron de un modo no democrático. En este sentido MAC-CLURE, *ibíd.*, ha señalado que “[e]l poder constituyente del pueblo sólo se expresó en un momento posterior a 1988, posiblemente cuando en 1989 importantes reformas al texto del Decreto Ley 3.464 se aprobaron, con registros electorales y mayor discusión pública, mediante un plebiscito. Si ese pronunciamiento coincidió con el rechazo a la continuación del régimen militar, es difícil ver cómo podría entenderse que el pueblo aceptó como criterio interpretativo de su Constitución las opiniones de un grupo de funcionarios nombrados por los líderes de ese régimen”.

¹⁷ En este sentido, Ely ha señalado que ni aquella “teoría que concede a nuestro sistema judicial, soberanía sobre las opciones valorativas sustantivas de la sociedad, ni aquella que remite tales opciones a las creencias de personas fallecidas hace más de un siglo (...) es reconciliable, en última instancia, con los presupuestos democráticos implícitos en nuestro sistema”. Ver ELY, *op. cit.* en nota 12, p. 17.

Capítulo I. El Tránsito hacia el Estado Social y Constitucional de Derecho

La cuestión que se plantea es si dos Estados tan distintos, con estructuras jurídicas tan diferentes como las del Estado Social de prestaciones y las del Estado de Derecho de libertades pueden ser acoplados en una misma constitución.
Ernst Forsthoff¹⁸

El Estado de Derecho, tal como se presenta en su formulación actual, es el producto de un proceso histórico complejo que encuentra sus presupuestos materiales en la profunda valoración de la autonomía del sujeto que comienza a percibirse en la Ilustración y que se estructura orgánicamente a partir de los procesos revolucionarios de fines del siglo XVIII.

En efecto, si bien la expresión Estado de Derecho es una construcción conceptual de publicistas alemanes de la primera parte del siglo XIX¹⁹, su estructura se encuentra diseñada para asegurar un ideal político que venía siendo proclamado desde mucho antes, principalmente por quienes formaron parte del iusnaturalismo racionalista: el de la libertad del hombre, entendida ésta tanto en un sentido negativo o de autodeterminación en el plan de vida, como en un sentido positivo o de participación de los ciudadanos en los procesos de producción de normas por las cuales se encuentran vinculados²⁰.

¹⁸ FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del Estado Social. En: ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOEHRING, Karl. El Estado Social. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45.

¹⁹ Según Böckernförde, “el término “Estado de Derecho” es una construcción lingüística y una acuñación conceptual propia del espacio lingüístico alemán que no tiene correlatos en otros idiomas” y que fue utilizada por primera vez por Carl Th. Welcker en 1813, reapareciendo posteriormente en las obras de otros autores. Al respecto, ver BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho. En su: Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid, Editorial Trotta S.A., 2000, pp. 17-45.

²⁰ Acerca de la clásica distinción entre libertad en sentido negativo y libertad en sentido positivo, ver BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de libertad. Madrid, Alianza Editorial, S.A., 2001. Según el autor, mientras la libertad negativa consiste en la ausencia de interferencia o de coacción dentro de una frontera variable pero reconocible, la libertad positiva se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio amo. Respecto a estas dos concepciones de libertad, Berlin señala que si bien lógicamente no distan mucho la una de la otra, “se desarrollaron históricamente en sentidos divergentes, no siempre de forma lógica, hasta que, al final, entraron en conflicto directo” (*id.* p. 61).

De esta forma, en su formulación original, el Estado de Derecho viene a reconocer o servir de protección a aquellos atributos o *derechos naturales e innatos* de todos los hombres que venían siendo reivindicados frente al modelo pre-ilustrado que concebía los derechos como meras “franquicias” o “concesiones” del rey o señor feudal para con sus súbditos²¹. En efecto, en aquella época en que el Estado de Derecho viene a consolidarse, se venía desarrollando también una profunda transformación respecto a la concepción de los derechos del hombre, de forma tal que cada vez con mayor frecuencia pasaron a ser entendidos como atributos consustanciales a todo ser humano e independientes de cualquier concesión regia. Ello sería reconocido, por cierto, en las primeras declaraciones de derechos que aparecerían con las revoluciones de fines del siglo XVIII, en virtud de las cuales, los derechos se establecen como atributos naturales e imprescriptibles²², es decir como atributos que el sujeto goza por su sola condición de tal.

Por otra parte, la organización básica del Estado de Derecho encuentra también su existencia antes que un concepto lo reconociera como realidad perfectamente diferenciada. En efecto, fue con las revoluciones norteamericana y francesa –sobre todo con esta última²³– que se construye un nuevo tipo de Estado, caracterizado por la implementación institucional de ciertos principios básicos que transformarían el orden político que existía hasta ese momento y que moldearían la estructura del Estado y del derecho público en términos semejantes a la existente en la actualidad. Entre estos principios, que por sus transformadoras consecuencias políticas y normativas, pueden denominarse como revolucionarios, se encuentran, la idea de la nación como titular del poder político en reemplazo de la figura unipersonal del monarca, un principio de separación de poderes que implica diferenciación en los ámbitos de competencia del Estado, la

²¹ Respecto a esta evolución en la concepción de los derechos que va desde “derechos-franquicias” a “derechos-innatos”, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa. Madrid, Alianza Editorial, S.A., 1994.

²² Al respecto, y de manera meramente ejemplar, el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dispone que “[l]a finalidad de la sociedad es el bienestar común. El gobierno es instituido para garantizar al hombre la vigencia de sus derechos naturales e imprescriptibles”.

²³ Según Eric Hobsbawm, “[l]a revolución norteamericana sigue siendo un acontecimiento crucial en la historia de los Estados Unidos, pero (salvo en los países directamente envueltos en ella y por ella) no dejó huellas importantes en ninguna parte. La revolución francesa, en cambio, es un hito en todas partes. Sus repercusiones, mucho más que las de la revolución norteamericana, ocasionaron los levantamientos que llevarían a la liberación de los países latinoamericanos después de 1808”. Al respecto, ver HOBBSAWM, Eric. La era de la revolución, 1789-1848. 5ª ed. Buenos Aires, Editorial Crítica, 2006, p. 63.

ley como manifestación de la voluntad soberana y como único mecanismo de injerencia en la esfera de la libertad individual, la existencia de la representación popular como forma de adopción de decisiones públicas y la garantía de aquellos derechos del individuo que son considerados como esenciales por medio de declaraciones especialmente diseñadas para dichos efectos (en este sentido, v. gr. la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 o la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776). Todos estos principios se encuentran dirigidos, por cierto, a servir de instrumento para la realización del objetivo último del Estado de Derecho: limitar y regular el poder estatal con el fin de asegurar la libertad de los ciudadanos.

Estos principios siguen componiendo el núcleo esencial de lo que se entiende, incluso en la actualidad, por Estado de Derecho. Sin embargo, más allá de aquel núcleo, existen no pocas discrepancias respecto a cuál es la forma en que el Estado de Derecho debe proteger el ideal de libertad. En efecto, la formulación inicial históricamente demostró ser insuficiente para la protección y garantía de los derechos que eran considerados como innatos y consustanciales a todo ser humano y, por ende, los reclamos de que aquel Estado debía rediseñarse para lograr el ideal que se había propuesto se extendieron de manera relevante desde mediados del siglo XIX y adquirieron particular fuerza desde fines de la segunda guerra mundial, periodo en el cual una nueva valoración del sujeto produciría cambios radicales en el reconocimiento normativo – especialmente a nivel constitucional– tanto de nuevos derechos como de las demandas con contenido social. Fue este movimiento de crítica, lo que produciría una evolución de aquel Estado de Derecho que originariamente se configuró en términos de un Estado liberal y formal a otro que actualmente pretende consolidarse en términos de Estado social y constitucional.

No obstante, este tránsito ha sido moderado y más que suponer la suplantación o reforma radical de un modelo de Estado por otro distinto, ha significado un acoplamiento estructural entre ambos, sobre todo en lo que dice relación con las normas y derechos que se han consagrado bajo ambos modelos. De manera meramente ejemplar, este acoplamiento se evidencia en el hecho que buena parte de las Constituciones actuales, junto con consagrar una serie de derechos individuales de signo claramente liberal, como son la propiedad privada o la seguridad individual, propugnan que el objetivo último del Estado es el bien común, establecen derechos de manifiesto contenido social, en algunos casos incluso colectivos, y establecen

imperativos de asistencia para aquellos sectores más desprotegidos de la población. Esto ha implicado que las tareas, fines y programas que se pretende cumpla el Estado, hayan aumentado en complejidad. Ello, por cierto, no sólo ha significado nuevos desafíos para el legislador, sino que también para los jueces en su tarea interpretativa y de adjudicación. Sobre todo en virtud de que desde los postulados del Estado constitucional se pretende que los jueces apliquen directamente la Constitución, adecuando el contenido de las normas legales a los valores principios y consagrados en ella.

Pues bien, qué es lo que esta reconfiguración de un Estado liberal y formal a otro de carácter social y constitucional quiere decir, y cuáles son algunas de las consecuencias normativas de este cambio que pueden apreciarse *a nivel constitucional*, es lo que pretende ser descrito en los capítulos que siguen a continuación.

Capítulo II. El Estado Formal y Liberal de Derecho

Es preciso afirmar que en un Estado burgués de Derecho no pueden ser considerados como derechos fundamentales más que los derechos de libertad del hombre individual, porque sólo ellos pueden corresponder al principio básico de distribución del Estado burgués de Derecho: esfera de libertad, ilimitada en principio; facultad estatal de intervención limitada en principio.
Carl Schmitt²⁴

Como se ha venido señalando, el Estado de Derecho se configuró originariamente en un contexto histórico en que la libertad del hombre era el principal objeto de reivindicación política. A fines del siglo XVIII, los excesos del *antiguo régimen* (la existencia de privilegios nobiliarios, de una sociedad de castas absolutamente jerarquizada que perpetuaba el poder político y económico en una elite sumamente compacta y el sistema de cuasi servidumbre que se había desarrollado de manera generalizada en el mundo occidental, y en virtud del cual gran parte de la población no era más que un grupo de vasallos de una minoría terrateniente), comenzaron a ser cuestionados de modo radical, surgiendo una conciencia colectiva que clamaba por la supresión de tales desigualdades y por el reconocimiento de la libertad de todos los seres humanos²⁵. Una ideología individualista, defendida principalmente por intelectuales y economistas, comenzó a ser adoptada por gran parte de la población que, de manera orgánica y como un cuerpo unificado, emprendió la defensa de sus intereses a través de un proceso que lejos de ser la manifestación de un mero ethos común, se transformó en un proyecto político articulado de manera acabada al menos por parte de una elite educada. Esta autoconciencia no tardaría en transformarse en un proceso revolucionario que trascendería el mundo europeo y que junto con

²⁴ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, S.A., 1982, p. 184.

²⁵ Como ha señalado HOBBSAWM, *op.cit.* en nota 23, pp. 28-29, “[u]n individualismo secular, racionalista y progresivo, dominaba el pensamiento ilustrado. Su objetivo principal era liberar al individuo de las cadenas que lo oprimían: el tradicionalismo ignorante de la Edad Media que todavía proyectaba sus sombras sobre el mundo; la superstición de las iglesias (...); de la irracionalidad que dividía a los hombres en una jerarquía de clases altas y bajas según el nacimiento o algún otro criterio desatinado”.

un ideal de hombre nuevo, llevaría a configurar nuevas instituciones, formas de gobierno y, por cierto, nuevos derechos²⁶. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, la potencia transformadora de todo este movimiento, “va a culminar en un tiempo muy rápido en la institución de todo un sistema jurídico completamente nuevo para regular las relaciones entre el poder y los ciudadanos, en un Derecho Público que apenas tiene que ver con el Derecho Público del Antiguo Régimen y que tendrá un éxito espectacular en toda Europa, y posteriormente en el mundo entero, hasta hoy mismo”²⁷.

Evidentemente, el Estado que comenzó a estructurarse en forma posterior a los procesos revolucionarios de fines del siglo XVIII, lo hizo en torno a los ideales que se venían pregonando. Así, la estructura orgánica y el diseño institucional responde a una ideología determinada: la liberal.

Lo anterior supuso que el Estado de Derecho en su formulación original, de acuerdo a los principios del liberalismo clásico, tuviera como finalidad última el resguardo de los ámbitos de autonomía que habían ido ganando los sujetos en el contexto post-revolucionario, apareciendo como una forma de definir cuáles debían ser los objetivos, tareas y organización que el Estado tenía que asumir, bajo la premisa que unos y otras estarían limitadas “a la libertad y seguridad de la persona y de la propiedad, esto es, a garantizar la posibilidad de un desarrollo individual desde sí mismo”²⁸.

Esta concepción acerca de los fines y objetivos que debía cumplir el Estado, produjo sin duda consecuencias normativas claramente identificables. Como ya se ha venido señalando, la más evidente es que los derechos que se garantizaron tenían una raigambre que resultaba ser evidentemente liberal. En este sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 es una muestra palmaria de cuáles fueron los intereses que en aquel

²⁶ En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* en nota 21, p. 20, en el caso del proceso revolucionario francés, “[s]e pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarchitable”.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, *íd.* p. 41.

²⁸ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 19, pp. 20-22.

momento histórico fueron considerados como fundamentales o más dignos de protección. Así, en el artículo 2 de esta Declaración se señalaba que:

La finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; y esos derechos son libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión.

Como se podrá apreciar, para los revolucionarios el objetivo principal del Estado era resguardar derechos con un inequívoco contenido liberal. Incluso la propiedad que resulta protegida es la propiedad individual. Por contraste, otros derechos que hoy son identificados con la tradición socialista no tuvieron, por regla general, un reconocimiento institucional en las primeras declaraciones de derechos que se dictaron en la etapa revolucionaria. En esta época, la única manifestación de derechos de claro contenido social se encuentra en la Declaración de los Derechos de los Hombre y del Ciudadano de 24 de junio de 1793, promovida por el ala izquierda radical del movimiento revolucionario francés, esto es, por el jacobinismo, cuya figura representativa fue M. Robespierre²⁹. En esta declaración, se encuentran garantizadas normas como las siguientes:

Artículo 1. La finalidad de la sociedad es el bienestar común. El gobierno es instituido para garantizar al hombre la vigencia de sus derechos naturales e imprescriptibles.

Artículo 21. La asistencia social es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desprotegidos, ya sea procurándoles un trabajo, ya sea asegurándoles los medios de existencia a los que no estén en condiciones de trabajar.

Artículo 22. La educación es necesidad de todos. La sociedad debe esforzarse al máximo para favorecer el progreso de la razón pública, y poner la educación pública al alcance de todos los ciudadanos.

No obstante, esta declaración de derechos, al igual que la Constitución francesa de 1793, en la que se garantizaba al pueblo el sufragio universal, el derecho de insurrección, trabajo y alimento y se declaraba que el bien común era la finalidad del gobierno, carecieron de vigencia y

²⁹ Según Böckenförde, “la Constitución jacobina contiene el punto de partida de los derechos fundamentales sociales”, en razón de lo dispuesto en su artículo 21. Ver BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución. En su: Escritos sobre Derechos Fundamentales. Germany, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993a, p. 72.

los ideales que estaban tras ellas desaparecieron de las siguientes declaraciones de derechos que se dictaron en los siguientes años, así como el jacobinismo desapareció de la esfera política francesa de fines del siglo XVIII a manos de una facción moderada de carácter liberal. No sería quizás hasta el siglo XX que estos ideales volverían a tener reconocimiento institucional de manera generalizada a través de normas de derechos fundamentales y de la consagración constitucional del mandato o cláusula de Estado Social de Derecho. Es por ello que puede decirse, tal lo ha hecho CARL SCHMITT, que la Constitución original del Estado de Derecho es una Constitución que contiene “una decisión en el sentido de la libertad burguesa: libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, de libertad de industria y comercio, etc.”³⁰

No obstante lo anterior, la raigambre individualista de los derechos que fueron finalmente considerados como dignos de protección a través de declaraciones expresas, no fue la única consecuencia de este proceso. Por el contrario, las premisas del liberalismo clásico en que se estructuró de manera inicial el Estado de Derecho, produjeron otras consecuencias normativas. Entre ellas, la consolidación de la técnica del derecho subjetivo, la generalización de los derechos subjetivos públicos como derechos de defensa, la primacía de los derechos individuales frente a objetivos estatales en casos de conflictos entre unos y otros, una concepción restringida acerca de derechos tales como el derecho a la igualdad y la asunción del paradigma del imperio de la ley o de la primacía de la ley en la regulación de los asuntos públicos.

A continuación, se verá con más de detalle la significación de cada una de estos aspectos bajo los que se estructuró mediante este naciente Estado de Derecho, los cuales, no obstante la evolución del Estado hacia uno en que se prioriza la cuestión social y en que la formalidad que supone la ley pretende ser reemplazada por la primacía de una Constitución de valores, continúan teniendo vigencia, siendo expresamente reconocidos, por regla general, en las constituciones de los sistemas jurídicos occidentales.

1. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos

³⁰ SCHMITT, *op. cit.* en nota 24, p. 137.

La noción de derecho subjetivo implica una forma de concebir los derechos cuyo origen más remoto se encuentra en la escolástica tardía y cuyo desarrollo posterior se produjo por parte del iusnaturalismo racionalista³¹.

Según esta noción, el sujeto es portador de ciertos atributos autónomos y originarios, de los cuales es titular incluso con anterioridad a que los hombres decidan regular sus relaciones mutuas y vivir en comunidad de acuerdo a un contrato social. Dichos atributos, una vez formado el Estado resultan ser garantizados a través del Derecho, reconociendo a los sujetos diversas potestades para la configuración de sus planes de vida. Dichas potestades que se reconocen de manera específica a los individuos resultan ser los derechos subjetivos. Éstos, entonces, son concebidos como un poder particular y concreto, una potestad establecida con el fin que los sujetos desarrollen de manera autónoma sus propios objetivos y finalidades.

En efecto, si bien la noción de derecho subjetivo ha sido una de los conceptos jurídicos que más discusión ha generado en cuanto a su naturaleza³², existe cierto consenso en entender que implica un poder otorgado al sujeto por parte del derecho objetivo, para que el titular haga efectivas ciertas pretensiones³³. Esto quiere decir que los derechos subjetivos, en tanto

³¹ Según Michel Villey (1976: p. 46 y ss.), “los primeros análisis claros del derecho subjetivo emanan de ese grupo de autores de la Escolástica tardía a quienes se ha reconocido hoy día como los auténticos precursores de la Filosofía moderna”. Ver VILLEY, Michel. Los orígenes de la noción de derecho subjetivo. En su: Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 23-57.

En concreto, según Villey, el concepto de derecho subjetivo nace con Occam, quien “argumentando sobre la pobreza franciscana y buscando con esta ocasión la esencia del derecho de propiedad, analiza, con fuerza y precisión, el derecho como una libertad, un poder, una *potestas... rem temporalem... vindicando et omnimodo... pertractandi* [potestad... de vindicar y, en todo caso... de manejar... una cosa del orden temporal]” (*id.*, pp. 46-47).

Respecto al nacimiento y evolución del derecho subjetivo, ver también GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* en nota 21.

³² En palabras de Robert Alexy, “[n]o obstante su considerable duración y los muy intensos y amplios esfuerzos desplegados, la discusión sobre el concepto de derecho subjetivo no ha conducido a un consenso”. Ver ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2ª ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 151. En particular, la discusión históricamente se ha centrado, por regla general, en torno a la idea de si el derecho subjetivo es un poder de la voluntad concedido a un sujeto (tesis de Savigny y Windscheid) o si se trata de un interés jurídicamente protegido (tesis de Ihering). A este respecto y sobre las diversas concepciones acerca de la noción de derecho subjetivo, ver DE PÁRAMO, Juan Ramón. Derecho Subjetivo. En: GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco (editores). El derecho y la justicia. 2ª ed. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2000.

³³ En este sentido, VILLEY, *op. cit.* en nota 31; ALEXY, *op. cit.* en nota 32; GUZMÁN, Alejandro. Presentación. En: Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo. Valparaíso, Ediciones Universitarias de

manifestación de un ámbito particular de poder reconocido a su titular, implican la posibilidad de hacerlos efectivos *frente* a otros. Esta posibilidad manifiesta, a su vez, que frente a un derecho subjetivo existe un *deber* por parte de un sujeto determinado y distinto del titular del derecho. En otras palabras, los derechos subjetivos vienen a conformar uno de los elementos de una relación, cuyo correlativo es el deber u obligación de un sujeto diverso³⁴.

Pues bien, dado que la principal reivindicación de los procesos revolucionarios era la libertad de los hombres, los derechos fundamentales, tanto en los nacientes textos constitucionales como en las múltiples declaraciones de derechos, en vez de concebirse como meras declaraciones de principios, como franquicias o privilegios otorgados por el poder político, o como objetivos del Estado, fueron estructurados y defendidos como derechos subjetivos públicos³⁵. En definitiva, ello implicaba otorgar a los ciudadanos un poder que a diferencia de los derechos subjetivos del orden privado, tenía como sujeto pasivo al Estado mismo. En otras palabras, en un proceso de transformación radical, el sujeto deja de ser concebido como titular de derechos gracias a concesiones del Estado y pasa a ser titular de derechos por el solo hecho de ser hombre, los que incluso resultan oponibles al poder estatal.

Como resulta evidente, esta concepción de los derechos resultó ser vital para la construcción de aquel nuevo orden que pretendía el liberalismo clásico. Y ello por cuanto al

Valparaíso, 1976, pp. 11-22; BARROS, Enrique. Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho. *Derecho y Humanidades*, N°7, 1999, pp. 11-37.

³⁴ Acerca de la correlatividad entre el concepto de derecho y el concepto de deber, ver HOHFELD, W.N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. 5ª ed. México, D.F., Distribuciones Fontamara, S.A., 2001. Al respecto, este autor ha sostenido que “[s]i reconocemos, como tenemos que hacerlo, el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra “derecho” (subjetivo) cabe preguntar qué indicio o pista hallamos en el lenguaje jurídico ordinario que sugiera una limitación de ella en la dirección de un significado definido y apropiado. Esa pista o indicio consiste en el “deber” correlativo, porque no cabe duda de que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto “derecho” (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en “deber” como su correlativo invariable”.

Si bien es cierto que frente a un derecho existe un deber correlativo, es perfectamente posible concebir deberes u obligaciones que existen en forma independiente a un derecho determinado. Así, por ejemplo, como ha señalado Rodolfo Arango, “éste es el caso en las normas jurídicas que obligan al Estado a hacer o dejar de hacer algo a favor de un interés general sin que a estas obligaciones correspondan los derechos subjetivos del individuo favorecido por la promoción de tal interés”. Ver ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Colombia, Editorial Legis, 2005, p. 13.

³⁵ En palabras de GUZMÁN, *op cit.* en nota 33, la noción de derecho subjetivo “rige importante medida del derecho público: baste recordar que los capítulos constitucionales dedicados a las garantías ciudadanas no son sino un catálogo de derechos subjetivos que los ciudadanos pueden invocar contra el poder público”. Acerca de una concepción de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos públicos, ver también ALEXY, *op. cit.* en nota 32.

concebir los derechos fundamentales como derechos subjetivos comienza un nuevo tipo de relación entre los ciudadanos y el poder político. Ahora, como nunca antes, en el ejercicio de los derechos subjetivos, los ciudadanos tenían el poder de exigir el cumplimiento de ciertos deberes por parte del Estado. Es por ello que con los procesos revolucionarios, “toda la construcción social y política va a intentar ser reducida a una simple articulación entre derechos subjetivos de titularidad estrictamente individual”³⁶.

1.1. Sobre el concepto de derecho subjetivo y sus garantías

Antes de analizar los demás elementos que componen el núcleo esencial del denominado Estado Liberal de Derecho, resulta necesario realizar una aclaración respecto al concepto de derecho subjetivo. Ella no sólo servirá para entender cuál fue la forma en que los revolucionarios concibieron los derechos que establecían en cada una de sus declaraciones, sino que como se verá más adelante, para demostrar el equívoco en que han incurrido quienes defienden la exigibilidad de las nuevas generaciones de derechos que surgen bajo el denominado Estado Social de Derecho³⁷.

Como se ha venido señalando, el derecho subjetivo implica el reconocimiento de una potestad que se puede ejercer frente a otros, de modo tal que conforma tan solo uno de los elementos de una relación cuyo correlativo es el deber u obligación de un sujeto diverso. Tratándose de derechos fundamentales, por regla general, el sujeto obligado será el Estado.

Ahora bien, la pregunta que surge es, ¿cómo se puede hacer efectivo ese poder? ¿Cuáles son los mecanismos institucionales en virtud de los cuales dicho poder puede tener alguna relevancia práctica? ¿Cuál es la forma por medio de la cual puede exigirse a otro que se someta a las pretensiones del titular del derecho?

Estas preguntas han sido contestadas de una manera que en la actualidad casi se ha transformado uniforme: la única forma en que el poder que se le concede al titular de un derecho subjetivo puede hacerse efectivo, es por medio de la correspondiente acción judicial; es decir, de

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* en nota 21, pp. 75-76.

³⁷ Respecto a las denominadas *generaciones de derechos*, ver p. 55.

la posibilidad de exigir vía jurisdiccional la realización de la pretensión que subyace al derecho subjetivo. Esto ha llevado incluso a que muchos conciban que sin los mecanismos de exigibilidad que supone la acción procesal, simplemente no existe derecho subjetivo.

Como ha sostenido de manera recurrente la doctrina contemporánea, esta equiparación entre derecho subjetivo y acción procesal, tiene sus presupuestos en la teoría del derecho subjetivo de KELSEN. En efecto, según éste,

“[h]ay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor”³⁸.

Como se puede apreciar, en la concepción del derecho subjetivo kelseniana, la acción judicial resulta ser condición necesaria para la existencia de un derecho subjetivo, de modo tal que sin acción simplemente no hay derecho. Esta concepción, como se verá más adelante, no sólo ha sido asumida y defendida por los seguidores del positivismo jurídico, sino que incluso por buena parte de sus detractores.

Sin embargo, esta concepción estrecha del derecho subjetivo, que según FERRAJOLI probablemente se debe a que la figura paradigmática en que se basa el análisis kelseniano acerca del derecho subjetivo es el derecho patrimonial³⁹, pierde de vista la importante dimensión política y moral que existe detrás del lenguaje de los derechos.

En efecto, y sin que esto implique asumir alguna tesis naturalista respecto a los derechos, el lenguaje de los derechos tiene una dimensión que va más allá de los mecanismos de garantía que de manera contingente puedan existir a nivel jurídico. Así, el decir *tengo derecho a algo*,

³⁸ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. 4ª ed. Buenos Aires, Eudeba, 2005, p. 100.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 4ª ed. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2004, p. 62. Según el autor, esta equiparación, tratándose de derechos subjetivos patrimoniales, “depende del hecho de que, como se ha visto, tales derechos no son dispuestos sino pre-dispuestos por normas hipotéticas como efectos de contratos, los cuales son simultáneamente las fuentes de las correlativas obligaciones (...). Y depende, por otra parte, de la milenaria tradición jurisprudencial del derecho civil que siempre ha asociado estrechamente los derechos patrimoniales al derecho de acción como técnica específica (...)” (*ibíd.*).

más allá de las garantías establecidas por el sistema jurídico respecto a ese derecho, pone de manifiesto una opción política que ese mismo sistema realiza a favor de los bienes jurídicos que se encuentran detrás de un determinado derecho subjetivo.

A este respecto, debe recordarse que el lenguaje de los derechos subjetivos supone además una opción política a favor de la autonomía del sujeto⁴⁰. El decir *tengo derecho a algo*, teóricamente implica también que se tiene una titularidad sobre determinados atributos de manera independiente a las decisiones que pueda adoptar el poder político. Al respecto, no debe olvidarse que precisamente en esto residió el potencial transformador del lenguaje de los derechos para los revolucionarios de fines del siglo XVIII. Para ellos, independientemente de los mecanismos de exigibilidad –por cierto, los derechos establecidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano carecían de alguna acción judicial que sirviera como garantía de los mismos– los derechos tenían una dimensión simbólica política especial y transformadora. La existencia de los derechos, suponía que el sujeto gozaba de ciertos atributos por su sola condición de tal e independientemente de cualquier concesión o franquicia de parte del poder político. En este sentido, el lenguaje de los derechos suponía una reivindicación del lugar que ocupa el hombre dentro del sistema político y lo volvía independiente del soberano.

Adicionalmente, y tal como se verá más adelante, un derecho subjetivo público, aún cuando no se encuentre garantizado por medio de una determinada acción judicial, puede producir el efecto político de servir de guía para la planificación política del legislador e incluso como parámetro de constitucionalidad en el control constitucional de las leyes: el juez al analizar la legislación frente a posibles vicios de inconstitucionalidad, deberá considerar en el examen de adecuación de la legislación a la Constitución incluso aquellos derechos que no se encuentran garantizados mediante una acción judicial concreta.

En suma, seguir una concepción para la cual sólo hay derecho en tanto exista acción significaría desconocer la relevancia política que significa el reconocimiento de derechos subjetivos, así como potenciales efectos normativos que los derechos sin acción pudieran tener en sede de control de normas. Por lo mismo, no resulta sensato señalar que cuando nos

⁴⁰ Como ha señalado BARROS, *op. cit.* en nota 33, p. 11, citando a K. Larenz y M. Wolf, “[l]as instituciones jurídicas que se expresan en derechos subjetivos tienen un fundamento moral que supone una acción fundamental por la constitución autónomamente responsable de la persona en su ámbito de vida más inmediato”.

encontramos frente a derechos sin acción que los garanticen, lo que hay son *derechos de papel* o *meras declaraciones románticas*⁴¹.

Por otra parte, existe un argumento contra-fáctico para rechazar aquella tesis que concibe a la acción como condición necesaria del derecho subjetivo. Y es que buen parte de los sistemas jurídicos modernos distinguen claramente, tal como ha señalado ALEXY, entre *enunciados sobre derechos* y *enunciados sobre la protección de los derechos*⁴², estableciendo garantías expresas en relación a determinados derechos y omitiéndolas deliberadamente respecto a otros. En tal sentido, cuando los sistemas jurídicos han establecido acciones o garantías como forma de protección de los derechos fundamentales, han reconocido implícitamente que la acción no era contenido esencial del derecho⁴³.

En conclusión, el argumento que se desarrolló en el apartado anterior, según el cual la existencia de un derecho subjetivo supone la capacidad de exigir al Estado el cumplimiento de determinadas obligaciones, permanece inalterable. Lo que sí debe distinguirse es que en ocasiones esas exigencias podrán ser realizadas por los mecanismos de protección que establece el propio sistema jurídico (recursos y acciones judiciales) y, en otras, sencillamente deberán ser encauzadas a través del debate político, lo que incluye, por cierto, el control constitucional de normas.

⁴¹ No deja de resultar curioso que FERRAJOLI, *op. cit.* en nota 39, p. 62, luego de criticar la asimilación realizada por Kelsen entre el derecho y sus garantías, termine señalando que un derecho sin garantía es un mero derecho de papel. Como resultará evidente, con dicha conclusión pareciera precisamente otorgarle la razón a Kelsen en cuanto a que en un *sentido específico*, sólo hay derecho cuando hay acción.

⁴² Al respecto, Robert Alexy señala que mientras un enunciado sobre derechos tiene la forma de “*a* tiene derecho a *G*”, un enunciado sobre la protección de los derechos tiene la forma de “*a* puede reclamar la violación de su derecho a *G* a través de la demanda”. Ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 157-58. En un sentido similar, se pronuncia también CRUZ PARCERO, Juan. *Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales* (réplica a Fernando Atria). [en línea] *Discusiones*, N° 4, 2004, pp. 71-98, <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15572>> [consulta: 07 octubre 2009].

⁴³ Según Alexy, una concepción del derecho subjetivo que contiene como condición necesaria a la acción, no refleja el uso existente del lenguaje, lo que “puede reconocerse en que normas tales como la del artículo 19 frase 4 LF, que abre la vía judicial a todo aquel que sea lesionado en sus derechos por el poder público, serían superfluas si se presupone una definición que incluye ya en el concepto de derecho subjetivo la competencia para interponer una demanda”. Al respecto, ALEXY, *op. cit.* en nota 32, pp. 159-160.

Así, en lo que sigue, cuando se utilice el concepto de derecho subjetivo, éste será considerado de manera independiente a los mecanismos de exigibilidad o de protección que se establezcan por el sistema jurídico. Y así, se entenderá que tal como a nivel constitucional existen derechos subjetivos públicos que se garantizan a través de acciones específicas, como son el recurso de protección (art. 20 CPR) o la denominada acción de amparo (art. 21 CPR), existen otros derechos que sencillamente no cuentan con mecanismos de garantía o imposición.

Lo anterior, por cierto, no quiere decir, tal como lo ha señalado la concepción garantista del Derecho defendida por FERRAJOLI que “la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida *laguna* que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar”⁴⁴. Por el contrario, como se verá más adelante, la ausencia de mecanismos de protección jurídica que aseguren la exigibilidad directa de un derecho puede resultar justificada en atención a la naturaleza del derecho que se trate. En otros términos la conveniencia de la existencia de garantías resulta contingente y debe ser analizada caso a caso.

2. Los derechos fundamentales como derechos de defensa

Como se ha venido señalando, en oposición a la arbitrariedad propia del antiguo régimen, el ideal ilustrado tenía como pretensión central la reivindicación de la libertad del hombre y que cada quien pudiera actuar con el único límite de no dañar a otros⁴⁵. Es por ello que SCHMITT ha señalado que el sentido y finalidad de la moderna Constitución del Estado de Derecho era la “protección de los ciudadanos contra el abuso del Poder público”⁴⁶.

Para cumplir con dichos objetivos, se debieron crear los respectivos mecanismos institucionales. Así, la adopción de la democracia representativa y el principio de la nación como

⁴⁴ FERRAJOLI, *op. cit.* en nota 39, p. 63.

⁴⁵ Esta pretensión encuentra sustento ideológico en el iusnaturalismo racionalista y concretamente en filósofos como Locke y Kant. Asimismo, el límite de la libertad en la libertad de los demás recibe consagración positiva en las primeras declaraciones de derechos. En este sentido, el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano disponía que “[l]a libertad política consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el libre ejercicio de los mismos derechos; y estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”.

⁴⁶ SCHMITT, *op. cit.* en nota 24, p. 138.

titular de la soberanía, fueron las formas de asegurar la libertad positiva, esto es, de que cada quien fuera su propio amo. Tratándose de la libertad negativa, esto es, de aquella concepción que pretende asegurar un ámbito de ausencia de coacción o interferencia, su existencia pretendía hacerse posible a través de la consagración de derechos fundamentales caracterizados por una estructura especialmente destinada a asegurar una esfera libre de intervenciones. En efecto, dadas las pretensiones revolucionarias, los derechos fundamentales fueron considerados originariamente como esferas particulares de libertad, esto es, como derechos cuya finalidad última es asegurarle al individuo un *coto vedado* frente a la intervención estatal, un ámbito de libertad que el Estado no debe transgredir y que le permite al individuo configurar su plan de vida conforme a sus propios ideales y valoraciones.

Independientemente de que la justificación de estos derechos fundamentales residiera en la tradición del derecho natural (que los reconocía como bienes anteriores y superiores al Estado y cuyo contenido era independiente de la regulación legal), o en la tradición del derecho positivo estatal (según la cual los derechos fundamentales no eran sino autolimitaciones de la soberanía del Estado), en ambos casos los derechos considerados como fundamentales en sentido propio eran aquellos derechos liberales de la persona humana individual que garantizaban al sujeto una esfera libre de intervenciones por parte del Estado⁴⁷.

Así, los derechos fundamentales bajo este paradigma primordialmente se conciben, según los ha denominado la doctrina constitucional contemporánea, como *derechos de defensa* que el ciudadano tiene garantizados *frente* a la acción estatal o como el marco que limita al poder estatal.

Frente a los derechos subjetivos concebidos de esta forma, el aspecto pasivo o correlato de los mismos, son obligaciones típicamente negativas o deberes de abstención de una determinada conducta por parte del obligado. En otras palabras, el sujeto pasivo, según el tipo de derecho que se haga valer en un caso determinado, se encuentra obligado a *no obstaculizar*

⁴⁷ Respecto a la evolución en la forma de fundar los derechos fundamentales, y que va desde el argumento del estado de naturaleza a la autolimitación de la soberanía del Estado, ver FIOVARANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 1996, pp. 112 y ss. Respecto a una teoría de los derechos fundamentales en sentido propio, como exclusivos derechos de libertad, ver SCHMITT, *op. cit.* en nota 24, pp. 164-185.

determinadas acciones, a *no afectar* determinadas propiedades o situaciones, o a *no eliminar* determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho⁴⁸.

Como se podrá apreciar, bajo esta concepción de los derechos, al Estado así como a los otros sujetos que puedan ser considerados como sujetos pasivos de derechos fundamentales, no se les imponen deberes positivos o de prestación para la satisfacción del titular del derecho. Asimismo, dicho titular no puede exigir de los respectivos obligados, prestaciones positivas con el fin de satisfacer sus intereses. Ello sencillamente escapa a las pretensiones centrales bajo las cuales se estructuraron originalmente los derechos fundamentales.

3. La primacía de los derechos individuales en casos de conflicto

Dado que la principal reivindicación de los revolucionarios era la existencia de ciertos *derechos innatos*, consustanciales a todo ser humano y que tenían el carácter de imprescriptibles, se estimaba que además éstos no podían quedar sujetos a los vaivenes de la política. En otras palabras, bajo los presupuestos liberales de este paradigma se dogmatizó la idea de que ante un caso de conflicto entre derechos individuales e intereses o bienes colectivos⁴⁹, o entre derechos individuales y otros fines estatales trascendentes, los jueces, al momento de resolver, debían privilegiar los primeros. En otros términos, los derechos individuales, a lo menos originariamente, eran derechos ilimitables.

Si bien esta concepción se ha flexibilizado y ha dado paso a la idea menos rígida de que en caso de conflicto los derechos individuales tienen una *precedencia fuerte* frente a otros objetivos del Estado⁵⁰, aún se requieren niveles particularmente estrictos de argumentación para

⁴⁸ Respecto a esta caracterización de los derechos de defensa, ver ALEXY, *op. cit.* en nota 32, pp. 165 y ss.

⁴⁹ Para una caracterización de los bienes colectivos, ver ALEXY, Robert. Derechos individuales y bienes colectivos. *En su*: El concepto y la validez del derecho. Barcelona, Editorial Gedisa, S.A., 2004a, pp. 179-208. En este trabajo, el autor sostiene que el concepto de bienes colectivos se puede construir con la ayuda de la idea de *lo no-distributivo*. Así, “[u]n bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos” (*íd.*, p. 187).

⁵⁰ O, como lo ha señalado Schmitt, el carácter de ilimitable sólo en principio. En sus términos, “la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo *ilimitada en principio*, mientras que la facultad del Estado para invalidarla es *limitada en principio*”. Ver, SCHIMTT, *op. cit.* en nota 24, p. 138.

el caso que se estime pertinente otorgar prioridad a otros fines estatales en desmedro de los derechos individuales.

4. La igualdad como supresión de privilegios

Al igual como sucede con la concepción de los derechos que fue adoptada y estructurada bajo las premisas del liberalismo clásico, la idea política de igualdad y su reconocimiento positivo, respondieron a las particulares contingencias históricas. En este sentido, la igualdad defendida por los revolucionarios era aquella que pretendía poner fin a las diferencias existentes entre una elite dirigente que gozaba de *privilegios nobiliarios* desde el nacimiento así como de la propiedad de la tierra y el resto de la población, que por regla general, vivía bajo un *status jurídico* inferior así como bajo la sujeción y dependencia de los grandes terratenientes⁵¹. Por ende, la lucha por la igualdad consistía más bien en la lucha por la supresión de los privilegios otorgados y reconocidos jurídicamente y por el otorgamiento de un mismo trato jurídico para todos los hombres.

Por el contrario, una noción de igualdad propia de la concepción socialista, que pretende moderar las diferencias existentes respecto a las condiciones materiales de vida, no aparecen aún con fuerza en el lenguaje revolucionario⁵². La lucha es contra el absolutismo y no aún entre las clases. Según ATRIA “[l]a idea de igualdad por los revolucionarios franceses no tenía la amplitud que hoy se le asigna. En efecto, originalmente ella sólo fue un grito de batalla contra los privilegios. Pero, en su origen ni siquiera contra todos los privilegios: su enemigo eran los

⁵¹ Según HOBBSAWM, *op. cit.* en nota 23, p. 24, durante el siglo XVIII, la estructura agraria en Europa era más o menos homogénea: “para el campesino o labrador, cualquiera que poseyese una finca era un ‘caballero’, un miembro de la clase dirigente, y viceversa: la condición de noble o hidalgo (que llevaba aparejados privilegios sociales y políticos y era el único camino para acceder a los altos puestos de Estado) era inconcebible sin una gran propiedad”.

⁵² Aunque ello no quiere decir que la concepción de igualdad material estuviera ausente del todo. En efecto, la llamada *Instruction de Lyon*, promulgada en 1793, bajo el periodo jacobino, señala que “[l]a revolución sería un absurdo político y moral si no se ocupara más que del bienestar de unos cuantos cientos de individuos y dejara perdurar la miseria de veinticuatro millones de seres. Por eso sería un engaño afrentoso a la Humanidad el pretender hablar siempre en nombre de la igualdad, mientras separan aún a los hombres desigualdades tan tremendas en el bienestar”. Respecto a un análisis más extenso de la *Instruction*, ver PÉREZ LUÑO, Antonio. Dimensiones de la igualdad. 2ª ed. Madrid, Editorial Dykinson, 2007, pp. 53-54.

privilegios jurídicos conferidos por ley”⁵³. Por ello, continúa ATRIA, “la exigencia revolucionaria de la igualdad iba dirigida, por la burguesía, en contra de tales privilegios jurídicos: independientemente de las diferencias reales que existieran entre los hombres, lo importante era que todos tuvieran iguales derechos”⁵⁴.

En este sentido, el derecho fundamental a la igualdad no escapó a las premisas del liberalismo clásico y fue concebido prioritariamente en términos de un derecho de defensa, en virtud del cual podía exigírsele al Estado que no discriminara entre los ciudadanos otorgando mayores derechos a unos por sobre otros. Así, bajo estos presupuestos, el derecho a la igualdad supone también una abstención u obligación negativa por parte del Estado: la de tratar jurídicamente a ciertos sujetos con mayor consideración que a otros. Y más concretamente, supone un mandato de igual trato tanto en la legislación como en la aplicación del derecho⁵⁵.

En este sentido, el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 constituye una manifestación clara de cuáles eran los objetivos del derecho a la igualdad para los revolucionarios:

Artículo 6. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.

Como se puede apreciar, la pretensión de igualdad que subyace a la Declaración se reduce prácticamente a una igualdad de trato por parte del legislador. El objetivo es que los ciudadanos sean iguales ante la ley, y que las condiciones personales de algunos no influyan en un trato privilegiado por parte de la legislación.

⁵³ ATRIA, Fernando. Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional. Cuadernos de análisis jurídico, N° 36, 1997, p. 26. En el mismo sentido, PÉREZ LUÑO, *op. cit.* en nota 52, p. 19.

⁵⁴ ATRIA, *op. cit.* en nota 53, p. 26.

⁵⁵ En este sentido, PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, en nota 52, pp. 15-38.

Esta concepción de la igualdad, que sin duda puede ser considerada como reducida o estricta bajo consideraciones políticas actuales, implicaba otorgar un rol mínimo al Estado en lo que dice relación con la elaboración de políticas dirigidas a la asistencia social. Ello, en gran medida, dada la desconfianza que en los tiempos de la revolución producía el poder estatal en todas sus facetas, incluido su rol distributivo⁵⁶. Es así como bajo la estructura del Estado de Derecho que se venía desarrollando, gran parte de las prestaciones de carácter social eran otorgadas por instituciones privadas, como la familia, órdenes religiosas o un inorgánico voluntariado social⁵⁷.

Como se verá más adelante⁵⁸, esta concepción de la igualdad fue objeto de profundas críticas desde mediados del siglo XIX, momento a partir del cual comienza a reivindicarse una concepción de igualdad más amplia, que buscarse no sólo poner fin al diverso trato jurídico sino que además a las notables diferencias en cuanto al acceso a los bienes materiales por parte de las diversas clases sociales. Lo que se pretendía era que la idea política de igualdad supusiera también exigencias positivas para el Estado, con el fin de que éste no sólo se abstuviera de favorecer jurídicamente a ciertos individuos en desmedro de otros, sino que precisamente desarrollara planes y programas dirigidos a favorecer a aquellos que eran considerados como más desprotegidos o desventajados principalmente desde un punto de vista social y económico.

5. El paradigma del imperio de la ley

⁵⁶ Según Antonio Baldasarre, esta actitud “frente a un política activa de intervención pública centrada en los procesos distributivos [era] común a personalidades tan diferentes entre sí como Locke y Ricardo, Proudhon y Marx [y] partía de la premisa compartida de que la distribución es una suerte de implicación de la producción, y en especial de la organización productiva, de tal modo que toda intervención del Estado limitada a los procesos distributivos habría podido introducir efectos irracionales o habría sido inútil o insuficiente, ante los ojos de los reformadores, para obtener la transformación del sistema”. BALDASARRE, Antonio. Los derechos sociales. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 20, 2001, pp. 19-20.

⁵⁷ En este sentido, Gerardo Pisarello ha señalado que el Estado liberal decimonónico es “reticente a una intervención compensatoria en sentido fuerte, delega el control social a una serie de instituciones de sostenimiento mínimo y disciplina suficiente que comprenden desde hospitales y conventos hasta casas de caridad y socorro, asilos o sopas de pobres”. Ver PISARELLO, Gerardo. Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. [en línea] Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 15, oct. 2001, p. 82, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15_03.pdf> [consulta: 07 octubre 2009].

⁵⁸ Al respecto, ver pp. 69-77.

Todos los aspectos anteriores del Estado de Derecho que se estructura con los procesos revolucionarios de fines del siglo XVIII demuestran de manera evidente por qué éste ha sido catalogado tradicionalmente como un Estado liberal. No obstante, ya se ha señalado antes que este Estado en formación se caracteriza además por ser eminentemente formal en cuanto a sus mecanismos de actuación. Es por ello que ha sido también denominado como un Estado de Derecho formal⁵⁹.

La justificación de dicha denominación radica en que el mecanismo ideado y desarrollado para reemplazar al modelo del antiguo régimen en que el poder era ejercido mediante decisiones impredecibles y arbitrarias de parte del soberano, consistió en la implementación de formas y procedimientos establecidos mediante ley. Así, el legislador, con el fin de garantizar la certeza y calculabilidad jurídicas, adquiere el monopolio estatal de la producción jurídica, originándose un sistema unitario y formalizado de fuentes normativas⁶⁰. Cobra plena aplicación, entonces, el axioma de HOBBS, “*auctoritas, non veritas, facit legem*”⁶¹. Así, y tal como ha señalado ZAGREBELSKY, se produce “una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la ley”⁶².

En suma, la forma estatuida y garantizada por el Estado a través del Derecho, se convirtió entonces en el mecanismo fundamental para limitar el poder político y para otorgarle, a la vez, legitimidad. En efecto, bajo estos presupuestos, el ejercicio del poder sólo resulta legítimo en tanto se conforme a las limitaciones que imponga el sistema jurídico estatal⁶³. Así es

⁵⁹ Al respecto, ver BÖCKENFÖRDE, *op cit.* en nota 19, p. 26, quien señala que si bien el elemento formal de Estado de Derecho hace referencia inequívoca a los procedimientos y límites establecidos por el legislador a la actuación del poder público, “no deben pasarse por alto las diferencias que aparecen entre las distintas formulaciones positivas de este concepto”.

⁶⁰ Al respecto, ver FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 13-29.

⁶¹ Al respecto, ver HOBBS, Thomas. Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 6ª ed. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2005, p. 33.

⁶³ En este sentido, Habermas ha señalado que bajo el paradigma del Estado Liberal de Derecho, “es la forma jurídica misma la que procura legitimidad a la dominación ejercida en formas legales”. Ver HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 4ª ed. Barcelona, Editorial Trotta, S.A., 2005, p. 535.

como en este contexto se desarrolla el denominado paradigma del imperio de la ley, que evidencia la pretensión revolucionaria de la existencia de un “gobierno de leyes”, de un gobierno que base su legitimidad en el actuar conforme a la ley y que ordene, regule y prohíba mediante leyes especialmente dictadas al efecto por parte de quien controla el monopolio de la producción normativa: el Estado.

Es así como bajo estos presupuestos se considera y garantiza incluso a nivel constitucional, que los funcionarios estatales sólo pueden ejercer aquellas competencias y facultades que se encuentran establecidas por ley y mediante los procedimientos que ella establece⁶⁴; se entiende que no pueden sancionarse otros delitos ni aplicarse otras penas que aquellos que han sido establecidos previamente por el legislador; o se considera a los jueces como la “boca de la ley”, y que su función dentro del Estado no consiste sino en aplicar las disposiciones estatuidas por el legislador, siendo excluida la posibilidad de que resuelvan conflictos según sus pretensiones morales de corrección.

Manifestaciones evidentes del rol que se le asigna a la ley en los momentos de formación del Estado de Derecho, son algunas de las disposiciones de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que sirvieron de base para la consagración de diversas normas constitucionales en distintos sistemas jurídicos occidentales y que se transformaron en principios del derecho público que siguen teniendo plena vigencia en la actualidad. Entre ellas:

Artículo 4. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.

Artículo 5. La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.

⁶⁴ Consecuencia de esta ideología es la consagración constitucional en el sistema constitucional chileno del artículo 7 CPR, norma que consagra el denominado principio de legalidad de la actuación pública y según el cual “[l]os órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

Artículo 7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.

Artículo 8. La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.

Como se puede apreciar a partir de estas disposiciones, la ley no sólo es un mecanismo institucional para otorgar legitimidad al poder político, sino que además, viene a significar una garantía frente a la opresión y la arbitrariedad, un instrumento por medio del cual se pretende la defensa de la libertad del hombre. A este respecto, particularmente ilustrativas del espíritu de la época resultan las palabras de PORTALIS, quien en su discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés, presentado el 20 de enero de 1801, señala que “doquiera los ciudadanos tienen bienes que conservar y defender, en todas partes donde gozan de derechos políticos y civiles, allí donde para cualquier cosa se tiene en cuenta el honor, es imprescindible la existencia de un cierto número de leyes para hacer frente a todo”⁶⁵.

En términos institucionales, la omnipotencia de la ley como garantía de la libertad del ciudadano, supondría el sometimiento de la Administración a los dictados del legislador, asegurándose incluso mediante la tutela judicial efectiva. De tal modo, la Administración “no puede intervenir en la esfera de libertad del individuo, ni en contra de una ley (*contra legem*), sin una base legal (*praeter o ultra legem*)”⁶⁶. Así, por una parte, los únicos límites a la libertad

⁶⁵ PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés. Valparaíso, Edeval, 1978, p. 34. Esta forma de entender la ley como consustancial a la libertad del ciudadano, propia de la Ilustración y del periodo de la Codificación aparece también en Portalis cuando señala que “[l]as buenas leyes civiles son el mayor bien que los hombres puedan dar y recibir; ellas son la fuente de las costumbres, el *palladium* de la prosperidad y la garantía de toda paz pública y privada; si no fundan el gobierno, lo mantienen; moderan el poder y contribuyen a hacerlo respetar, como si fuese la justicia misma. Alcanzan a cada individuo, se mezclan en las principales acciones de la vida, le siguen por doquier; frecuentemente, son la única moral del pueblo, y siempre forman parte de su libertad; en fin, consuelan a cada ciudadano de los sacrificios que para con la sociedad le demanda la ley política, protegiéndole en su persona y en sus bienes, cuando lo precisa, como si él solo fuese la sociedad entera” (*íd.*, pp. 30-31).

⁶⁶ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 19, p. 29, citando a G. Anschütz.

pueden ser establecidos por ley; por la otra, no existen más límites para la libertad que aquellos que la ley establece.

Es así como la ley no sólo resulta ser una manifestación del elemento formal de este Estado de Derecho en formación, sino que también conecta con las pretensiones liberales bajo las que el mismo se desarrolla. En efecto, en último término, la ley guarda a lo menos dos relaciones manifiestas con el ideal de libertad.

En primer lugar, el derecho, mediante la ley y sus atributos de generalidad, abstracción y permanencia⁶⁷, tiene la capacidad de generar expectativas normativas en los ciudadanos, otorgándoles, además, la posibilidad de realizar todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido por ella. Así, la ley implica certeza y calculabilidad jurídicas y permite con ello que los ciudadanos puedan desarrollar sus planes de vida sin el temor a contingentes intervenciones basadas en la mera discreción o arbitrariedad de parte de quienes ejercen el poder, incluidos por cierto, los jueces.

Una segunda dimensión bajo la cual ley y libertad se relacionan materialmente, fue puesta de manifiesto de particular forma por quienes contribuyeron a la formación del naciente Estado de Derecho a fines del siglo XVIII. Según esta otra dimensión, la ley no sólo es garantía de la libertad de los ciudadanos, sino que además es manifestación de la misma⁶⁸. En efecto, en tanto bajo los principios políticos revolucionarios, la soberanía reside en el pueblo, y la ley se concibe como expresión de la voluntad soberana, la ley resulta ser la manifestación más patente

⁶⁷ Como lo ha expresado BALDASARRE, *op. cit.* en nota 56, p. 61, bajo este paradigma “la ley, de la que la Constitución (flexible) es una especie de ella que no se diferencia cualitativamente, es soberana e inobjetable, no porque responda a determinados contenidos o valores normativos superiores a ella (que en realidad no existían en el Estado liberal), sino sólo en cuanto decisión general (es decir abstraída de circunstancias concretas, o bien norma general y abstracta), adoptada con un cierto procedimiento (de la que derivaba la fuerza formal de la ley, verdadero principio ordenador del sistema de fuentes)”.

⁶⁸ En este sentido, el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estableció que “[l]a ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”.

Este reconocimiento de la ley como manifestación de la voluntad soberana conforma parte de los presupuestos de diversos sistemas jurídicos occidentales. Sin ir más lejos, el artículo 1 del Código Civil chileno, sin duda tributario de esta tradición, establece que “[l]a ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

de la capacidad de autorregulación de la ciudadanía, de la capacidad de auto-disposición que tiene la sociedad sobre sí misma. En otros términos, la ley manifiesta de forma evidente que el poder político no se impone de forma heterónoma por sobre los ciudadanos, sino que se ejerce por estos últimos a través de representantes elegidos mediante el voto. O, como ha señalado FIOVARANTI, la idea revolucionaria consiste en que “[s]e es libre, porque se está gobernando de manera *no arbitraria*, porque en materia de derechos y libertades no vale ya la voluntad de un hombre contra la de otro, porque son abolidas las *dominaciones de carácter personal*, porque sólo la ley puede disponer de nosotros mismos”⁶⁹.

En suma, la idea del imperio de la ley conecta con el ideal liberal por cuanto los ciudadanos ya no corren el riesgo de verse sometidos a las decisiones que con total discrecionalidad y con el único límite de su juicio moral, adoptaba el soberano de turno; y, por cuanto la ley aparece como una expresión del gobierno de la Nación, manifiesta el ideal de autorregulación: “sólo se está obligado a aquello que nosotros mismos, miembros de la Nación, libremente hemos considerado como obligatorio”.

⁶⁹ FIOVARANTI, *op. cit.* en nota 47, p. 70.

Capítulo III. El Estado Social de Derecho

Es verdad que ofrecer derechos políticos y protecciones frente a la intervención del Estado a hombres medio desnudos, analfabetos, desnutridos y enfermos es ridiculizar su condición; necesitan atención médica o educación antes de que puedan entender o hacer uso de un aumento de libertad. ¿Qué es la libertad para aquellos que no pueden utilizarla? Sin condiciones adecuadas para disfrutar la libertad, ¿cuál es su valor?
Isaiah Berlin⁷⁰

Como se ha señalado con anterioridad, el modelo del Estado de Derecho que se ha descrito en el capítulo anterior, sufrió profundas transformaciones en el transcurso de los dos siglos siguientes. Sobre todo con posterioridad a la segunda guerra mundial. Por ende, los presupuestos normativos del Estado de Derecho decimonónico han debido acoplarse estructuralmente con principios, normas e instituciones jurídicas radicalmente distintas y que, en ocasiones, colisionan con aquellas que se configuraron inicialmente. En lo que sigue, en primer lugar, se verá cómo se produce esta evolución hacia lo que se denomina Estado Social de Derecho, demostrándose cómo dicha evolución va acompañada principalmente de una reivindicación mucho más exigente respecto del principio de igualdad. Posteriormente, se describirán y analizarán algunas de las consecuencias más relevantes que ha supuesto la asunción de este nuevo paradigma en materia constitucional y cuáles son los desafíos que ello supone tanto para el legislador como para los jueces con competencias constitucionales.

1. El tránsito hacia el Estado Social de Derecho

Como se señaló en el capítulo anterior, en sus inicios, la configuración institucional del Estado de Derecho tuvo como objetivo central la defensa y garantía de la libertad del hombre, entendida ésta principalmente como un ámbito garantizado frente a la coacción o a las interferencias externas. Así, parte importante de la estructura orgánica y el diseño normativo

⁷⁰ BERLIN, *op. cit.* en nota 20, p. 51.

tenían como referencia el aumento de los espacios de autonomía del sujeto, existiendo además una pretensión de conexión entre ley y libertad.

Toda esta configuración contaría con plena vigencia durante el siglo XIX. Es más, durante este siglo las pretensiones del liberalismo se consolidarían aún con más fuerza, en buena medida gracias al desarrollo industrial que permitió el nacimiento de una burguesía cada vez más poderosa en cuanto a la acumulación de bienes como en el aumento del poder político. No obstante, y producto de ese mismo desarrollo, a mediados del siglo XIX nacería en Europa un nuevo actor que, con el tiempo, adquiriría conciencia colectiva: la del *trabajador pobre* que se empleaba en aquellas industrias creadoras de riqueza propias de la burguesía⁷¹ y que veía reducido, cada vez más, su *espacio vital de dominio*⁷². El nacimiento del proletariado o de la clase obrera, esto es, de aquel grupo de trabajadores vinculados a la industria, así como la toma de conciencia de clase por parte de dicho grupo, significaron nuevas reivindicaciones sociales que contaron con el apoyo de una nueva ideología política que surgió precisamente como una manifestación crítica a los excesos del liberalismo y la industrialización: la del socialismo.

Según denunciaba esta ideología, las pretensiones emancipadoras del Estado de Derecho habían resultado truncadas. En efecto, los socialistas, basados principalmente en una concepción política de igualdad mucho más exigente que aquella que se había desarrollado por los revolucionarios de fines del siglo XVIII, denunciaban la insuficiencia de una noción de libertad e igualdad meramente formales, así como el modesto rol del Estado en la redistribución de los bienes. En otras palabras, criticaban la insuficiencia del proyecto liberal para otorgar las condiciones materiales en que un ciudadano pudiera desarrollar su plan de vida con real y verdadera autonomía. Asimismo, reivindicaban una mayor protección estatal respecto a las condiciones del trabajador pobre a través de una legislación con mayores garantías (sobre todo

⁷¹ Como ha señalado Hobsbawm, la relación entre la consolidación de la burguesía y un grupo de trabajadores pobres es evidente. En sus palabras, “[c]ualquiera que fuese la situación del trabajador pobre, es indudable que todo el que pensara un poco en su situación (...) tenía que advertir que el trabajador era explotado y empobrecido por el rico, que se hacía más rico mientras el pobre se hacía más pobre. Y que el pobre sufría *porque* el rico se beneficiaba”. Ver HOBBSAWM, *op. cit.* en nota 23, pp. 213-214.

⁷² Sobre la noción de *espacio vital de dominio*, ver FORSTHOFF, *op. cit.* en nota 18, p. 47. Según el autor, en el transcurso del siglo XIX, conforme aumenta la población, se reduce cada vez más el *espacio vital de dominio* del hombre. Ello implica que las facultades de disposición que se tiene sobre las cosas sean cada vez menores y, por ende, que las necesidades a las que se ven enfrentados vayan aumentando.

en lo que dice relación con el trabajo), así como la creación de programas asistenciales destinados a aquellos que se encontraban marginados en términos sociales.

No obstante, la aparición del proletariado así como del socialismo que va aparejado al movimiento obrero, no supuso cambios drásticos ni espontáneos ni en la legislación ni en el modelo del Estado. Por el contrario, todo el proceso de evolución histórica que llevaría finalmente a la adopción del modelo del Estado Social de Derecho, fue bastante moderado. Más aún si se considera que hasta 1830 el *enemigo* sigue siendo común a todas las clases sociales. Contra quien se lucha sigue siendo principalmente el absolutismo y no la clase capitalista o burguesa⁷³.

Ello lo confirma el hecho que hasta 1848 no existe aún en Europa, salvo en algunas ciudades de Inglaterra y Francia, una *clase* trabajadora o socialista que fuera capaz de impulsar cambios significativos en las políticas públicas y en la legislación nacional. Más bien, lo que existió durante la primera mitad del siglo XIX, fueron grupos de trabajadores que no se encontraban organizados de manera alguna y que ante las condiciones de explotación, hacinamiento, enfermedad y pobreza extrema, caían en una total desmoralización y apatía política. En otras palabras, hasta ese entonces, la masa de los trabajadores no participaba aún en el proceso político y, por ende, tampoco influían decisivamente en la acción legislativa.

Recién en la denominada Revolución de 1848 fue cuando se hizo posible apreciar el surgimiento de un discurso político organizado, así como una institucionalidad obrera con una estructura cada vez más desarrollada, la que con la finalidad de hacer frente a las desventajas sociales, se organizó por medio de sindicatos, sociedades mutuas y cooperativas, y comenzó a realizar denuncias a través de periódicos, agitación social y huelgas. Es más, los revolucionarios de 1848, tuvieron por primera vez como objetivo una transformación radical del Estado, en términos tales de consolidar un “Estado democrático y social”, aunque por cierto no con los

⁷³ Al respecto, HOBBSAWM, *op. cit.* en nota 23, p. 134, ha sostenido que “hasta cierto punto toda la izquierda europea y americana continuaba combatiendo a los mismos enemigos y compartiendo las mismas aspiraciones y el mismo programa. «Renunciamos, repudiamos y condenamos todas las desigualdades hereditarias y las distinciones de `casta´ - se escribía en la declaración de principios de los “Fraternales Demócratas” (sociedad compuesta de «nativos de Gran Bretaña, Francia, Alemania, Escandinavia, Polonia, Italia, Suiza, Hungría y otros países»)- y, por tanto, consideramos a los reyes, las aristocracias y las clases monopolizadoras de privilegios en virtud de sus propiedades o posesiones, como usurpadores»”.

alcances estructurales y normativos que dicha fórmula ha supuesto desde mediados del siglo XX en la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales, sino que en un sentido preciso y limitado, referido específicamente al Derecho del Trabajo⁷⁴.

Si bien es cierto que la Revolución de 1848 resultó ser un fracaso de acuerdo a los objetivos que se habían planteado, que fue violentamente aplacada por los gobiernos liberales, que en forma posterior a ella varias políticas económicas se liberalizaron aún más y que por la siguiente década los principales líderes del socialismo desaparecieron de la escena política⁷⁵, al menos sí supuso un cambio positivo para la implementación futura de las políticas sociales. En efecto, a partir del año '48 los gobiernos liberales tomaron conciencia de la existencia de un grupo potencialmente revolucionario que podía significar un riesgo para sus aspiraciones de dominación. Por ello, y como un mecanismo de resguardo ante posibles agitaciones, los gobiernos liberales poco a poco se fueron dictando leyes y creando instituciones destinadas a dar protección social a los trabajadores.

Fue así como hacia la década de 1860, se permitieron en Europa ciertas organizaciones y huelgas limitadas de la clase trabajadora y se otorgaron ciertas concesiones al sindicalismo. Asimismo, hacia 1860, luego del silencio post Revolución de 1848, el movimiento obrero, diferenciado de la masa de pobres que componía gran parte de la sociedad, tuvo un nuevo auge y, apoyado por el resurgir del socialismo, se consolidó como una fuerza política independiente y organizada con alguna capacidad de influencia en las adopción de las políticas públicas⁷⁶.

Este movimiento, si bien era integrado por grupos de trabajadores radicalmente distintos entre sí, estaba compuesto por miembros que compartían una conciencia común que se creó producto de la polarización social, la segregación de que eran objeto por parte de la burguesía y una forma de pensar y estilo de vida también comunes. Quienes más tenían conciencia de estos

⁷⁴ Al respecto, ver ABENDROTH, Wolfgang. El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político. En: ABENDROTH, Wolfgang, FOSTHOFF, Ernst y DOEHRING, Karl. El Estado Social. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 15.

⁷⁵ Respecto a todos esos procesos que se desarrollaron en forma posterior a la Revolución de 1848, ver HOBBSAWM, Eric. La era del capital, 1848-1875. 4ª ed. Buenos Aires, Editorial Crítica, 2005.

⁷⁶ Al respecto, HOBBSAWM, *id.*, p. 126.

lazos compartidos y de la identidad diferenciada de la burguesía fueron quienes se radicalizaron y se acercaron al socialismo con el fin de influir políticamente en un cambio.

No obstante, no sería sino en el último cuarto del siglo XIX, cuando se volvería manifiesta la influencia política del socialismo. En efecto, en dichos años se produjeron dos fenómenos de relevancia que se relacionan entre sí y que influirían de manera determinante en la socialización del Estado: los movimientos de masas y el proceso de democratización electoral⁷⁷.

En efecto, en primer lugar, producto de la generalización de la actividad industrial, los grupos de trabajadores pasaron a ser la parte más importante de la sociedad en términos demográficos. Consecuentemente, la clase obrera se transformó entonces en un gran movimiento de masas con un potencial político cada vez mayor. Más aún cuando se caracterizaban por ser, más que un mero grupo de presión, un movimiento ideológico con una visión global de mundo y con pretensiones revolucionarias –influenciadas por cierto, por la ideología del marxismo- frente a los gobiernos liberales defensores del capitalismo.

Con el fin de hacer frente a estas pretensiones y de terminar con el descontento de los trabajadores, los gobiernos liberales concedieron cada vez mayores prestaciones, creando programas de reforma y asistencia social. Fue así como hacia fines del siglo XIX se establecieron a nivel legal, en diversos países de Europa, pensiones de vejez, bolsas de trabajo, seguros de enfermedad, seguros de desempleo y leyes por accidentes del trabajo⁷⁸. Por cierto, todo ello motivó un crecimiento significativo del aparato estatal en comparación al modelo original que se que se había diseñado bajo las premisas del Estado Liberal de Derecho.

⁷⁷ Al respecto, ver HOBBSAWM, Eric. *La era del imperio, 1875-1914*. 4ª ed. Buenos Aires, Editorial Crítica, 2004. En un sentido similar, BALDASARRE, *op. cit.* en nota 56, p. 26, ha señalado que “la formación del Estado Social y el reconocimiento de los derechos sociales, lejos de tener un sello ideológico particular, representaron las respuestas en términos de modernización que, en una medida más o menos comprensiva, todos los viejos Estados liberales proporcionaron frente a dos fenómenos fundamentales de la época contemporánea: la industrialización, con sus diferentes implicaciones económicas, sociales y políticas, por una parte, y la democratización de los procesos de decisión, por otra”.

⁷⁸ En este sentido, BALDASARRE, *íd.* p. 23, ha sostenido que “en el curso del medio siglo comprendido entre los años 80 del siglo XIX y los 30 del XX, casi todos los Estados de origen liberal realizaron las principales reformas legislativas y sociales que representaron las premisas esenciales para la institución de un moderno Estado Social”.

En segundo lugar, la democratización electoral y el consecuente acceso al voto de aquella gran parte de la población conformada por trabajadores pobres, supuso la aparición de las masas en el escenario político, creándose los incentivos necesarios para las políticas sensibles a la causa obrera.

En efecto, la primera gran consecuencia de la ampliación del electorado fue la movilización política de las masas, un fenómeno que iba más allá de la mera adquisición de conciencia de clase y que suponía, a su vez, tanto el nacimiento de las políticas destinadas a cautivar al gran cuerpo electoral, como de los partidos de masas inspirados, por regla general, en el socialismo revolucionario.

El auge y posterior desarrollo de estos partidos por todos los países de Europa fue generalizado. Así, a principios del siglo XX, la existencia de partidos políticos obreros y de carácter socialista resultaba ser una cuestión de entera normalidad⁷⁹. Estos partidos, que sirvieron de cauce a las pretensiones sociales de los trabajadores –de hecho, se hablaba casi indistintamente de “Partido Socialista”, “Partido Obrero” o “Partido de los Trabajadores”– funcionaron como instrumentos de presión sobre los gobiernos nacionales con la finalidad de obtener acciones positivas del Estado que fueran favorables a sus intereses.

Así, si bien a principios del siglo XX no existían gobiernos socialistas propiamente tales⁸⁰, la acción de los partidos sí se hacía sentir en el diseño e implementación de políticas públicas de carácter social y con evidentes pretensiones de redistribución.

Evidentemente, de ahí al reconocimiento constitucional del Estado Social de Derecho y a la adopción de fórmulas de compromiso social en diversas constituciones de los sistemas jurídicos occidentales, hubo sólo un paso. En efecto, sólo había que esperar que un ambiente

⁷⁹ Al respecto, HOBBSAWM, *op. cit.* en nota 77, pp. 126-128.

⁸⁰ HOBBSAWM, *id.* p. 142, ha señalado que los partidos de los trabajadores “[h]asta 1914, intentaron participar lo menos posible en la política de la clase gobernante, y menos aún en el gobierno, a la espera del día en que el movimiento obrero constituyera su propio gobierno y, presumiblemente iniciara la gran transformación”. Asimismo, sostiene que probablemente la razón de la no participación en el gobierno se debía a la influencia del determinismo histórico de la teoría marxista, en virtud del cual que las fuerzas objetivas del desarrollo histórico producirían el triunfo inevitable de los trabajadores. Adicionalmente, sectores más radicales de la izquierda, veían que el único método de cambio, lejos de hacer gobierno, era la huelga revolucionaria.

propicio –el siguiente a las dos grandes guerras- permitiera una reevaluación del poder constituyente acerca de los fines y objetivos del Estado. Y es así como a partir de 1945 el derecho constitucional europeo conectó de manera definitiva con algunos de los ideales de la tradición socialista y los empezó a reconocer normativamente en los diversos textos constitucionales así como en diversas convenciones internacionales bajo la etiqueta del Estado Social y de los derechos sociales⁸¹. Esta transformación llegaría a ser de tal manera radical que HABERMAS ha señalado que fue considerada una reformulación profunda “que disolvía la unidad clásica y la articulación de lo que se entendía era el único orden jurídico racional, [siendo] percibido por la jurisprudencia alemana como una *crisis del derecho*”⁸².

En suma, es en el contexto de postguerra cuando se radicalizan los procesos de socialización de manera general e institucionalizada y se produce una constitucionalización de algunos de los principios subyacentes a la tradición socialista⁸³, los que por cierto, generarían sus consecuencias en la estructura del Estado y del Derecho en países como Alemania, Francia, Italia e Inglaterra⁸⁴.

Por cierto, un fenómeno similar ocurre también en América Latina, en donde si bien no se produjo un acto del poder constituyente que redefiniera las bases legitimantes del Estado, se desarrolló un profundo proceso de desarrollo legislativo con contenido social, la mayor de las veces como consecuencia de fórmulas populistas que utilizaban los partidos para apoderarse del

⁸¹ En este sentido, BALDASARRE, *op. cit.* en nota 56, pp. 30-31, ha sostenido que la constitucionalización generalizada de los derechos sociales “en los Estados de origen liberal (...) se produce sólo con las cartas constitucionales emanadas en Europa (Francia, Italia, Alemania Occidental, y más tarde España), enseguida después de la Segunda Guerra Mundial. De otra parte, si se atiende a su racionalización jurídica, ésta se produce aún más tarde, alrededor de los años 60 del siglo XX”. En términos similares, ver también PÉREZ LUÑO. Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 7ª ed. Madrid, Editorial Tecnos, 2001, p. 223.

⁸² HABERMAS, *op. cit.* en nota 63, p. 471.

⁸³ Según HABERMAS, *íd.* p. 119, el proyecto de Estado social “[s]i bien surgió de la tradición socialdemócrata no son solamente gobiernos socialdemócratas los que han ido construyéndolo. Después de la Segunda Guerra Mundial todos los partidos gobernantes en los países occidentales ganaron sus mayorías argumentando más o menos intensamente a favor de los objetivos del Estado social”.

⁸⁴ Al respecto, ABENDROTH, *op. cit.* en nota 74, p. 14, señala que en “las primeras elecciones a la Asamblea Nacional francesa dieron la mayoría a los dos partidos socialistas [...]. En Italia [...] los cristiano-demócratas [...] se habían decantado en todas las cuestiones sociales muy hacia la izquierda. Junto a los cristiano-demócratas, se encontraban como grandes partidos los socialistas, que todavía no se habían segmentado, y los comunistas. Los liberales, que querían mantener la vieja estructura, quedaron reducidos a un pequeño grupo. Lo mismo ocurrió en otros Estados europeos. En Inglaterra, las primeras elecciones después de 1945 instalaron el primer Parlamento con mayoría laborista, que desde antiguo propugnaba soluciones socialistas”.

poder político. Basta recordar en este sentido los gobiernos de Perón entre 1946 y 1955 en Argentina y el de Getulio Vargas entre 1950 y 1955 en Brasil⁸⁵.

En Chile, aunque con un retraso respecto a lo sucedido en Europa, el nacimiento de los movimientos sociales se debió a causas semejantes. En efecto, este fenómeno comenzó a manifestarse al alero de la proliferación de las grandes ciudades y de los centros de producción y de comercio que aglutinaron a una masa de trabajadores pobres que, desde fines del siglo XIX, fue tomando conciencia de una identidad de grupo, la que finalmente resultó reforzada por los movimientos huelguísticos de principios del siglo XX.

En las grandes ciudades, el trabajador pobre conoció las manifestaciones de la pobreza urbana: entre otras, violencia, suciedad, hacinamiento, propagación de enfermedades y deterioro de la vivienda que, por cierto, no era propia⁸⁶. Pero allí fue también en donde, compartiendo estas desgracias, el trabajador tuvo la posibilidad de establecer lazos de solidaridad e identidad comunes para hacer frente a la pobreza y vulnerabilidad social.

Fue así como se crearon redes organizadas con el fin de defender los intereses del mundo obrero. Por una parte, la Iglesia Católica y grupos conservadores, que veían en la pobreza una suerte de degradación moral de la sociedad, crearon numerosas instituciones de caridad. Por la otra, y desde el mundo profesional, se reivindicaba un rol más activo del Estado en el desarrollo e implementación de políticas públicas destinadas a hacer frente a los graves problemas existentes principalmente en materia de salud pública⁸⁷. No obstante, y más allá de

⁸⁵ Al respecto, ver DI TELLA, Torcuato S. Historia de los partidos políticos en América Latina, siglo XX. Santiago, Fondo de Cultura Económica, Breviarios, 1993, pp. 151-162.

⁸⁶ Como han señalado Correa, Figueroa, Jocelyn-Holt, Rolle y Vicuña "el problema habitacional se hizo mucho más visible y agudo a partir de la emergencia, en los mismos centros de las ciudades, de los llamados `cuartos redondos´ y de los conventillos, que en definitiva pusieron de manifiesto cuán extrema era la pobreza de los sectores más desposeídos. Basta imaginarse los cuartos redondos: piezas cerradas que sólo contaban con una puerta de acceso abierta a la calle, o bien otros cuartos redondos, careciendo, en razón de su orientación espacial, tanto de luz natural como de ventilación". Al respecto, ver CORREA, Sofía, FIGUEROA, Consuelo, JOCELYN-HOLT, Alfredo, ROLLE, Claudio y VICUÑA, Manuel. Historia del siglo XX chileno. Santiago, Editorial Sudamericana, 2001, p. 52.

⁸⁷ En este contexto, se creó el Consejo Superior de Higiene Pública (1892), se fundó la Escuela de Enfermeras (1906) y la Escuela de Servicio Social (1925). Asimismo, por iniciativa del conservador Miguel Cruchaga Tocornal se dictó la Ley de Habitaciones Obreras (1906), en virtud de la cual se promovió la construcción de varios *cités* así como de las primeras poblaciones modelo. Al respecto, ver CORREA, *et. al.*, *íd.* pp. 56-57. Adicionalmente, en el periodo se dictaron otras leyes sociales, como la ley de descanso dominical (1907), la ley de accidentes en el trabajo (1916), la

estos mecanismos, fueron los propios trabajadores los que también se organizaron: mutuales, cooperativas, mancomunales y sociedades de resistencia nacían principalmente como una forma de otorgar protección a través del apoyo mutuo.

Estas organizaciones, que en un inicio tenían un carácter exclusivamente social destinado a la asistencia, hacia comienzos del siglo XX y asimilando los procesos que se desarrollaban en Europa, fueron adquiriendo connotaciones políticas, integrando los postulados ideológicos de la tradición socialista y anarquista⁸⁸. Adicionalmente, en este contexto, generaciones de jóvenes integrantes del radicalismo fijaron su atención política en la denominada “cuestión social”, abrazando así la denominada causa obrera.

Todo esto significó un clima de creciente agitación social que sería aprovechado electoralmente por el primer presidente chileno que hizo eco de la causa obrera y popular: Arturo Alessandri Palma. En efecto, en su propuesta de gobierno se ofrecía “una legislación adecuada que abarcara contratos laborales, previsión social, organización de sindicatos y derecho a huelga”⁸⁹. No obstante la radicalidad de este discurso en relación a la de gobiernos anteriores, no puede decirse aún que hubiese en Chile un vuelco definitivo hacia el Estado Social de Derecho. Y ello en gran medida por el hecho de que gran parte de las reformas sociales propuestas por Alessandri, quedaron entrampadas en un Congreso compuesto principalmente por miembros de la oposición. Entre ellas, un proyecto de Código del Trabajo (1921).

Dado lo anterior, el proyecto político de un Estado centralizado, con fuerte acento en el problema social se desarrollaría en Chile años después, con la asunción al poder del denominado Frente Popular, una alianza formada por el Partido Radical y grupos de izquierda como

ley sobre servicios de salas cunas en las fábricas (1917) y la ley sobre Retiro y Previsión Social del Personal de Ferrocarriles del Estado (1918).

⁸⁸ En 1887 nació en Chile el Partido Democrático, que promovió principalmente las demandas de los trabajadores. Posteriormente, en 1912, nació el Partido Obrero Socialista (POS), que tenía pretensiones marcadamente revolucionarias, y que con el tiempo se transformaría en el Partido Comunista de Chile. Al respecto, ver CORREA, *et. al.*, *op. cit.* en nota 86, p. 59.

⁸⁹ CORREA, *et. al.*, *íd.*, p. 91.

socialistas y comunistas y que tenía un programa político orientado a la industrialización desde el Estado y a la protección de los trabajadores⁹⁰.

Por cierto, en la consolidación de un Estado de Bienestar, con un fuerte giro hacia lo social, contribuyeron además circunstancias externas, como el descrédito del liberalismo económico producido por la depresión del año 1929 y la posterior influencia del modelo de crecimiento soviético basado en la industrialización promovida desde el Estado. A partir de estas experiencias, se impulsa en Chile una política económica en virtud de la cual se pretende disminuir la dependencia de los mercados a través de un proceso basado en la sustitución de importaciones y fomento de la industria interna desde el Estado.

Por cierto, a partir de estas circunstancias, la injerencia del Estado aumentó también en lo social, cuestión que se manifestó en la adopción de políticas destinadas a favorecer principalmente a los sectores más desventajados de la sociedad. Surge de este modo el denominado Estado proveedor, caracterizado por un fuerte aumento del gasto fiscal en las políticas sociales⁹¹, primordialmente en materia previsional, de salud, educación y vivienda⁹².

Este carácter social que adopta el Estado en Chile, aunque con los matices propios de las contingencias históricas, en los hechos, ha continuado vigente hasta nuestros días. Pero es recién con la denominada Constitución de 1980 que el Estado chileno adopta a nivel constitucional las pretensiones que subyacen al Estado Social de Derecho, estableciendo no sólo algunos nuevos derechos fundamentales que eran propios de las reivindicaciones de los movimientos sociales así como de la tradición socialista, sino que además consagrando en las llamadas *Bases de la Institucionalidad*, un mandato o cláusula de Estado Social (art. 1 inc. 4 CPR).

⁹⁰ CORREA, *et. al.*, *íd.*, p. 125.

⁹¹ Respecto al Estado proveedor, ver CORREA, *et. al.*, *íd.*, pp. 149-152.

⁹² Mientras que en 1935, el gasto fiscal destinado a previsión alcanzaba a un 10%, en 1945 llegó a un 26,9%. Los beneficios previsionales se tradujeron, por ejemplo, en asignaciones familiares y subsidios de cesantía, pensiones por antigüedad, invalidez y muerte para los empleados particulares, así como también en subsidios de maternidad. En materia de salud, se creó el Servicio Nacional de Salud (1952), a través del cual se otorgó atención médica a todas las familias de los trabajadores. En materia de educación, se aseguró la gratuidad de la misma en todos los niveles, incluido el superior. Por último, en materia de vivienda, se inició una política de construcción para los sectores obreros, con la finalidad de reemplazar las denominadas *poblaciones callampas*. A este respecto, ver CORREA, *et. al.*, *ibíd.*

2. El proyecto constitucional del Estado Social de Derecho

Como se ha venido señalando, el advenimiento del Estado Social de Derecho se encuentra fuertemente ligado a las pretensiones de la tradición socialista, las cuales confluyen en el anhelo de una mayor intervención del Estado para la realización de estándares mínimos de igualdad material o de bienestar. En este sentido, tal como lo ha señalado BÖCKENFÖRDE, lo que subyace a la pretensión del Estado Social de Derecho es el deseo de “un Estado que opere activamente contra la desigualdad social, para que la igualdad jurídica y la libertad individual, incluidas en las garantías del Estado de Derecho, no se conviertan en una fórmula vacía para un número de ciudadanos cada vez más amplio”⁹³.

En otros términos, bajo el modelo del Estado Social de Derecho se pretende que el Estado asuma un rol activo en la protección de aquellos grupos, que aún teniendo asegurada la libertad e igualdad en términos negativos, se consideran socialmente desventajados. Para ello, se espera que el Estado vuelque la mirada a los *resultados* de las leyes, políticas, prácticas y programas, y la pose sobre la situación real de las personas para determinar qué medidas se requieren para eliminar o reducir las desventajas sociales en sus condiciones de vida. En otras palabras, se espera que el Estado realice las políticas públicas en consideración al principio de la igualdad material⁹⁴.

Evidentemente, para la implementación práctica del denominado Estado Social de Derecho, fueron necesarios importantes cambios a nivel legislativo, que supusieron transformaciones respecto a las premisas liberales bajo las cuales se conformó el Estado de Derecho. Por una parte, en términos sustantivos, diversas leyes adoptaron un contenido eminentemente social, de procura asistencial y con pretensiones de redistribución. Pero

⁹³ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 19, p. 35. Al respecto, ver también BENDA, Ernesto. El Estado Social de Derecho. En: BENDA, MAIHOFER, VOGER, HESSE, HEYDE. Manual de Derecho Constitucional. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, pp. 487-559.

⁹⁴ En este sentido, Rodolfo Arango ha señalado que “[e]l cambio más significativo del tránsito del Estado de derecho al Estado social de derecho lo constituye la sustitución de una concepción formal por una material de la igualdad”. Ver ARANGO, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 33, 2004, p. 68.

adicionalmente la ley también sufrió una transformación, a lo menos parcial, en parte de sus atributos formales.

De manera meramente ejemplar, el atributo de la *generalidad de la ley*, en virtud del cual se entendía que la legislación era establecida para regular situaciones de hecho que afectaban a todos los ciudadanos o a la comunidad en general, dio paso a que cada vez más normas jurídicas estuvieran destinadas a regular y proteger sólo la situación de grupos particulares y concretos de ciudadanos, esto es, los socialmente desventajados. En efecto, el ideal de la igualdad material que se encuentra tras el Estado Social de Derecho, impone al legislador un deber de otorgar prestaciones sociales básicas a aquellos que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. Así, se va creando una red de “leyes-medida” o una serie de leyes concretas destinadas al tratamiento de un grupo particular y diferenciado de seres humanos⁹⁵. En este sentido, son manifestaciones típicas de este estado de cosas, las políticas de acción afirmativa (esto es, leyes destinadas a favorecer a ciertos grupos que se estiman socialmente desventajados, como las minorías étnicas, las mujeres o los trabajadores pobres), las políticas de cuotas o de discriminación positiva o inversa⁹⁶ y el surgimiento de los denominados derechos comunitarios o colectivos⁹⁷.

Para comprender la radicalidad que significa este cambio en uno de los atributos que se estimaban consustanciales a la ley bajo el Estado de Derecho liberal, resultan ilustrativas las siguientes consideraciones de CARL SCHMITT:

A una propiedad, sin embargo, no cabe renunciar sin que el Estado de Derecho mismo desaparezca: el carácter *general* de la norma jurídica. Ahí se encuentra la seguridad última de la vieja distinción del Estado de Derecho entre Ley y mandato, *ratio* y voluntad, y, con ello, el último resto del fundamento ideal del Estado burgués de Derecho⁹⁸.

⁹⁵ En este sentido, ver también BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 19, pp. 38-39. En un sentido crítico, ZAGREBELSKY, *op. cit.* en nota 62, p. 37, ha sostenido que “[l]a época actual viene marcada por la «pulverización» del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, «de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción», hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención «regulativa» en sentido propio: en lugar de normas, medidas”.

⁹⁶ Sobre la discriminación positiva o inversa, ver pp. 73-74.

⁹⁷ Sobre los derechos comunitarios o colectivos, ver pp. 60-69.

Ahora bien, el Estado Social de Derecho no sólo implicó cambios a nivel legislativo. Por el contrario, este nuevo proyecto produjo también notables efectos a nivel constitucional. Así, fenómenos como la constitucionalización de reivindicaciones sociales y la consiguiente consolidación de una nueva generación de derechos constitucionales, la aparición de derechos fundamentales con una estructura distinta a la de los derechos de defensa -como resultan ser los denominados derechos de prestación-, la consagración de derechos colectivos frente a los derechos individuales propios de la tradición liberal, una interpretación más amplia y compleja de los derechos fundamentales -sobre todo del derecho fundamental a la igualdad- y la aparición de mandatos o cláusulas de estado social, son sólo algunas de las consecuencias constitucionales de este nuevo paradigma.

Cada uno de estos nuevos fenómenos trae aparejadas transformaciones profundas respecto al modelo de Estado que se originó bajo el paradigma liberal. Pero más que implicar suplantaciones radicales, cada uno de ellos se desarrolla de manera paralela a las estructuras propias del Estado de Derecho liberal, aumentando con ello la complejidad del sistema jurídico. Y así, por ejemplo, se tiene que, por lo general, las constituciones de los sistemas jurídicos occidentales contemporáneos, consagran derechos de defensa junto con derechos de prestación; derechos individuales junto con derechos comunitarios o colectivos; y derechos civiles y políticos junto con derechos económicos, sociales y culturales; o establecen un principio de igualdad como no discriminación junto con fórmulas de diverso tipo en virtud de las cuales se pretende reivindicar algún nivel de igualdad material.

Tal como se realizó en el capítulo anterior a propósito de las consecuencias normativas del paradigma del Estado Liberal de Derecho, a continuación se analizarán críticamente cada una de estas manifestaciones constitucionales del paradigma del Estado Social de Derecho, pretendiéndose además identificar cómo algunas de estas consecuencias o algunas teorías interpretativas que se realizan a partir de ellas, pueden resultar contradictorias con algunas de las

⁹⁸ SCHMITT, *op. cit.* en nota 24, p. 152. En un sentido similar Zagrebelsky, *op. cit.* en nota 62, p. 37, ha sostenido que “[l]a generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, está necesariamente conectado con algunos postulados fundamentales del Estado de derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley”.

pretensiones liberales que subyacen a las constituciones e, incluso más, con una teoría constitucional respetuosa de las competencias del legislador democrático.

2.1. El proceso de socialización y la consagración de los derechos sociales

Quizás una de las manifestaciones normativas más evidentes que ha supuesto la consolidación del Estado Social de Derecho ha sido el importante fenómeno de juridificación de las demandas sociales y la consecuente consagración de nuevos derechos fundamentales con evidente contenido social⁹⁹. Dicho fenómeno evidencia el poder simbólico del lenguaje de los derechos, de modo que tal como los revolucionarios de fines del siglo XVIII pretendieron construir un nuevo orden mediante declaraciones de derechos, quienes demandaban aspiraciones sociales y pretendían frenar los excesos del liberalismo desde fines de la segunda gran guerra, entendieron que resultaba políticamente necesario construir una nueva lengua de los derechos que recogiera, esta vez, las aspiraciones socialistas. En efecto, como ha señalado ATRIA, dado que en el lenguaje liberal se entiende que los derechos, *en principio*, sólo conocen como límites otros derechos, las demandas socialistas “sólo podían reverberar en el discurso liberal si eran manifestadas como derechos, de modo que pudiera decirse que el conflicto entre esas demandas era un conflicto de derecho contra derecho y no derecho contra utilidad general o aspiración comunitaria”¹⁰⁰.

Producto de lo anterior, en buena parte de las constituciones occidentales que han sido establecidas desde mediados del siglo XX en adelante, se ha producido una *inflación de derechos*, esto es, han aparecido nuevos derechos que responden a las pretensiones y reivindicaciones históricas de los movimientos sociales y de la tradición socialista y cuyos objetivos responden a la realización del principio de la igualdad material. Idéntico fenómeno sucede a nivel internacional, al dictarse diversos instrumentos que consagran derechos de contenido eminentemente social. Ilustrativo resulta a este respecto el hecho de que en el año 1966, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue adoptado por la

⁹⁹ En este sentido, ARANGO, *op. cit.* en nota 94, p. 67, ha llegado a sostener que “[l]a realización de los derechos sociales fundamentales es (...) el criterio por excelencia para evaluar la verdadera existencia de un Estado social de derecho”.

¹⁰⁰ ATRIA, Fernando. La forma del derecho (inédito). Citado con autorización del autor.

Asamblea de las Naciones Unidas, otro denominado como Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰¹.

Como ya se ha señalado, el sistema jurídico chileno no escapa a este fenómeno de socialización a nivel constitucional. Y es así como la Constitución de 1980 incorpora, aunque de manera más bien conservadora, nuevos derechos de contenido social que no se encuentran en la anterior Constitución del año 1925. Así sucede, por ejemplo, con el derecho a la protección de la salud (art. 19 N° 9 CPR) y el derecho a la educación (art. 19 N° 10 CPR).

En otras palabras y como ya se ha venido señalando, desde los tiempos de la post guerra es posible identificar claramente el desarrollo de un proceso de socialización del derecho constitucional –y, por cierto, no sólo de él¹⁰²- en virtud del cual aspiraciones comunitarias como el acceso al trabajo, a la educación, a la salud, a la vivienda e inclusive a la alimentación, adquieren el carácter de derechos fundamentales establecidos constitucionalmente que comparten lugar con aquellos derechos de contenido eminentemente liberal, como la propiedad privada, seguridad personal, libertad de conciencia y de expresión.

¹⁰¹ No obstante lo señalado, la aparición de catálogos de derechos fundamentales sociales se remonta a la segunda década del siglo XX. Así, y como ha sostenido Böckenförde, estos derechos “aparecieron reunidos por primera vez en forma de catálogo en la Declaración del Congreso Soviético de todas las Rusias de enero de 1918 y de ahí pasaron a ser parte integrante de la Constitución de la República Soviética rusa de Julio de 1918”. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 29, p. 73.

¹⁰² Así, por ejemplo, la socialización del Derecho se ha desarrollado en áreas tan disímiles como el Derecho de Propiedad, el Derecho del Trabajo, el Derecho Antimonopolios, el Derecho de Contratos y el Derecho Público en general.

Respecto a la tensión que se ha desarrollado en el Derecho de Contratos, Atiyah ha señalado que ya desde 1870 es posible apreciar un periodo de decadencia de la libertad contractual, principalmente debido a un cambio en los valores políticos. En este periodo surgen entonces los contratos tipo, las protecciones al consumidor, y se extiende la doctrina de la frustración del objeto del contrato liberándola de su ficticia dependencia de las intenciones de las partes. Ver ATIYAH, Patrick. *Introduction to the Law of Contracts*. 5ª ed. Oxford, Oxford Clarendon Press, Clarendon Law Series, 1995.

Un proceso similar al descrito por Atiyah ha observado Habermas, quien señala que el proceso de socialización del Derecho produjo, en el ámbito contractual, una “atención a las relaciones contractuales fácticas y a la situación fáctica del contrato, a través de la atención a la situación de contratación forzosa o cuasiforzosa que se produce en lo concerniente al suministro de agua, gas y electricidad, a través de la teoría de la protección de la confianza, de las doctrinas del error en los motivos y de la vulneración positiva del contrato, y sobre todo a través de los controles del contenido del contrato y de la firma del contrato, a través de los correspondientes deberes de información, de asesoramiento y de cuidado”. Ver HABERMAS, *op. cit.* en nota 63, p. 486.

En suma, y como se ha vuelto corriente señalar en la doctrina constitucional contemporánea, desde mediados del siglo XX es posible observar la aparición y consagración de una nueva *generación* de derechos fundamentales, que se inserta en los textos constitucionales junto con la primigenia generación de derechos civiles y políticos.

La existencia de esta realidad que distingue entre diversas generaciones de derechos ha sido ampliamente aceptada dentro de la historia del derecho constitucional¹⁰³. Sin embargo, existen quienes han visto en la utilización de categorías generacionales, un intento de otorgar una infra-protección a los derechos de la segunda generación, que corresponde por regla general, a derechos con contenido social. De manera meramente ejemplar, GERARDO PISARELLO ha señalado que la representación generacional “se asienta en presupuestos que tienden a ser restrictivos, excluyentes y deterministas y a justificar, en último término, una protección devaluada de los derechos sociales”¹⁰⁴. No es por cierto esa la pretensión con que, en general, la doctrina constitucional se refiere a las generaciones de derechos. El concepto tampoco es utilizado con dicha finalidad en esta memoria.

Muy por el contrario, lo que se pretende es meramente describir una realidad que resulta innegable: que los derechos sociales, independientemente de su desarrollo a nivel legislativo, de su complementariedad con los derechos típicamente liberales, o del valor político que pueda reconocérseles, han tenido reconocimiento a *nivel constitucional* recién a partir de fines de la post guerra y casi un siglo y medio después que los llamados derechos civiles y políticos¹⁰⁵,

¹⁰³ Respecto a la tesis de las generaciones de derechos, de manera meramente ejemplar, ver SQUELLA, Agustín. Derechos económicos, sociales y culturales. ¿Nadando contra la corriente? Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N° 17, 1999, pp. 395-402.

¹⁰⁴ PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2007, p. 19.

¹⁰⁵ Pisarello, criticando la idea acerca de las generaciones de derechos, ha señalado que la tesis del reconocimiento tardío de los derechos sociales, olvida una serie de manifestaciones en que a través de la historia se reivindican demandas sociales, así como el hecho de que durante el siglo XIX existió profusa legislación de carácter social. En este sentido, señala que “[t]ras un intenso ciclo de conflictos que se extendió desde el último tercio del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX, el Estado y su producción jurídica experimentaron, en diversos países europeos y con diferentes ritmos, un proceso de socialización que afectó a las disciplinas jurídicas”. Ver PISARELLO, *id.* p. 24.

Por cierto, todo lo anterior tampoco pretende ser negado. Por el contrario, ya se ha señalado anteriormente, que la socialización del Derecho efectivamente es un proceso que resulta identificable desde mediados del siglo XIX, y que adquiere gran fuerza a principios del siglo XX, influyendo en áreas tan diversas como el Derecho Civil, el

cuestión que como se verá, ha supuesto nuevos desafíos para el legislador -que se encuentra obligado constitucionalmente a implementar los planes y programas que exigen los derechos sociales-, así como para el juez -que debe enfrentarse en su labor de adjudicación e interpretación frente a derechos que, como se verá a continuación, suponen una estructura radicalmente distinta de los primigenios derechos civiles y políticos-.

2.2. Los derechos sociales como derechos de prestación

Para evitar algunas confusiones que han obscurecido la discusión respecto a la exigibilidad de los derechos sociales¹⁰⁶, es necesario tener presente que dentro de la nueva generación de derechos que reivindicaban los movimientos sociales y la tradición socialista, existían también algunos derechos que, como el derecho a la libertad de trabajo, el derecho a la libertad sindical o el derecho a huelga, se estructuraban como derechos de defensa¹⁰⁷, razón por la cual han sido denominados como *derechos sociales de libertad*¹⁰⁸. Ciertamente es que ella no es la regla general, pero de todos modos la excepción manifiesta que los derechos sociales no pueden considerarse siempre y en todo caso, únicamente como derechos de prestación. Como han sostenido ABRAMOVICH y COURTIS, en el caso de los derechos sociales, su estructuración como derechos de prestación a lo más tiene una “importancia simbólica mayor para identificarlos”¹⁰⁹.

En el mismo sentido, existen además derechos típicos de la tradición liberal, como son el derecho a la seguridad personal o el derecho a la vida que, desde los presupuestos del Estado Social de Derecho, ya no sólo se conciben de la manera tradicional, esto es, como derechos de defensa. En efecto, derechos como los recién señalados han comenzado a concebirse e

Derecho Laboral e inclusive en el Derecho Penal. Una cuestión diversa es que esa socialización se produzca a nivel constitucional y que producto de la misma, nuevos derechos de contenido social sean considerados como derechos fundamentales. Ese fenómeno, como ya se ha señalado, sólo ocurre en un momento posterior: con los cambios constitucionales que se producen desde mediados del siglo XX en adelante.

¹⁰⁶ Al respecto, ver pp. 83-95.

¹⁰⁷ Acerca del concepto *derecho de defensa*, ver p. 29-31.

¹⁰⁸ La terminología es de BALDASARRE, *op. cit.* en nota 56, p. 191.

¹⁰⁹ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. 2ª ed. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2004, p. 25.

interpretarse, cada vez con mayor recurrencia, tanto por parte de la doctrina constitucional como por los jueces con competencias constitucionales, como derechos de prestación¹¹⁰.

Un ejemplo de lo anterior en el sistema jurídico chileno está dado por la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el juicio caratulado “*Bustamante Cuevas, Rodolfo con Barahona Kunstmann, Vicky, alcaldesa de Renca*”¹¹¹. En este caso, el recurrente interpuso una acción de protección¹¹² en contra de la alcaldesa de la Municipalidad de Renca, en representación de un menor de edad oxígeno-dependiente. Mediante la interposición de la acción se pretendía que se le permitiera a la familia obtener una prestación de parte del recurrido: recargar los balones de oxígeno que requería el menor, de manera gratuita, en un centro de salud dependiente del municipio. Dicha prestación, que había sido efectivamente otorgada por la Municipalidad, posteriormente había sido suspendida, medida que el recurrente estimó arbitraria y atentatoria del derecho a la vida del menor.

Conociendo del caso, en su sentencia (posteriormente revocada por la Corte Suprema) la Corte de Apelaciones de Santiago señaló:

Que, en consecuencia, si bien la acción reclamada de la I. Municipalidad de Renca, ejecutada por la Dirección de Salud de la Corporación Municipal de Renca, puede considerarse como la respuesta a una plena observancia del principio de legalidad (...) no es menos cierto que la invalidación de un acto que se estima ilegítimo por la municipalidad, debe estar siempre fundado en los principios de la juridicidad y razonabilidad, los que, en la especie no se dan, por cuanto, la decisión primera que ahora se considera contraria a Derecho –y por lo tanto se la quiere dejar sin efecto- *se basó en la protección de la vida y la integridad física del menor* (énfasis agregado).

¹¹⁰ Así, por ejemplo, BALDASARRE, *op. cit.*, en nota 56; ABRAMOVICH Y COURTIS, *op. cit.* en nota 109; y PISARELLO, *op. cit.* en nota 104. Sobre esta inversión en el modo de concebir los derechos fundamentales en materia penal, Antonio Bascuñán ha señalado que “[e]l cambio operado en el discurso de los derechos fundamentales representa una inversión del paradigma clásico. En el nuevo paradigma, los derechos fundamentales ya no representan un marco limitativo del ejercicio del *ius puniendi*, sino su impulso. El *ius puniendi* no es un peligro, sino un medio de protección de los derechos fundamentales”. Al respecto, ver BASCUÑÁN, Antonio. Derechos fundamentales y Derecho penal. En: ALEGRE, Marcelo y otros. Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, p. 320.

¹¹¹ FM, N° 501, pp. 1910-1915.

¹¹² Sobre la denominada, *acción o recurso de protección*, ver pp. 124-129.

Este fallo, que por cierto no es aislado en la jurisprudencia chilena, manifiesta que para la Corte que conoció del recurso, el derecho fundamental a la vida no sólo tiene como correlato obligaciones típicamente negativas – básicamente, un deber de *no matar* -, sino que además sirve como presupuesto para imponer prestaciones que vayan dirigidas a proteger positivamente tal derecho.

Un caso similar se ha presentado respecto a enfermos de VIH. Así, en “*Rojas Vera, Nayade y otros con Servicio de Salud Metropolitana Oriente y Ministerio de Salud*”¹¹³, mediante la interposición de una acción de protección, diversas personas contagiadas con VIH solicitan, en base al artículo 19 N° 1 CPR, que los servicios de salud les provean gratuitamente los medicamentos necesarios no sólo para mantenerse con vida, sino que también para llevar a cabo una vida normal; se les someta a los exámenes médicos pertinentes y se les lleve un control mínimo, periódico y permanente de su estado de salud, con la finalidad de adecuar los tratamientos de acuerdo al desarrollo de la enfermedad. Si bien el recurso fue finalmente rechazado por la Corte Suprema, revocando la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones de Santiago, es interesante notar que esta última señaló:

Que analizando la inminencia de la muerte de los recurrentes, (hecho anunciado por los profesionales de la salud), en caso de no recibir tratamiento antirretroviral, no es posible aceptar que, quien está al servicio de la persona humana y ha asumido, entre muchas otras políticas de Estado, la obligación de combatir las enfermedades de transmisión sexual, -entre las que se encuentra expresamente considerado el SIDA- observe o contemple sin intervenir, cómo, precisamente esas mismas personas a quienes asegura el derecho a la vida, la pierden.

Como se puede apreciar en este caso, nuevamente la Corte deja entrever que una adecuada protección del derecho a la vida -que se ha considerado tradicionalmente como un derecho de defensa-, exige además especiales deberes positivos de intervención por parte del Estado.

En suma, y tal como se puede apreciar a partir de los casos recién citados, producto de las consecuencias que ha significado la asunción del Estado Social de Derecho, hoy existe un

¹¹³ RDJ, t. 98 (2001), sección 2.5, pp. 251-256.

panorama bastante más complejo en lo que dice relación con la forma en que se han estructurado los derechos fundamentales: parte importante de los derechos de libertad y de los derechos sociales, han pasado a ser concebidos, de manera generalizada, como derechos que pueden estructurarse indistintamente como derechos de defensa o como derechos de prestación. En otras palabras, esto quiere decir que bajo los presupuestos del Estado Social de Derecho, *algún* derecho de libertad puede servir de fundamento para exigir prestaciones y que *algún* derecho social puede servir de fundamento para exigir la no intervención del Estado.

2.2.1. Acerca de la estructura de los derechos de prestación

Dicho lo anterior, esto es, que un derecho social no es siempre y en todo caso un derecho de prestación y que un derecho civil o político puede ser concebido como un derecho de prestación, ¿en qué consiste la particular estructura de los derechos fundamentales de prestación? ¿Qué los distingue de los denominados derechos de defensa?¹¹⁴

Como ya se ha señalado anteriormente, los derechos de defensa se caracterizan por cuanto el sujeto pasivo se encuentra obligado en términos negativos, es decir, a abstenerse de realizar la conducta que lesiona el derecho. Frente a esta estructura simple de los derechos de defensa, los derechos de prestación suponen dos aspectos diversos.

En primer lugar, en el caso de un derecho de prestación el aspecto pasivo del mismo está configurado por una obligación de carácter positiva o por deberes de realización de una determinada conducta, ya sea una acción material o fáctica o una acción normativa, consistente en la creación de normas jurídicas. En este sentido, y de manera meramente ejemplar, se ha señalado que el derecho a la salud tiene por objeto que se provean los recursos adecuados para evitar la lesión del derecho y las prestaciones posibles van desde el otorgamiento de medicamentos adecuados a la creación de un sistema de salud apropiado por parte del legislador para la salvaguarda del derecho.

¹¹⁴ Sobre la diversa estructura entre los derechos de prestación y los derechos de defensa, ver, de manera meramente ejemplar, ALEXY, *op. cit.* en nota 32; y ARANGO, *op. cit.* en nota 34.

En segundo lugar, y como se puede deducir del ejemplo propuesto, en el caso de los derechos de prestación, *por regla general*, no existe una única conducta que deba realizarse para otorgar la protección del derecho. Por el contrario, las formas de satisfacer el derecho son múltiples y podrán ser tan variadas como las políticas destinadas al efecto. O en otras palabras, en caso de que exista una omisión inconstitucional, no existe una conducta precisa que se encuentre *constitucionalmente* definida, sino más bien un conjunto indefinido de opciones que pueden resultar conformes a la Constitución¹¹⁵. En este sentido, el margen de configuración para proteger el derecho que se invoca es mucho mayor que cuando se trata de un derecho de defensa, caso en que el Estado cumple con su obligación omitiendo la precisa y concreta conducta que se estima como lesiva del derecho por parte de su titular¹¹⁶.

2.3. El surgimiento de los derechos comunitarios o colectivos

Como ya se señaló en el capítulo anterior, la influencia de la tradición liberal en la estructuración del Estado de Derecho y la centralidad que en ella ocupa el sujeto, tuvo como una de sus consecuencias prácticas el que los derechos fundamentales fueran consagrados estrictamente como derechos individuales. En efecto, tal como lo ponen de manifiesto las primeras declaraciones de derechos, bajo las premisas del Estado Liberal, los derechos fundamentales fueron considerados primordialmente como ámbitos de defensa propios del *individuo* frente al poder del Estado.

Por otra parte, y como también se ha señalado, tras las declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII existió además una pretensión de universalización, de modo de asegurar una igual distribución de derechos entre todos los ciudadanos de un mismo Estado. De esa manera, los revolucionarios pretendían acabar con el *status* jurídico superior que habían tenido durante siglos un grupo reducido de privilegiados.

¹¹⁵ En este sentido, ver GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2006, p. 171.

¹¹⁶ En este sentido, ALEXY, *op. cit.* en nota 32, p. 409, ha señalado que, cuando se trata de derechos sociales (entendidos en el sentido de derechos de prestación), el Estado cuenta con un *margen de acción* dentro del cual puede elegir cómo se cumple con el mandato constitucional que supone este tipo de derechos.

Ambos aspectos, esto es, el individualismo y la pretensión de universalidad que subyacían al Estado Liberal de Derecho los resume WILL KYMLICKA al señalar que:

El compromiso básico de una democracia liberal es la libertad y la igualdad de sus ciudadanos individuales. Esto se refleja en los derechos constitucionales, que garantizan los derechos civiles y políticos básicos a todos los individuos, independientemente de su pertenencia de grupo. De hecho, la democracia liberal surgió en parte como reacción contra la forma en que el feudalismo definía los derechos políticos y las oportunidades económicas de los individuos en función del grupo al que pertenecían¹¹⁷.

Como se puede concluir de lo expuesto por KYMLICKA, bajo las premisas de la tradición liberal no sólo se concibe que la titularidad de los derechos fundamentales le corresponde al sujeto considerado en forma individual, sino que además se manifiesta una evidente desconfianza a establecer diferenciaciones de trato en razón del grupo de pertenencia. Y ello por cuanto dichas diferenciaciones habían sido las que durante siglos permitieron la sujeción y dependencia de una gran parte de la sociedad a manos de un reducido grupo nobiliario.

Como ha señalado FARREL, este estado de cosas llevó a que hasta hace pocos años atrás la lucha por los derechos civiles se librara en nombre del liberalismo, buscando el otorgamiento de derechos individuales para un mayor número de sujetos¹¹⁸, de modo tal que conforme al principio de no discriminación, *todos* gozaran de unos *mismos* derechos¹¹⁹. De lo que se trataba entonces, era de otorgar una protección más amplia, pero siempre a través de la técnica del derecho individual.

Sin embargo, y a pesar de la institucionalización de estas pretensiones del liberalismo, en la transición hacia el denominado Estado Social de Derecho, algunos factores influirían

¹¹⁷ KIMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona, Editorial Paidós, 1996, p. 57.

¹¹⁸ Al respecto, ver FARREL, Martín. ¿Hay derechos comunitarios? [en línea] *Doxa*, N° 17-18, 1995, p. 69, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_04.pdf> [consulta: 07 octubre 2009].

¹¹⁹ Ejemplificando lo anterior, Farrel, *ibíd.*, señala que “[l]a histórica decisión de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Brown vs. Board of Education* consistió en otorgar a los individuos integrantes de la minoría negra los *mismos derechos* a la educación de los que ya disfrutaban los integrantes de la mayoría blanca (...)” (énfasis agregado).

decisivamente para que la titularidad de los derechos fundamentales dejara de adscribirse única y exclusivamente a sujetos individuales y pasara a defenderse también la titularidad de las colectividades sobre derechos específicos que precisamente se establecen en función de la pertenencia al grupo, naciendo con ello los denominados derechos comunitarios o colectivos.

Respecto a ellos, antes de hacer cualquier intento de diferenciación en relación a los clásicos derechos individuales, debe entenderse que en términos constitucionales (o en un sentido fuerte del término), los derechos colectivos constituyen una categoría de derechos fundamentales. Es por ello que KYMLICKA, al referirse a ellos, los denomina *derechos de ciudadanía diferenciados en función de grupo*, distinguiéndolos así de otro tipo de derechos de menor relevancia como los derechos de los sindicatos y corporaciones, del derecho a entablar acciones de clase o del derecho de los ciudadanos a un aire no contaminado¹²⁰.

Por otra parte, según la caracterización tradicional, la novedad que representa este tipo de derechos frente a los derechos individuales, es que son derechos cuyo titular es un grupo determinado de personas, de modo tal que la justificación de su existencia se basa en la protección de los intereses acumulados de varios individuos. Así, bajo los denominados derechos colectivos es una comunidad determinada la que se encuentra facultada para exigir el cumplimiento de pretensiones frente al Estado o incluso frente a otros individuos si es que se adopta una tesis horizontal de los derechos fundamentales¹²¹.

Ahora bien, el primer factor que influiría en la consagración de este nuevo tipo de derechos en algunas de las constituciones de los sistemas jurídicos occidentales, está dado por el hecho que en el discurso igualitarista propio del Estado Social de Derecho, la idea o noción de *grupo* ocupa un lugar central. Más allá del concepto de *clase* propio de la ideología marxista, tras los postulados comunitaristas e incluso de la tradición liberal igualitaria, existe una importante preocupación por aquellos grupos de personas que han sido históricamente oprimidos o se encuentran socialmente desventajados, como ocurrentemente suele suceder con las minorías étnicas o culturales. Conjuntamente con esta preocupación por el grupo, dentro de la filosofía política se plantea cada vez con mayor recurrencia que la calidad de vida individual y la plena

¹²⁰ KYMLICKA, *op. cit.* en nota 117, pp. 57-58.

¹²¹ Sobre el efecto horizontal de los derechos fundamentales, ver pp. 136-142.

realización personal, dependen en buena medida de la prosperidad del grupo al que se pertenece¹²², de modo tal que más allá de las críticas al estatuto ontológico y moral de los grupos, su protección especial estaría justificada a lo menos como un medio para asegurar debidamente la autodeterminación de los individuos que lo componen.

En segundo lugar, la defensa de la titularidad de derechos fundamentales por parte de colectividades ha tomado mayor fuerza por la pérdida de la centralidad del absolutismo liberal en el plano político y moral y el consiguiente auge de una ética pluralista y multicultural. A partir de ella se propugna que existen diversos modos de vivir la vida que resultan igualmente correctos en principio y que también los grupos con una ideología distinta a la liberal se encuentran legitimados para reivindicar sus pretensiones con el fin de asegurar su identidad como grupo. Así, se sostiene que una sociedad que pretenda ser respetuosa de las legítimas diferencias existentes entre los grupos que la componen, debe consagrar determinados derechos que precisamente permitan a dichos grupos asegurar un determinado nivel de autogobierno y visibilidad dentro de la cultura mayoritaria.

En tercer lugar, en la consagración de derechos comunitarios o colectivos ha tenido un rol fundamental la opinión cada vez más dominante de que el principio de no discriminación propio de la tradición liberal resultaría absolutamente insuficiente para asegurar una debida protección de ciertos intereses de quienes pertenecen a grupos minoritarios. Y ello porque mediante el principio de no discriminación a lo más se asegura que cada comunidad, minoría o tradición cultural tendrá unos mismos derechos para desarrollarse, pero ninguna resultará especialmente favorecida. Así, se critica que bajo los presupuestos del principio de no discriminación se produce una cultura única, pues los grupos culturalmente minoritarios, que probablemente requerirían de políticas que los favorezcan especialmente para subsistir, a falta de

¹²² En este sentido, Joseph Raz ha señalado que “los grupos culturales no son susceptibles de un análisis reduccionista en términos de acciones individuales o de estados de ánimo. Los grupos culturales, y también otros, tienen una vida propia. Pero su reclamo moral de respeto y de prosperidad se basa completamente en su importancia vital para la prosperidad de los seres humanos individuales”. Ver RAZ, Joseph. *Multiculturalismo: una concepción liberal. La ética en el ámbito público*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2001, p. 193. En el mismo sentido, KYMLICKA, *op. cit.* en nota 117, p. 149, sostiene que “los liberales deberían reconocer la importancia de la pertenencia de las personas a su propia cultura societal, en virtud del papel que ésta desempeña a la hora de posibilitar elecciones individuales significativas y sustentar la propia identidad”.

ellas acaban asimilándose a la cultura propia de la mayoría¹²³. Es por ello que, como ha constatado KYMLICKA, “en muchos países se acepta cada vez más que algunas formas de diferencia cultural únicamente pueden acomodarse mediante medidas legales o constitucionales especiales, por encima –y más allá de- los derechos comunes de ciudadanía”¹²⁴.

Si bien ninguno de estos factores constituyen razones necesarias para una titularidad colectiva de determinados derechos fundamentales –pues a partir de ellos, podría defenderse o una política activa de protección de aquellos grupos que constituyen minorías, basado principalmente en políticas de discriminación positiva; o incluso la consagración de derechos individuales especiales para los miembros de los grupos minoritarios- de todos modos han servido como discursos de legitimación para la consagración de derechos colectivos o comunitarios a nivel constitucional.

En cambio, lo que ha resultado decisivo para la defensa y consagración de derechos colectivos tanto a nivel constitucional como de derecho internacional, ha sido la constatación de que existen casos en que la adecuada protección de un grupo sencillamente no se logra ni a través de acciones propias de la política ni a través del otorgamiento de derechos individuales a los miembros que componen el grupo. En efecto, existen casos en los cuales se plantea que la única forma de otorgar una protección adecuada al grupo minoritario y desventajado consiste en el otorgamiento de derechos que puedan ser invocados y ejercidos por los representantes de la colectividad misma, de modo tal que la protección no sólo la obtengan aquellos miembros que,

¹²³ Al respecto, ver FARREL, *op. cit.* en nota 118, pp. 79-80.

Por su parte, Javier de Lucas ha señalado que “para que podamos hablar en sentido estricto de protección de minorías: no basta con las medidas orientadas a reducir la discriminación (...). Ese plano basta para las minorías que aspiran en realidad a la asimilación con la mayoría, es decir, cuyo horizonte es la disolución como tales minorías”. Ver DE LUCAS, Javier. Las minorías: de los derechos individuales al estatuto jurídico. [en línea] Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 3, 1995, p. 98, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01371963122385973092257/isonomia03/isonomia03_04.pdf?portal=4> [consulta: 07 octubre 2009].

En un sentido similar, Raz, *op. cit.* en nota 122, p. 188, sostiene que “[l]a política del multiculturalismo difiere de aquélla que se basa exclusivamente en los derechos a la no discriminación en tanto rechaza el sesgo individualista de esta última. Aunque sostiene los derechos a la no discriminación, el multiculturalismo pone énfasis en la importancia de la acción política de dos juicios evaluativos. En primer lugar, la creencia en que la libertad individual y la prosperidad dependen de ser un miembro pleno y sin impedimentos dentro de un grupo cultural respetado y floreciente (...). En segundo lugar, el multiculturalismo surge de la creencia en el pluralismo de valores, y en particular en la validez de los diversos valores plasmados en las prácticas que constituyen los diversos valores de las distintas sociedades, en muchos sentidos incompatibles”.

¹²⁴ KYMLICKA, *op. cit.* en nota 117, pp. 46-47.

contingentemente, deciden ejercer sus derechos individuales y activar los mecanismos jurisdiccionales de tutela.

En concreto, los casos en que resulta justificada la consagración de derechos colectivos son aquellos en que lo que se pretende proteger son *bienes colectivos*, esto es, aquel tipo de bienes caracterizados por su carácter no distributivo o que resultan indivisibles entre partes¹²⁵. Dada la indivisibilidad de este tipo de bienes, cuando el ordenamiento les reconoce un estatus jurídico superior y consagra derechos para su adecuada protección, dichos derechos no pueden ser establecidos como derechos individuales cuya titularidad corresponde a una serie indeterminada de ciudadanos. Y ello por cuanto, normativamente, no resulta legítimo otorgar a un individuo la posibilidad de arrogarse facultades respecto de un bien cuya titularidad pertenece a muchos; y, por cuanto, fácticamente, resulta imposible que tratándose de bienes no distributivos, el individuo pretenda tener derechos respecto de una “parte” o “cuota”.

Por ejemplo, la insuficiencia de los derechos individuales como forma de protección de una colectividad queda de manifiesto tratándose de los denominados derechos de autogobierno o de autodeterminación política que, por regla general, implican el reconocimiento por parte del Estado de competencias a los órganos representativos del grupo minoritario o, al menos, la capacidad de establecer ciertas regulaciones sobre sus territorios. Como resultará evidente, en caso que exista una vulneración de dichos derechos por parte del Estado –por ejemplo, arrogándose las competencias que con anterioridad habían sido delegadas a los órganos de la minoría- quien sufre la lesión es la comunidad en general, de modo tal que la protección no puede quedar entregada a los individuos que estén dispuestos a ejercer sus derechos, sino que a los órganos representativos de la colectividad. Pretender lo contrario no sólo haría que los mecanismos de tutela de los derechos de autogobierno quedaran sujetos a las decisiones contingentes de los miembros de la colectividad, sino que además crearía un serio riesgo de legitimidad democrática al interior del grupo: ¿bajo qué presupuestos un individuo del grupo podría arrogarse la facultad de representarlo frente a una lesión de los derechos de la colectividad?

¹²⁵

Al respecto, ver nota 49.

En suma, si se espera una adecuada protección de los derechos de autodeterminación, las relaciones entre el Estado y los grupos dotados de autodeterminación deben asemejarse mucho más a las relaciones internacionales existentes entre diversos Estados y no a las relaciones existentes entre un Estado y sus ciudadanos.

Ahora bien, precisamente la dotación de poder a cuerpos intermedios de la sociedad a través de la consagración de derechos colectivos a nivel constitucional es lo que ha supuesto la crítica más robusta de parte de algunos sectores liberales. Su mayor preocupación radica en que mediante la consagración de derechos a favor de grupos o colectividades, éstas puedan imponer restricciones sobre la libertad o los derechos individuales de sus propios miembros invocando la solidaridad del grupo, la tradición o la identidad de la colectividad¹²⁶.

Estas objeciones, por cierto, no han resultado ajenas al debate público en Chile. En efecto, aunque la Constitución de 1980 no establece derechos colectivos o comunitarios, la discusión a nivel constitucional se ha suscitado hace pocos años atrás con las propuestas realizadas por la denominada *Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*, creada en enero del año 2001 con la finalidad de sugerir propuestas y recomendaciones para una política que permitiese establecer un nuevo trato entre el Estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena, en general. Dentro de las propuestas presentadas en el informe final por parte de la Comisión, se recomendó *perfeccionar* la Constitución, introduciendo una regla dentro de las Bases de la Institucionalidad, mediante la cual se declarara la existencia de los pueblos indígenas, se estableciera el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación y se reconociera y garantizara el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los Pueblos Indígenas¹²⁷.

¹²⁶ Como ejemplos de estas restricciones, Kymlicka, *op. cit.* en nota 117, p. 65, señala que “[l]os grupos étnicos podrían exigir el derecho a que sus hijos abandonasen la escuela antes de la edad prescrita legalmente para ello, con lo que se reducirían las probabilidades de que estos niños abandonasen la comunidad al llegar a la edad adulta; o el derecho a perpetuar costumbres tradicionales como la clitoridectomía, o los matrimonios concertados y forzosos que infringen la leyes existentes relativas al consentimiento informado”.

¹²⁷ El informe final elaborado por la Comisión (presentado a consideración del Presidente de la República en octubre del año 2003) y en el cual se encuentran las propuestas mencionadas, es posible encontrarlo en www.gobierno.cl/verdadhistorica/presentacion.html [consulta: 10 julio 2009].

En dicho informe, como derechos colectivos, se recomienda la consagración de derechos políticos (referidos a la capacidad de los Pueblos Indígenas para participar e incidir de manera gravitante en cuestiones relacionadas con los asuntos que les conciernen), derechos territoriales (referidos a la capacidad de los Pueblos Indígenas para

Estas propuestas, más allá que en definitiva no tuvieron acogida en la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050, han encontrado el rechazo en diversos sectores por el temor de que los colectivos puedan ejercer un poder de coacción sobre sus miembros¹²⁸. Ello no es sino una manifestación más de cómo los liberales ven con preocupación –con razón, por cierto- el derecho que bajo el discurso de los derechos colectivos, podría llegar a tener un grupo étnico de imponer sanciones sobre los miembros que no comparten la religión del grupo; o el derecho del grupo a imponer la realización de prácticas rituales que pusieran en riesgo la integridad física de los individuos que componen la colectividad.

La pregunta que surge entonces, es ¿cómo se puede compatibilizar en un Estado de Derecho, la tesis que ve que los derechos colectivos constituyen una forma de protección superior de grupos minoritarios desventajados, con aquella otra que ve en los derechos comunitarios un riesgo de opresión y de vulneración de los derechos individuales de los miembros de las colectividades?¹²⁹

Por una parte, y tal como ha distinguido KYMLICKA, es necesario tener presente que no todas las medidas que adopte un Estado con el fin de resguardar los intereses y promover la autodeterminación de ciertos grupos culturales minoritarios y desventajados de la sociedad, ni

gestionar, utilizar, gozar, disponer y contribuir a la conservación de sus territorios, tierras y de los recursos naturales que éstos albergan) y derechos culturales (referidos a la capacidad de los Pueblos Indígenas de ejercer los bienes asociados a su identidad histórica y cultural, tales como la lengua, el derecho consuetudinario, formas de resolución de conflictos, pautas culturales largo tiempo en el manejo de territorios, tierras y recursos, religión, etc.).

¹²⁸ De modo meramente ejemplar, ver SIERRA, Lucas. La constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo. *Derecho y Humanidades*, N° 11, 2005, p. 107.

¹²⁹ Evidentemente, uno podría concluir que tal compatibilización resulta imposible y terminar sugiriendo, tal como lo hace Farrel, que frente al riesgo de la vulneración de derechos individuales que supone el reconocimiento de derechos colectivos, no hay mejor remedio que el reconocimiento de nuevos Estados para cada grupo minoritario. Ver FARREL, *op. cit.* en nota 118, pp. 91 y ss.

Por cierto, esta propuesta no sólo resultará, las más de las veces, absolutamente impracticable, sino que además no se hace cargo de las restricciones de los derechos individuales que pueden surgir dentro del nuevo Estado que se forma. Asimismo, pierde de vista que tras un Estado multicultural, en que existe una heterogeneidad grupal, pueden desarrollarse algunas de las más relevantes virtudes cívicas y republicanas bajo el presupuesto de que existen diversas formas de vida legítimas de vivir adecuadamente.

todo derecho colectivo otorgado a un grupo, tendrán como consecuencia necesaria el riesgo de la opresión para sus miembros. En otras palabras, a lo más se trata de una relación contingente¹³⁰.

Más aún, bajo el presupuesto de la igualdad material y con la finalidad de reparar ciertas injusticias intergrupales, bien pueden consagrarse derechos destinados a proteger la existencia e identidad específica de un grupo frente al impacto de decisiones externas y, a la vez, establecer normativamente limitaciones y sanciones para aquellos casos en que, en el ejercicio del derecho colectivo, los representantes del grupo pretendan restringir la libertad individual de sus propios miembros¹³¹.

Por otra parte, y para aquellos casos en que el diseño institucional falle, con el fin de salvaguardar a los individuos de los abusos que eventualmente pueden llegar a cometer los grupos en el ejercicio de sus derechos colectivos, debe establecerse y garantizarse, tal como lo ha sostenido RAZ, un *derecho individual de salida* para los individuos que componen el grupo¹³², independientemente de las razones que sean invocadas por estos últimos para no permanecer en él. En efecto, si es cierto que la cultura y el grupo merecen una especial protección por parte del Derecho por ser consustanciales con el bienestar personal y la plena realización individual, el individuo debe tener institucionalmente garantizadas las oportunidades de salida en caso que la cultura resulte opresiva o el colectivo actúe coactivamente sobre él. En otras palabras, el límite de la colectividad en el ejercicio de sus derechos estará dado por la opresión que ejerza sobre sus miembros.

Mediante estas distinciones y arreglos institucionales, es posible que un Estado Social de Derecho pueda compatibilizar en su Constitución el reconocimiento de los derechos colectivos

¹³⁰ Al respecto, KYMLICKA, *op cit.* en nota 117.

¹³¹ En último término y como ha sostenido Kymlicka, en el discurso de los derechos colectivos, resulta preciso distinguir las restricciones internas de las protecciones externas. Aunque “a ambas se las conoce como «derechos colectivos», si bien plantean cuestiones muy diferentes. Las restricciones internas implican relaciones *intragrupales*: el grupo étnico o nacional puede pretender usar el poder del Estado para restringir la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad de grupo”. En cambio, “[l]as protecciones externas implican relaciones *intergrupales*; esto es, el grupo étnico o nacional puede tratar de proteger su existencia y su identidad específica limitando el impacto de las decisiones de la sociedad en la que está englobado”. Ver KYMLICKA, *id.* pp. 58-59.

¹³² Al respecto, ver RAZ, *op. cit.* en nota 122.

como una forma de protección de grupos minoritarios desventajados, con las pretensiones liberales de una adecuada protección de los derechos individuales de sus miembros.

2.4. El derecho fundamental a la igualdad como un derecho al bienestar material

Ya se señaló anteriormente que desde los presupuestos del Estado Social de Derecho, algunos derechos que clásicamente han sido considerados en un sentido negativo o de defensa, han comenzado a interpretarse, incluso por parte de los jueces con competencias constitucionales, en el sentido de derechos de prestación, pretendiendo con ello imponer deberes de carácter positivo al sujeto pasivo. Como se verá en lo que sigue, si es que existe un derecho que ha sido objeto de aquella evolución interpretativa, ha sido el derecho fundamental a la igualdad.

En efecto, en el capítulo anterior ya se señaló que originariamente este derecho fue concebido e interpretado como un derecho que tenía por objeto principal terminar con el sistema de inmunidades y privilegios propio del antiguo régimen y que se traducía en las exigencias de igualdad de trato por parte del legislador y de igualdad de aplicación de la ley por parte de los jueces.

No obstante, y como ya se ha señalado, desde la tradición socialista, una nueva concepción política acerca de la igualdad, que denunciaba las limitaciones de la concepción de igualdad propia del paradigma liberal así como las injusticias históricas a las que se habían visto sometidos ciertos grupos sociales y defendía la necesidad de mejorar las condiciones de vida de aquellos más desventajados, fue siendo reivindicada cada vez con mayor fuerza. En efecto, tal como lo ha señalado HOBBSAWM, quienes propugnaban esta otra concepción de la igualdad, entendían que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, era “un manifiesto contra la sociedad jerárquica y los privilegios de los nobles, pero no a favor de una sociedad democrática o igualitaria”¹³³.

En concreto, lo que se pretendía a partir de esta nueva concepción política de la igualdad, era que se crearan programas destinados a hacer frente a las notables diferencias

¹³³ HOBBSAWM, *op. cit.* en nota 23, p. 67.

existentes en cuanto al goce de los bienes materiales y de bienestar general. En el fondo, el objetivo era una igualación respecto a las condiciones materiales de existencia.

Este objetivo, que originariamente sólo tuvo un carácter político, en forma posterior y más aún con la consolidación del Estado Social de Derecho, ha pretendido ser realizado desde el sistema jurídico. Así, la consagración de derechos sociales como el derecho a la salud, la vivienda y la educación no son sino manifestaciones concretas de la pretensión de igualdad material en ámbitos específicos de la vida, mientras que la cláusula de Estado Social, tal como se verá más adelante, no debe entenderse sino como un mandato genérico cuyo objetivo es la realización de la igualdad material.

No obstante, además de dichas manifestaciones normativas, ha sido el mismo derecho fundamental a la igualdad el que ha comenzado a ser concebido no sólo como un derecho a la no discriminación o a la supresión de privilegios, sino que también como un derecho a la equiparación en las condiciones generales de bienestar.

Así, no debe resultar extraño que hoy, buena parte de la doctrina constitucional, interprete el derecho fundamental a la igualdad como un principio general de igualdad en sentido amplio, en virtud del cual se le puede exigir al Estado y a otros particulares, no sólo que no discriminen a las personas, grupos de personas o estados de cosas, sino que además que se tomen las medidas necesarias para que desaparezcan las desigualdades de hecho mediante el otorgamiento de prestaciones y la implementación de políticas públicas especialmente destinadas a favorecer a aquellos más desventajados.

Manifestación de esta evolución interpretativa es que la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución Federal de los EE.UU.¹³⁴, el equivalente constitucional al art. 19 N° 2 CPR, ha sido entendida también como una disposición cuyo objetivo primordial es la realización del ideal de la igualdad material. En este sentido, OWEN FISS ha llevado a cabo una interpretación de dicha Enmienda como una cláusula destinada a *dar protección* a los grupos de raza negra y otros

¹³⁴ Dicha enmienda dispone entre sus normas que “ningún Estado podrá privar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales de la igual protección de la leyes”.

grupos desventajados¹³⁵. Dicha interpretación tiene, por una parte, un fundamento *originalista*¹³⁶, pues se basa en lo que según FISS habría sido la intención del constituyente al estatuir la Enmienda, esto es, asegurar el bienestar a los afroamericanos, pero además estaría respaldada por el modo en que los tribunales habrían interpretado históricamente la cláusula. En base a estas premisas, FISS reconstruye la Décimo Cuarta Enmienda desde presupuestos en virtud de los cuales no sólo resulta permisible el favorecimiento que pueda hacer el Estado para determinados grupos históricamente inferiores, sino que además constitucionalmente obligatorio para el legislador¹³⁷. De este modo, FISS no sólo considera que la igualdad material es re-conducible al derecho fundamental a la igualdad de la Décimo Cuarta Enmienda, sino que además la propone como la forma desde la cual debe interpretarse dicho derecho¹³⁸.

En el ámbito de la tradición continental, ALEXY señala que si bien existen cuestiones problemáticas al plantear el derecho fundamental a la igualdad como consagradorio de igualdad material, de todos modos resulta preciso reconocer que al menos un caso en que la existencia de tal derecho a la igualdad de hecho resulta innegable, es cuando lo que se pretende asegurar es un

¹³⁵ FISS, Owen. Grupos y la Cláusula de Igual Protección. En: GARGARELLA, Roberto (comp.). Derecho y grupos desaventajados. Barcelona, Editorial Gedisa, 1999, p. 137. En un sentido semejante se pronuncia Akhil Amar, quien invita a entender las Enmiendas Trece, Catorce, Quince y Dieciséis, esto es, las enmiendas hechas a la Constitución Federal norteamericana luego de la guerra civil, como una forma de rechazo que habría tenido el constituyente a la existencia de una casta degradada de personas, y que por lo mismo, representan una “visión diferente sobre la economía y la democracia de la que aparece en la Constitución original”. Ver AMAR, Akhil. Cuarenta acres y una mula: una teoría republicana acerca de los derechos básicos. En: GARGARELLA, Roberto (compilador). Derecho y grupos desaventajados. Barcelona, Editorial Gedisa, 1999, pp. 33 y ss.

¹³⁶ Acerca del originalismo como forma de interpretación constitucional, ver pp. 12-14.

¹³⁷ FISS, *op. cit.* en nota 135, pp. 159 y ss., luego de reconocer que resulta riesgoso otorgar un poder tan amplio a los tribunales con el fin de examinar la constitucionalidad de la legislación, señala de todos modos que está dispuesto a asumir que dicha estrategia “va a someter a los jueces a un gran esfuerzo, requiriéndoles la utilización de cuantiosos recursos, imaginación y aun paciencia”. Sin embargo, como se verá más adelante, una tesis como ésta requiere estar dispuesto a cuestiones adicionales, sobre todo en lo que dice relación con la preponderancia del legislador democrático en la configuración de la política.

¹³⁸ En este mismo sentido, en Owen Fiss destaca el rol que ha jugado la Corte Suprema norteamericana respecto a la igualación de los inmigrantes con el resto de la población. Así, Fiss se muestra de acuerdo con la resolución a la que arribó dicha Corte en *Plyler v. Doe* [457 U.S. 202 (1982)], un caso en que se discutía la constitucionalidad de una disposición del Estado de Texas en virtud de la cual se entendía que los niños que tenían la condición de inmigrantes ilegales no tenían acceso a la educación primaria o secundaria. En aquella oportunidad, el juez Brennan señaló que lo que viene a prohibir la Cláusula de Igual Protección no es sólo la no discriminación, sino que la creación de una estructura de cuasi-castas y de una subclase de analfabetos. Fiss, concordando con Brennan, señala que la tesis sostenida por este último no sólo debiera limitarse a la educación, sino que aplicarse además contra la exclusión de todo tipo de programas estatales “incluyendo bonos de comida, vivienda y asistencia médica. En la sociedad moderna, el analfabetismo constituye una severa restricción, pero tal vez no más grave que el estar mal alimentado, el carecer de hogar, o el estar enfermo y necesitado de un tratamiento médico”. Al respecto, FISS, Owen. El inmigrante como paria. En su: Una comunidad de iguales. Madrid, Miño y Dávila editores, 2002, p. 34.

mínimo vital. En palabras de ALEXY, “el principio de igualdad, que incluye la igualdad de hecho, puede fundamentar, en casos referidos al mínimo vital, derechos concretos definitivos a la creación de igualdad de hecho”¹³⁹.

Finalmente, parte importante de los constitucionalistas latinoamericanos han defendido una concepción del derecho fundamental a la igualdad más inclusiva que aquella que la concebía como un rechazo a la existencia de privilegios. De manera meramente ejemplar, ROBERTO SABA ha sugerido una *forma estructural* de entender el derecho a la igualdad¹⁴⁰, la que, en sus palabras, se acercaría a las versiones de la igualdad que tienen autores como FISS, POST, SIEGEL o MACKINNON. En virtud de esta concepción, señala que la versión individualista de la igualdad se presentaba como una versión insuficiente o incompleta, en tanto descontextualizada de la situación de cada individuo, siendo contraria a una visión “de una realidad social más amplia que contempla la pertenencia de ese individuo a un grupo que se encuentra sometido a ciertos tratos o prácticas sociales como consecuencia de ser de ese grupo”¹⁴¹. Para SABA, estas premisas se traducen en el hecho que existiría un derecho constitucional a ser privilegiado en la toma de decisiones públicas cuando se pertenece a un grupo que se ha visto históricamente sometido a una exclusión sistemática, tanto en términos sociales como políticos.

Como se puede apreciar, más allá de la concepción política de igualdad que pueda tener cada uno de estos autores, lo cierto es que todos ellos pretenden sugerir también una especial forma de interpretar el derecho fundamental a la igualdad. Dicha interpretación, que resulta ser radicalmente diferente a aquella defendida bajo los presupuestos del Estado Liberal de Derecho, implica sugerir que el derecho fundamental a la igualdad no sólo puede ser estructurado en términos de derecho de defensa, sino que también en términos de derecho de prestación. Esto hace que el derecho fundamental a la igualdad pueda ser considerado como un *derecho de doble*

¹³⁹ ALEXY, *op. cit.* en nota 32, p. 378.

¹⁴⁰ SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. *Derecho y Humanidades*, N° 11, 2005, pp. 123-147. En un sentido similar ver, GARGARELLA, Roberto. Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860). Madrid, Siglo XXI Editores, 2005; y ARANGO, *op. cit.* en nota 34 y 94.

¹⁴¹ SABA, *op. cit.* en nota 140, p. 138.

faz, cuyo cumplimiento se puede exigir tanto negativa como positivamente¹⁴².

Más allá del valor moral de la concepción política que defiende la realización de la igualdad material, entender jurídicamente el derecho fundamental a la igualdad como un derecho a la realización de la igualdad material, supone problemas dogmáticos relevantes. Más aún, cuando paralelamente se sostiene que los derechos fundamentales sólo tienen el carácter de tales cuando pueden ser exigidos judicialmente a través de la interposición de las correspondientes acciones procesales.

En primer lugar, una interpretación amplia del derecho fundamental a la igualdad sirve de fundamento normativo tanto para exigirle al Estado, ya sea política o judicialmente, no sólo que no realice tratamientos diferenciados entre los individuos, sino que además que lleve a cabo dichas diferenciaciones cuando de lo que se trata es de favorecer a aquellos que se encuentran más desventajados desde un punto de vista social o económico. Tal como ha señalado ALEXY, esta situación produce “ya dentro del marco de la máxima de igualdad una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un trato igual es, según el otro, un trato desigual y viceversa. Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio omnicomprendivo de la igualdad implica una «paradoja de la igualdad»”¹⁴³.

Esta paradoja puede apreciarse con singular notoriedad en los casos de discriminación positiva o inversa, es decir, en aquellas políticas de cuotas que están destinadas a realizar una discriminación con el fin de favorecer a personas o grupos de personas que históricamente se han encontrado en una posición de inferioridad en términos sociales. Tradicionalmente, se cita como caso paradigmático de la colisión entre ambas concepciones de igualdad a *Regents of the*

¹⁴² A diferencia de lo sugerido, Martin Borowski (2003) ha señalado que los derechos de igualdad se distinguen tanto de los derechos de defensa como de los derechos de prestación. Al respecto, señala que la constatación de la vulneración de los derechos de igualdad presupone una comparación del tratamiento que se otorga a diversas personas o estados de cosas, examen que no debe llevarse a cabo para constatar la violación de los derechos de defensa o de prestación. Ver BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 25, 2003.

Si bien lo anterior es correcto, ello no supone que los derechos de igualdad no puedan estructurarse como derechos de defensa o de prestación. Porque una cosa es el ejercicio que debe realizarse para constatar la vulneración de un derecho y otra distinta es la específica estructura del mismo.

¹⁴³ ALEXY, *op. cit.* en nota 32, p. 368.

*University of California v. Bakke*¹⁴⁴. En este caso, un estudiante blanco recurrió en contra de la Universidad de California alegando la inconstitucionalidad de los programas de admisión de estudiantes sensibles a la raza que había establecido dicha Universidad para su escuela de medicina. Dicho programa, reservaba un determinado número de cupos para estudiantes afroamericanos, hispanos y otras minorías raciales, por cuanto se estimaba como fundamental el alcance del objetivo de la diversidad étnica. La reserva de los cupos implicaba que los estudiantes a los que se pretendía favorecer, aún obteniendo un puntaje más bajo que un estudiante blanco, tenían asegurado su ingreso a la universidad. Ante esto, Bakke, un estudiante blanco que había obtenido un puntaje mayor al de otros estudiantes de grupos minoritarios, y que sin embargo fue rechazado por la universidad, señalaba que su derecho a la igualdad como no-discriminación había sido violado. Visto el asunto ante la Corte Suprema, los jueces Brennan, White, Marshall y Blackmun, aceptaron la constitucionalidad de la medida de discriminación positiva, mientras que los jueces Burger, Stewart, Stevens y Rehnquist, señalaron que la raza nunca puede ser usada como un criterio en la distribución de los beneficios públicos y, que por ende, la medida resultaba ser inconstitucional. El *empate* fue zanjado por el juez Powell, quien rechazó el plan de cuotas de la Universidad, pero por un argumento distinto: dejar tan sólo dieciséis lugares para las minorías era un tipo de discriminación social manifiesta. Dada la declaración de inconstitucionalidad, Bakke fue finalmente admitido en la Escuela de Medicina.

Como se puede apreciar a partir del disenso existente entre los jueces de la Corte Suprema de los EE.UU., lo que está en juego son diversas concepciones de la igualdad que llevan a interpretar de manera radicalmente diversa una misma disposición. Y así, mientras los jueces que aceptan la constitucionalidad de la medida se acercan a una concepción cercana a la igualdad material y esgrimen que resulta permisible favorecer a ciertos grupos que han sufrido injusticias históricas, los jueces que declaran que la medida resulta inconstitucional lo hacen en base a una concepción de igualdad en términos de derechos de defensa: la ley no puede otorgar un trato distinto, menos aún en base a una categoría sospechosa como resulta ser la raza.

No obstante lo dicho, y tal como se verá más adelante, esta paradoja puede seguir desarrollándose aún cuando el derecho fundamental a la igualdad sea sólo interpretado como un derecho de defensa, esto es, como un derecho que prohíbe la desigualdad de trato jurídico. Y ello

¹⁴⁴ Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

porque bien podría llegar a suceder que en casos de control constitucional de normas se presentara una colisión entre dicho derecho fundamental a la igualdad entendido en términos de derecho de defensa y la cláusula de estado social del art. 1 inc. 4 CPR que establece un mandato dirigido a la realización de las pretensiones subyacentes a la concepción de la igualdad material.

En este sentido, aún cuando se dejase de adscribir al art. 19 N° 2 CPR una concepción de igualdad material, sigue siendo posible una colisión a nivel constitucional entre ambas concepciones de igualdad.

En suma, en un Estado Social de Derecho, inevitablemente ambas concepciones de la igualdad gozarán de sustento normativo y probablemente, presentarán colisiones en casos concretos. Por ello, resultará necesario que los jueces con competencias constitucionales sean capaces de establecer criterios normativos capaces de solucionar, en base a estándares diferenciados de argumentación, en qué casos resulta constitucionalmente justificado dar prioridad a una ley que implica la concreción del mandato de estado social, aún cuando en principio, pueda ser lesiva del derecho a la igualdad entendido en términos de derecho de defensa¹⁴⁵.

En segundo lugar, si se pretende adscribir al derecho fundamental a la igualdad la concepción política de la igualdad material, dicho derecho se transforma en el más amplio y genérico de los derechos de prestación. En efecto, si en virtud de la igualdad material pretenden reivindicarse las condiciones generales de bienestar, simultáneamente sirve de fundamento para exigir, ya sea política o jurídicamente, mejoras respecto al acceso a la educación, al sistema de salud, a la vivienda, a la alimentación y a todas aquellas políticas que puedan contribuir al desarrollo de la justicia social.

Por ende, si el derecho fundamental a la igualdad pretende ser interpretado en términos de igualdad material, todos los derechos sociales establecidos en la Constitución se vuelven superfluos, al igual como sucede con el mandato o cláusula de Estado Social. Y ello porque mientras los derechos sociales no son sino concreciones de una concepción política de la

¹⁴⁵ Respecto a cómo el mandato o cláusula de Estado Social ha sido utilizado como un argumento constitucional a favor de la limitación de la igualdad como derecho de defensa, ver p. 82.

igualdad material, el mandato de Estado Social es un mandato que tiene como objetivo precisamente que el Estado equipare a los ciudadanos en sus condiciones materiales de vida.

¿Cuál puede ser entonces la operatividad jurídica de un derecho a la igualdad interpretado en términos de igualdad material si ya existen otras disposiciones a nivel constitucional que pretenden arribar a dicho objetivo? Por cierto, además del peso político que tiene el hablar en términos de derechos propiamente tales, una razón plausible para consagrar la igualdad material como un derecho fundamental particular, es aprovechar la existencia de los recursos y garantías procesales que por regla general los sistemas jurídicos conceden al derecho a la igualdad como no discriminación. Con ello, la igualdad material tendría la posibilidad de ser exigida directamente ante los tribunales de justicia para su realización, a diferencia de lo que sucede tanto con la mayoría de los derechos sociales como con el mandato de Estado Social, que por regla general, carecen de acciones procesales para su exigibilidad directa.

Ésta es, por ejemplo, la situación que se presenta en el sistema constitucional chileno, ya que mientras el derecho a la igualdad se encuentra amparado por el recurso de protección (art. 20 CPR), derechos sociales como el derecho a la educación o a la salud carecen de dicha garantía, al igual que el mandato de Estado Social establecido en el art. 1 inc. 4 CPR.

Evidentemente, lo anterior no es sólo una cuestión teórica. Sin ir más lejos, en la práctica judicial chilena, a pesar que han sido rechazadas, uno puede encontrarse con acciones de protección que han sido interpuestas en base al derecho fundamental a la igualdad (art. 19 N° 2 CPR) con la finalidad de obtener prestaciones por parte del Estado. De manera meramente ejemplar, en *Patricio Jorge Ossa Aránguiz con Ministerio de Salud y Estado de Chile*¹⁴⁶, el recurrente interpuso el recurso en representación de su hija menor de edad y enferma de fibrosis quística, para que en base a una concepción de igualdad positiva se le otorgaran los medicamentos y tratamientos indispensables para su rehabilitación.

Sin embargo, y más allá de los casos que pudieran presentarse, como se verá más adelante, una teoría que pretende que el derecho fundamental a la igualdad sea interpretado

¹⁴⁶ Al respecto, ver sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 26 de marzo del año 2002 en los autos rol N° 284-2002.

como un derecho de prestación que puede ser objeto de exigibilidad directa, no resulta razonable desde el punto de vista de una teoría constitucional que pretende ser respetuosa con las competencias del legislador democrático.

Asimismo, y más allá de lo anterior, desde el punto de vista interpretativo, no existen buenas razones para sostener que mientras las concreciones particulares del principio político de la igualdad material -los derechos sociales o de prestación- no han sido garantizadas por el constituyente a través de acciones o recursos procesales, un derecho genérico a las prestaciones como resulta ser el derecho a la igualdad material, sí pudiera gozar de tales garantías.

2.5. El mandato jurídico de Estado Social

Junto con la aparición de los derechos de prestación, el proyecto político del Estado Social logró la constitucionalización de la fórmula del Estado Social como un mandato dirigido al legislador¹⁴⁷. Así, por ejemplo, tanto la Constitución de Colombia de 1991 (artículo 1) como la Constitución de Venezuela de 1999 (artículo 2), siguiendo en términos idénticos la terminología de la Constitución alemana de 1949 (artículo 20,1) y de la Constitución española de 1978 (artículo 1), han concebido al Estado como un Estado Social y Democrático de Derecho¹⁴⁸. Asimismo, y aunque sin ocupar esta terminología, en otros ordenamientos este mandato fue también consagrado a nivel constitucional. Así, existen diversas Constituciones que tienen como objetivo constitucional la realización de programas de contenido social. Manifestación de lo anterior es la Constitución italiana de 1947, la Constitución de Portugal de 1976, la Constitución brasileña de 1988 o la sudafricana de 1996.

En la misma senda, la CPR de 1980 consagra dentro de las *Bases de la Institucionalidad*, específicamente en el artículo 1 inciso 4 CPR, un mandato de Estado Social. En efecto, si bien dicha disposición ha sido tradicionalmente interpretada por la doctrina constitucional chilena

¹⁴⁷ Como ha sostenido Ignacio de Otto, la asunción del Estado Social “se traduce al plano constitucional en la incorporación en las Constituciones de mandatos de intervención, de preceptos finalistas que, formulados de un modo u otro, pretenden señalar al Estado objetivos de política económica o social”. DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional*. Sistema de fuentes. Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1987, p. 42.

¹⁴⁸ Al respecto, ver BREWER-CARÍAS, Allan. *América Latina: retos para la Constitución del siglo XXI*. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires, Konrad - Adenauer - Stiftung A.C., 2000, pp. 13-33.

como una cláusula consagratoria del bien común, resulta indiscutible que en último término apunta a idénticos objetivos que el mandato o cláusula de Estado Social, común a diversas constituciones de sistemas jurídicos occidentales¹⁴⁹. En otros términos, cuando es la propia Constitución la que ordena que el Estado tiene como “finalidad promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, debe entenderse que se ha optado constitucionalmente por establecer un mandato de Estado Social de Derecho¹⁵⁰.

A pesar que este mandato ha sido consagrado como una finalidad del Estado, a que se encuentra dentro de las denominadas bases de la institucionalidad, y a que resulta ser una novedad respecto a la Constitución de 1925, la doctrina constitucional chilena prácticamente no se ha referido a los alcances normativos del mismo. Además, prácticamente no han existido intentos de asimilación entre esta cláusula de bien común y el mandato de Estado Social de Derecho que se encuentra en otros sistemas jurídicos occidentales.

Quizás lo anterior se deba a la carga peyorativa que políticamente se ha atribuido al rol del Estado en materia social desde la caída del gobierno de la Unidad Popular¹⁵¹. Pero si ello fuera así, significaría equiparar erróneamente un concepto constitucional, como es el Estado Social de Derecho, con un proyecto político determinado: el socialista.

¹⁴⁹ VERDUGO, *et. al.*, *op. cit.* en nota 11, pp. 112-113, se limitan a señalar respecto a esta disposición que ella implica “una concepción instrumental del Estado; éste no es un fin en sí mismo, sino que es un medio, un instrumento que tiene como fundamento favorecer el desarrollo integral de los seres humanos. Esta concepción está indisolublemente unida al fin que el Estado debe lograr, que no es otro que el bien común”. José Luis Cea, por su parte, al comentar el contenido del artículo 1 inciso 4 CPR, acentúa el carácter social del Estado, al señalar que “es una institución creada o establecida por las personas para satisfacer sus necesidades y aspiraciones colectivas [...] Servir a la persona humana es un deber trascendental, de ejecución permanente e interminable dentro del cual se hallan la multitud de funciones y cometidos que, siguiendo el principio de solidaridad, corresponden al Estado como asociación para el gobierno de la comunidad política”. Ver CEA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, p. 186.

¹⁵⁰ Como ha señalado BENDA, *op. cit.* en nota 93, p. 557 “[e]l Estado social ha sido descrito de forma lapidaria, y a la vez en el más amplio de los sentidos, como el Estado orientado al bien común”.

¹⁵¹ Esta carga peyorativa aparece de manifiesto, por ejemplo, en CEA, *op. cit.*, en nota 149, p. 205, cuando señala que “al formular este planteamiento en torno a los derechos sociales, no se pretende retrotraer el curso histórico de Chile al Estado de Bienestar, providente de servicios y bienes, con descalabro financiero y sin sacrificio, sometido a las fuerzas por lo común corporativas, con capacidad de presionarlo y tensionarlo. En ese Estado, debe reconocerse que su aparato burocrático, controlado por los partidos, se hizo del sistema social entero, no siempre para servirlo”.

El motivo por el cual el paradigma del Estado Social *no* implica necesariamente un proyecto socialista propiamente tal, se debe a que si bien un Estado de Derecho que ha evolucionado hacia un Estado Social tiene como uno de sus objetivos constitucionales el aseguramiento de mejores condiciones de vida para aquellos más desfavorecidos y sus políticas públicas se encuentran dirigidas a asegurar una justicia distributiva que permita ciertos niveles de igualdad material, por regla general asegura también en términos constitucionales una serie de derechos que son propios de la tradición liberal y que se estructuran como derechos individuales de defensa. Como ya se ha señalado en otras oportunidades, ello se debe a que el Estado Social de Derecho, lejos de suponer la desaparición de todas las consecuencias normativas del Estado Liberal, implica más bien, un acoplamiento estructural con el mismo¹⁵².

Precisamente debido al hecho que el Estado Social no puede tener idéntico contenido a un Estado socialista, es que existen diversas tesis interpretativas acerca de lo que implica el mandato de Estado Social. Algunas de ellas se acercan más a una concepción socialista del Estado y otras, por el contrario, a una concepción liberal-igualitaria. Así, por ejemplo, uno puede encontrarse con que el mandato de Estado Social ha sido entendido como un mandato para dar prioridad a los intereses de los estratos bajos y de los grupos especialmente desventajados; como un mandato a hacer más plena y real la libertad individual a través del otorgamiento de condiciones materiales; o como un mandato que ordena servir a la comunidad toda, y a poner énfasis en el interés o el bien de la comunidad, como la hace la Constitución chilena.

Como ha señalado BENDA, estas diferencias de interpretación, lejos de implicar un antagonismo irreconciliable, demuestran que en definitiva todas estas interpretaciones acerca de la cláusula del Estado Social -al igual como sucede con los derechos sociales-, tienen como punto de partida una posición que ve una particular relación entre el individuo y la comunidad¹⁵³, y en que el principio de igualdad material aparece como objetivo político central.

¹⁵² En este mismo sentido, BENDA, *op. cit.* en nota 93, p. 526, ha señalado que al hablar de Estado Social de Derecho, “no cabe pensar en un Estado de Derecho preocupado prioritariamente por garantizar la libertad individual, pero que se ve obstaculizado para satisfacer tal tarea por el deber adicional de ser social. Pero tampoco se quiere un Estado del Bienestar o providencia con dificultades para desplegarse plenamente por tropezar con los límites que comporta la protección de la libertad individual. No se trata de un Estado social incompleto debido a la garantía de Estado de Derecho, o inversamente, de un Estado de Derecho incompleto por mor del mandato de Estado social”.

¹⁵³ Al respecto, ver BENDA, *id.* p. 524.

De todos modos, las indefiniciones de la doctrina chilena respecto a la cláusula de Estado Social están, en buena medida, justificadas por el hecho de que la adopción del mandato de estado social en la Constitución resulta ser una cuestión del todo novedosa en nuestra historia constitucional, dado que la Constitución de 1925, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 9 CPR 1925, se limitaba a consagrar sólo un sistema democrático y republicano. Así, el desafío de interpretar qué es lo que en términos constitucionales quiere decir que el Estado chileno sea un Estado Social, no tiene más de 30 años, y hasta el día de hoy no ha sido superado y analizado con la debida atención. Así, la doctrina chilena no ha realizado mayores intentos por otorgarle un contenido a dicha cláusula. Lo mismo ha sucedido con la jurisprudencia, la que se ha limitado a ocuparla como una fórmula retórica, sin precisar cuáles son los alcances e implicancias de la misma en conflictos jurídicos concretos¹⁵⁴.

Las consecuencias de ello no son menores. Sólo por citar un ejemplo, y como ya se ha sugerido, no haberse tomado en serio la cláusula del Estado Social, ha producido que muchas pretensiones relativas a la igualdad material busquen sustento dogmático en interpretaciones más amplias de otros derechos fundamentales, al precio de deformarlos y de entenderlos como garantías de todo cuanto resulta socialmente relevante y de aumentar las expectativas respecto a lo que ellos pueden, en definitiva, asegurar. Porque lo cierto es que más allá de que la cláusula o mandato de Estado Social sea una manifestación de un triunfo político de quienes defendían reivindicaciones de carácter social, lo cierto es que dicho mandato tiene tanto efectos políticos como jurídicos que deben ser tomados en serio.

En primer lugar, el mandato de Estado Social debe entenderse como un principio de legitimación del Estado. En este sentido, la legitimidad del aparato estatal no sólo descansa en el aseguramiento, mediante la coacción si es que es necesario, de la seguridad, propiedad y demás bienes individuales de los ciudadanos. Por el contrario, en virtud de un Estado que se autodefine constitucionalmente como un Estado Social, la legitimidad del mismo descansa en que además pueda asegurar a la ciudadanía, ciertos niveles mínimos en sus condiciones materiales de

¹⁵⁴ Mientras la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago ocupan el concepto de Estado de Social, Democrático y Constitucional de Derecho en algunos de sus fallos, (ver a modo meramente ejemplar el ingreso N° 1.112-2004 para el caso de la Corte Suprema y el N° 3.175-2002 para el caso de la Corte de Apelaciones de Santiago) y la Corte de Apelaciones de San Miguel habla del Estado Social y Democrático de Derecho (ver ingreso N° 632-1999), jamás se sugiere una tesis interpretativa respecto de las implicancias de dichas formas de entender al Estado.

existencia. Es por esto que no debe extrañar que en el sistema jurídico chileno la consagración del mandato de Estado Social se encuentre dentro de las *Bases de la Institucionalidad* de la Constitución, junto con el principio democrático (art. 4 CPR), el de soberanía nacional (art. 5 CPR) y el principio de legalidad de la actuación de los órganos del Estado (arts. 6 y 7 CPR).

En segundo lugar, la cláusula de Estado Social constituye un mandato al legislador y a la Administración para la configuración de las políticas destinadas al mejoramiento de las condiciones de vida de los más desprotegidos desde un punto de vista social, con lo cual la libertad de fines de los órganos políticos queda hasta cierto punto constreñida por los objetivos que subyacen a tal mandato¹⁵⁵. En otras palabras, en la medida de su reconocimiento constitucional, el contenido de la cláusula de estado social debiera adquirir preeminencia dentro de la deliberación política, frente a otros objetivos de naturaleza estrictamente legal o impuestos por la Administración.

En tercer lugar, el mandato de Estado Social puede llegar a tener un valor relevante en el control de constitucionalidad de la ley en los términos en que el mismo será entendido en el capítulo final. En este sentido, el mandato de Estado Social puede llegar a servir como un parámetro de constitucionalidad y llegar a convertirse en una razón suficiente para que el TC inicie el control respecto de una ley que, por ejemplo, acrecentara las diferencias sociales o supusiera una regresión injustificada de las políticas destinadas a proteger a quienes se encuentran socialmente más desventajados.

Asimismo, el mandato de Estado Social puede servir como fundamento normativo para sustentar constitucionalmente todas aquellas políticas destinadas a favorecer o privilegiar a los sectores más necesitados de la sociedad y a asegurarles una participación en los bienes materiales que les permiten una existencia digna, actuando como un contrapeso frente a todos aquellos derechos fundamentales de raigambre estrictamente individualista existentes en la Constitución. Así, la cláusula de Estado Social puede ser el sustento constitucional tanto para

¹⁵⁵ Al respecto, ver BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 29, pp. 80-81.

Como ha señalado BENDA, *op. cit.* en nota 93, p. 521, la jurisprudencia constitucional alemana entendió desde un principio que corresponde primordialmente al legislador hacer lo esencial para la realización del Estado Social.

que el legislador promueva como para que el TC corrobore políticas tales como las acciones afirmativas o las denominadas discriminaciones positivas, frente a un derecho fundamental a la igualdad entendido exclusivamente en términos negativos. Manifestación de aquello es que el Tribunal Constitucional español ha señalado que,

El art. 9.2 [que consagra el mandato de estado social] puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material¹⁵⁶.

En el mismo sentido, bajo la concepción del control constitucional que será defendida más adelante, el TC, en defensa de los postulados del Estado Social, debería poder solicitar cuenta al legislador respecto a la implementación de políticas sociales, sugerir plazos razonables para su puesta en marcha, realizar recomendaciones en cuanto a la necesidad de hacer frente a determinados conflictos sociales o de rediscutir aquellas políticas que han otorgado privilegios insuficientes, o requerir al legislador que informe sobre cómo se están empleando los recursos para cubrir las necesidades que exige satisfacer el mandato de Estado Social y los derechos sociales¹⁵⁷.

Como se puede apreciar, este tipo de medidas no sustraen de las competencias del legislador el decidir finalmente la oportunidad, mérito y forma de implementación de las políticas destinadas a los más desventajados. No obstante, contribuyen a que los miembros del TC participen en el debate público en defensa de los intereses sociales de los ciudadanos.

Finalmente, y tal como ya se ha señalado a propósito de la pretensión de interpretación de la igualdad material como un derecho de prestación, cabe considerar que no obstante los diversos efectos que se pueden derivar del mandato de Estado Social, ello no significa que además de dicho mandato puedan extraerse interpretativamente derechos que resulten directamente exigibles vía jurisdiccional¹⁵⁸. Como se verá en lo que sigue, una tesis como

¹⁵⁶ STC 98/1985, FJ 9.

¹⁵⁷ En este sentido, ver PISARELLO, *op. cit.* en nota 57, pp. 93 y ss.

¹⁵⁸ Tal como lo ha señalado Helmut Simon, este criterio ha sido el sostenido por la Corte Constitucional Federal de Alemania, que ha señalado que “[e]s subyacente a este razonamiento la idea de que la regulación de la política

aquella no sólo haría superflua la especialidad del legislador democrático en lo que dice relación con el establecimiento e implementación de las políticas sociales¹⁵⁹, sino que haría redundante los derechos de prestación que, por expresa limitación constitucional, no se encuentran garantizados jurisdiccionalmente.

3. Sobre la exigibilidad de prestaciones en el Estado Social de Derecho

Como se señaló con anterioridad, una de las manifestaciones típicas del Estado Social de Derecho fue la consagración de derechos sociales que, por regla general y a diferencia de los clásicos derechos de libertad, se estructuraron como derechos de prestación.

Una de las particularidades de este tipo de derechos, a diferencia de lo que ocurre con los denominados derechos de defensa, es que generalmente carecen de mecanismos que permitan a sus titulares exigir su cumplimiento directamente vía jurisdiccional. Así sucede también dentro del sistema jurídico chileno. Es así como el derecho a la protección de la salud (art. 19 N° 9 CPR), el derecho a la educación (art. 19 N° 10 CPR), o el derecho a la seguridad social (art. 19 N° 18 CPR) no se encuentran tutelados mediante la acción constitucional de protección (art. 20 CPR).

Esta opción del constituyente cada vez es objeto de mayores críticas por parte de la doctrina constitucional chilena, siguiendo con ello la tendencia propia de la doctrina comparada y de la jurisprudencia constitucional –sobre todo, latinoamericana-. En efecto, más allá de la consagración de esta nueva generación de derechos en los textos constitucionales, sus defensores además han pretendido dotarlos de garantías que hagan posible su exigibilidad ante los tribunales de justicia, de modo que los individuos cuenten con acciones frente a las omisiones en que incurra tanto el legislador como la Administración. Así, actualmente se puede percibir un

económica y social corresponde al ámbito legislativo (BVerGE 50, 190 [338]) y que los avances jurídicos en este ámbito deben conquistarse ante todo en el terreno político, siendo que rara vez pueden ser obtenidos por la vía de la justicia”. Ver SIMON, Helmut. Los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de derecho. En: THESING, Josef (comp.). Estado de Derecho y democracia. Buenos Aires, Konrad – Adenauer - Stiftung A.C., 1999, p. 195.

¹⁵⁹ En este mismo sentido, BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 19, p. 38, ha señalado que del mandato de estado social “no puede derivarse ningún derecho o institución que vincule constitucionalmente de forma directa –es decir, sin *interpositio legislatoris*-. El principio del Estado Social necesita que su contenido sea precisado por el legislador y la Administración y, en esa tarea, ambos están sujetos a las garantías constitucionales del Estado de Derecho”.

movimiento que exige que todos los derechos sociales, sin distinción, gocen de “técnicas de defensa y de justiciabilidad parangonables a las aportadas por las *garantías liberales o negativas* para la tutela de los derechos de libertad”¹⁶⁰. De lo contrario –se sostiene– los derechos sociales no tendrían el carácter de derechos fundamentales propiamente tales o, al menos, no serían *derechos plenos*¹⁶¹.

En este sentido, parte de la doctrina constitucional contemporánea no ha hecho más que reaccionar contra aquella concepción que entendía los derechos sociales como meras *directivas u objetivos programáticos* que se encuentran dirigidos al legislador, con el fin que éste los desarrolle y los considere a efectos de ser traducidos en leyes ordinarias. Frente a esta concepción, se denuncia que ella no sólo niega que los derechos sociales puedan ser exigidos directamente por la vía jurisdiccional, sino que además deja al legislador al margen de cualquier obligación concreta y le otorga una discrecionalidad absoluta respecto a su cumplimiento, lo que precisamente contradice aquella concepción de los derechos fundamentales como cartas de triunfo frente a las imposiciones de la mayoría¹⁶².

En este sentido, y desde una perspectiva crítica, se sostiene que aquellas concepciones que niegan mecanismo de exigibilidad para los derechos sociales no son más que una demostración de la incapacidad de superar los límites impuestos por el Estado Liberal de Derecho, así como de un “retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal”¹⁶³.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, *op. cit.* en nota 39, p. 64.

¹⁶¹ En este último sentido, ABRAMOVICH y COURTIS, *op. cit.* en nota 109, p. 37, han sostenido que “[s]i bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en diversas constituciones y –en el plano internacional– en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho”.

¹⁶² En este sentido, y a modo meramente ejemplar, ver ABRAMOVICH y COURTIS, *id.*; FERRAJOLI, *op. cit.* en nota 39, BALDASARRE, *op. cit.* en nota 56; y PISARELLO, *op. cit.* en nota 104. Este último, señala que “[p]recisamente unos de los rasgos que caracteriza un derecho subjetivo es la posibilidad de dirigir un reclamo –que puede denominarse demanda, denuncia o queja– para que una autoridad independiente –habitualmente un juez– haga cumplir la obligación o imponga reparaciones o sanciones por su incumplimiento. Este rasgo se denomina justiciabilidad o exigibilidad judicial, y supone una técnica de garantía del cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del derecho de que se trate”.

¹⁶³ FERRAJOLI, *op. cit.* en nota 39, p. 30.

Por cierto, y sin ir más lejos, en este contexto parece situarse también la propuesta de reforma constitucional que sugirió Eduardo Frei Ruiz-Tagle como parte de su programa para las elecciones presidenciales del año 2009. Mediante ella se pretendía un reforzamiento en las garantías de los derechos sociales, precisamente por cuanto se denuncia que los mismos no pueden quedar reducidos a meras aspiraciones programáticas. En concreto, a propósito de la denominada “Constitución para el Bicentenario” se sostuvo que:

Se propone reforzar la protección, la promoción y la garantía de los derechos sociales y económicos, tales como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la sindicalización que están en proceso de reformulación por la vía de la interpretación y de la reforma constitucional para terminar con la concepción que sólo ve en la protección de la propiedad el único fin del sistema de derechos de nuestra carta fundamental. Porque en una sociedad con tantos problemas de distribución, de igualdad, y de acceso a una libertad efectiva de las personas, los derechos económicos y sociales, ya mencionados no pueden ser desestimados, ni considerados como si fuesen aspiraciones programáticas ideales o juegos de palabras, sino que deben tener protección efectiva y formar parte central de nuestro sistema constitucional. Todo lo anterior implica revisar las acciones constitucionales de protección, de amparo, de amparo económico etc. y ver de qué modo estas dan verdadero acceso a los derechos fundamentales, particularmente respecto de los derechos sociales y económicos de los ciudadanos chilenos de a pie¹⁶⁴.

En suma, y con el fin que los derechos sociales de la Constitución chilena dejen de ser considerados meros programas dirigidos al legislador, lo que se pretende es tutelarlos mediante las acciones y garantías que el propio constituyente ha establecido para la protección de los derechos civiles y políticos o los denominados derechos fundamentales de libertad. Así, y más allá de la exigibilidad política, lo que se pretende es que el Derecho asegure a los individuos la posibilidad de acudir directamente a los tribunales de justicia ante las infracciones y omisiones en que incurran los demás órganos del Estado en la satisfacción de sus derechos.

¹⁶⁴ Al respecto, ver RUIZ TAGLE, Pablo. La Constitución del Bicentenario. [en línea] <http://www.pabloruiz-tagle.cl/blog/2008/12/03/la-constitucion-del-bicentenario-propuesta-de-reforma-constitucional-del-senador-eduardo-frei-en-la-comision-especial-sobre-regimen-politico-de-la-camara-de-diputados-de-la-republica-de-chile-3-de-d/> [consulta: 25 de diciembre de 2009].

Como ha sostenido ATRIA, detrás de este *movimiento* por dotar de exigibilidad a los derechos sociales –que en palabras de MICHELON, se ha tornado en la nueva ortodoxia del constitucionalismo Latinoamericano¹⁶⁵- queda en evidencia el consenso relativo a que los derechos son tales sólo en la medida en que se cumple con la fórmula *Ubi Ius Ibi Remedium*: donde hay derecho hay acción¹⁶⁶. En efecto, como se puede apreciar a partir de lo sostenido, esta concepción de los derechos, que como ya se ha señalado con anterioridad¹⁶⁷, resulta tributaria de la concepción del derecho subjetivo de KELSEN, se viene imponiendo cada vez con más fuerza dentro de la teoría constitucional contemporánea. Ello a pesar que como se sostuvo en el capítulo II, esta concepción pierde de vista que la consagración de derechos en los textos constitucionales tiene un valor que va más allá de la mera exigibilidad judicial¹⁶⁸.

¹⁶⁵ MICHELON, Claudio. Introducción: derechos sociales y la dignidad de la igualdad. [en línea] Discusiones, N° 4, 2004, p. 9, <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01316120833915845867680/015569.pdf?incr=1>> [consulta: 11 octubre 2009].

¹⁶⁶ ATRIA, Fernando. Ubi ius, ibi remedium?, la relevancia jurídica de los derechos humanos. Revista de Estudios de la Justicia, N° 3, 2003b, pp. 35-47. En este trabajo, Atria realiza una crítica al consenso existente sobre el modo de entender a los derechos humanos, en cuanto hoy parece pacífico el hecho que si se reconoce la importancia fundamental de los derechos humanos, necesariamente debe reconocérseles eficacia jurídica directa. Así, según Atria, los abogados han asumido que “*Ubi ius ibi remedium*: donde hay derecho hay acción. Sólo si hay eficacia jurídica directa de los derechos humanos podemos decir que [...] son reconocidos en una comunidad política determinada”.

En un sentido semejante, Aldunate ha señalado que “el concepto del constitucionalismo moderno vincula a tal punto la idea del derecho reconocido con la necesidad de su protección que, y aun cuando se predique a nivel de derechos humanos como innato y natural, si en un ordenamiento jurídico un derecho no tiene reconocimiento o, si teniendo reconocimiento carece de alguna vía para obtener su protección, se puede llegar a discutir su carácter de tal derecho”. Al respecto, ALDUNATE, Eduardo, Derechos fundamentales, Santiago, LegalPublishing, 2008, p. 79.

¹⁶⁷ Al respecto, ver capítulo II, apartado 1.1.

¹⁶⁸ En este sentido, se señaló que el lenguaje de los derechos tiene un potencial simbólico y un efecto político relevante en relación a los planes y programas que, de acuerdo a ellos, debe trazar el legislador. En este sentido, Ferreres ha señalado que la Constitución, “[a]l expresar los derechos de modo solemne, recuerda a los miembros de la comunidad política la especial importancia que tienen esos derechos para asegurar a todas las personas una vida mínimamente digna. Al hacer visibles estos elementos básicos de la dignidad, empuja a los representantes a preguntarse si las leyes que proponen están realmente en consonancia con ellos. La Constitución trata de reforzar una cultura pública en la que los derechos generalmente aceptados como fundamentales son tomados en serio en la deliberación colectiva”. Ver FERRERES, Víctor, Una defensa de la rigidez constitucional. [en línea] Doxa, N° 23, 2000, pp. 36-37, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_02.pdf> [consulta: 08 octubre 2009].

Asimismo, se sostuvo que los derechos, aún sin estar dotados de acciones para su exigibilidad vía jurisdiccional, pueden contar como razones a ser tenidas especialmente en consideración tanto para la interpretación conforme de la Constitución como en el control de constitucionalidad de la ley que desarrolla el TC –al menos bajo los términos en que este tipo de control será defendido en el capítulo final-.

Ahora bien, en el caso del sistema jurídico chileno, bien podría señalarse que cualquier discusión respecto a la exigibilidad vía judicial de los derechos sociales resulta irrelevante en atención al claro tenor literal del artículo 20 CPR. Y ello por cuanto dicha disposición establece de manera clara e inequívoca cuáles derechos resultan exigibles y cuáles no. No obstante, el análisis no sólo sigue siendo relevante desde el punto de vista de teoría constitucional, sino que además desde el punto de vista político. Más aún cuando actualmente se sugiere una reforma constitucional en virtud de la cual se refuerce la protección de los derechos sociales, mediante una revisión de las acciones y garantías establecidas en la Constitución.

Asimismo, a pesar de la restricción que impone el artículo 20 CPR, la discusión relativa a la exigibilidad continúa siendo relevante en la medida que existe la posibilidad que los ciudadanos recurran de protección exigiendo prestaciones en virtud de derechos civiles o políticos o derechos típicos de la tradición liberal. En efecto, como se planteó con anterioridad, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales pueden estructurarse, indistintamente, como derechos de defensa o como derechos de prestación¹⁶⁹. En palabras de ABRAMOVICH y COURTIS, “existen niveles de obligaciones estatales que son comunes a ambas categorías de derechos”¹⁷⁰, de modo tal que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales encierran un conjunto de obligaciones que, para su cumplimiento, requieren de conductas tanto negativas como positivas de parte del Estado.

Así, puede ocurrir –y la práctica judicial lo confirma– que derechos clásicamente considerados como de defensa, bajo los presupuestos del Estado Social sean interpretados como derechos de prestación, exigiéndose a su respecto el cumplimiento de obligaciones de hacer. Asimismo, en ocasiones los derechos sociales pueden estructurarse como derechos de defensa que exigen para su cumplimiento un comportamiento negativo de parte del Estado. En este caso, se estará entonces frente a los denominados *derechos sociales de libertad*.

¹⁶⁹ En este sentido, PISARELLO, *op. cit.* en nota 104, p. 61, señala acertadamente que “[c]ontemplados en su faceta poliédrica, puede decirse que todos los derechos comportan, en realidad, un amplio abanico de obligaciones exigibles antes los poderes públicos: desde obligaciones negativas de *respeto*, hasta obligaciones positivas de promoción y satisfacción (...)”.

¹⁷⁰ ABRAMOVICH y COURTIS, *op. cit.* en nota 109, p. 20.

El hecho que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales encierran de manera simultánea un conjunto de obligaciones positivas y negativas es algo que tradicionalmente no ha sido considerado en la discusión relativa a la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Ello ha sido lo que ha llevado a parte de la doctrina constitucional a negar la exigibilidad judicial de *todos* los derechos sociales *per se*, pasando por alto que, dogmática y políticamente, las dificultades de la judicialización se presentan más bien respecto de los derechos de prestación. En efecto, es la particular estructura normativa de los derechos de prestación lo que dificulta la exigibilidad directa de los mismos mediante la vía jurisdiccional.

Como se dijo anteriormente, la particularidad de los derechos de prestación radica en que frente a ellos el sujeto pasivo se encuentra obligado a una acción positiva o a un deber de realización que, por lo general, no se encuentra constitucionalmente definido, existiendo un conjunto abierto de conductas debidas que pueden resultar conformes con la Constitución. Así, más allá de la *textura abierta* que resulta común a todos los derechos fundamentales, en el caso de los derechos de prestación existe un margen de indeterminación adicional a la que dice relación con el contenido del derecho.

En efecto, tratándose de derechos de defensa, una vez que se establece cuál es el contenido de algún derecho en particular, siempre el medio para satisfacer el derecho consistirá en la abstención de la conducta lesiva; en cambio, tratándose de un derecho de prestación, aún bajo la hipótesis que resultara posible determinar el contenido del derecho y se estableciera cuál es el fin u objetivo constitucional que se encuentra prescrito, en el caso concreto generalmente existen una serie de medios competitivos que pueden estimarse adecuados para la satisfacción del derecho o para cumplir con el fin dispuesto en la norma constitucional. Así, se origina la pregunta respecto de cuál de dichos medios, que en principio aparecen como igualmente legítimos desde el punto de vista constitucional, es el que debe implementarse en un caso determinado con el fin de dar cumplimiento a la pretensión deducida por el recurrente.

En este sentido, las normas sobre derechos de prestación se asimilan más bien a las denominadas *normas de programación final*, esto es, a aquel tipo de normas en que “ni se define el supuesto de hecho, *cuándo* hay que actuar, ni se prescribe el contenido de la acción, *qué* hay

que hacer, sino que tan solo se indica el *fin* que hay que perseguir”¹⁷¹. Manifestación inequívoca de este tipo de normas resulta ser aquella consagrada en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual dispone que:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto *se compromete a adoptar medidas*, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, *por todos los medios apropiados*, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (énfasis agregado).

Como se puede apreciar, el Pacto ordena que se adopten medidas, por todos los medios apropiados, con el fin de lograr la efectividad de los derechos que se reconocen en él. Sin embargo, deja un amplio margen de discrecionalidad respecto de cuáles son las medidas y medios que deben adoptarse con el objeto de alcanzar los fines establecidos en el Pacto. Por cierto, en los sistemas jurídicos nacionales ocurre exactamente idéntica situación respecto de los derechos de prestación establecidos en la Constitución, de modo tal que respecto a ellos los tribunales se encuentran con la misma indeterminación de medios con que se encuentra el Estado a nivel internacional. En definitiva, como ha sostenido BERNAL, “[l]a Constitución rara vez especifica cuál de estos medios debe ser adoptado por el legislador, ni la oportunidad en que deben ser llevados a la práctica, así como tampoco señala el grado en que los fines deben ser cumplidos: no determina si se pretende un grado máximo, medio o mínimo de satisfacción de las necesidades del individuo”¹⁷².

Esta amplitud de medios alternativos a través de los cuales puede cumplirse con las exigencias que subyacen a un derecho de prestación y las diversas interrogantes que deben resolverse antes de poder establecer una pretensión jurídica concreta, son ilustradas por BÖCKENFÖRDE a propósito del derecho a la vivienda, al formular las siguientes preguntas:

¹⁷¹ DE OTTO, *op. cit.* en nota 147, p. 43.

¹⁷² BERNAL, Carlos. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. [en línea] *Discusiones*, N° 4, 2004, p. 119, <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12937957558077187421624/015573.pdf?incr=1> [consulta: 22 de noviembre 2009].

¿De qué forma hay que realizar, por ejemplo, el derecho a la vivienda?, ¿mediante la construcción y distribución de viviendas construidas y mantenidas por el Estado?, ¿mediante una fijación estatal de precios de las viviendas? ¿o en el marco del mercado libre de viviendas a través de la concesión de subsidios de alquiler?; ¿con qué extensión hay que aplicar la responsabilidad propia y la prestación propia y qué tamaño o equitación de vivienda debe considerarse adecuado?; (...) ¿la provisión de la vivienda debe redundar en beneficio de todos los ciudadanos o sólo de los menos acomodados?”¹⁷³ (los signos de interrogación han sido agregados).

Por cierto, preguntas similares surgen respecto de los demás derechos de prestación. Así por ejemplo, tratándose del derecho a la educación, ¿qué sistema es el que permite la más plena realización del derecho? ¿Se requerirá de un sistema público universal con plena planificación presupuestaria por parte del Estado? ¿O, por el contrario, de un sistema que subsidie la demanda de los particulares por educación, manteniendo el sistema privado? Asimismo ¿cuáles serán los programas que deberán implementarse de modo de lograr el nivel más elevado de educación?, ¿y a quiénes deberán ir dirigidos preferentemente?

En el mismo sentido, preguntas aún más abstractas y abiertas son las que surgen a propósito de cuál es contenido y el modo de dar cumplimiento al mandato de Estado Social y a un derecho fundamental a la igualdad entendido en términos de bienestar o igualdad material (es decir, como el más genérico de los derechos de prestación).

Como se puede apreciar a partir de estas interrogantes, la cuestión de cómo dar cumplimiento a las exigencias que subyacen a los derechos de prestación, en último término, trae aparejada la pregunta de cómo es posible hacer efectiva la justicia distributiva dentro de una sociedad determinada. Si ello es así, aparece entonces el argumento decisivo para negar la exigibilidad judicial directa de los derechos de prestación: si de lo que se trata es de establecer y determinar las políticas de distribución que deberán regir en un sistema determinado, el órgano que cuenta con la legitimidad necesaria para ello resulta ser el legislador democrático y no los jueces.

¹⁷³ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 29, p. 77.

En efecto, como se sostuvo en la introducción de esta memoria, la determinación de los asuntos políticos y, por ende, de las cuestiones relativas a la distribución, deben ser dejadas al legislador en la medida que éste es el órgano del Estado que mejor conecta con las convicciones e intereses de los ciudadanos y el que permite de modo más claro que la ciudadanía pueda orientar la dirección de las políticas distributivas a través del voto. Asimismo, el que las decisiones relativas a la justicia distributiva sean adoptadas por el legislador, permite que todos aquellos que estiman que sus intereses fueron postergados en el proceso de distribución de los bienes, puedan hacer responder políticamente a sus representantes mediante la elección popular.

Pero es más. El legislador no sólo representa a aquel poder del Estado que cuenta con mayor legitimidad para la adopción de las políticas sociales y para la determinación de la distribución de los bienes, sino que además es aquel órgano del Estado que, junto con el Ejecutivo, posee la institucionalidad mejor preparada para la elaboración de dichas políticas. En el ámbito presupuestario, es el legislador el que cuenta con las comisiones de estudio y los órganos técnicos necesarios para elaborar un proyecto de ley de presupuestos o para aprobar aquel que le presente el ejecutivo, así como para determinar cuáles son las fuentes de recursos para atender los gastos que requieren las políticas que se pretenden implementar¹⁷⁴.

A diferencia del legislador, el juez, dada la especialidad de su cargo, no se encuentra preparado para responder cuál es el mejor nivel de prestaciones que debe otorgar el Estado para superar la pobreza, cuáles son las necesidades sociales más urgentes de atención, cuáles son las fuentes de recursos disponibles para hacer frente a dichas necesidades y cuál es el nivel de gasto que un Estado puede razonablemente asumir. Como ha señalado ROSENCRANTZ, citando a ACKERMAN, “los tribunales están muy lejos de poseer una tecnología perfecta de la justicia. Usualmente, los tribunales ignoran la manera en que la justicia puede satisfacerse en una escala social. Ello es así, en razón de que carecen del equipamiento institucional necesario para tratar con problemas de tan largo alcance y tanta dimensión como el problema de la pobreza en una sociedad. Los tribunales están habituados a la antinomia entre demandante y demandado y a su confrontación bipolar. Pero no son capaces de ver la situación macro, los intereses de todos

¹⁷⁴ En este mismo sentido, la Constitución chilena dispone en el artículo 67 CPR que el proyecto de Ley de Presupuestos deberá ser presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional y que éste no podrá aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto.

aquellos que no argumentan en dichos tribunales y, más generalmente, están incapacitados de ver la cantidad de cuestiones relacionadas y necesarias para la realización de la justicia económica en nuestras sociedades”¹⁷⁵.

En suma, resulta que la particular estructura de los derechos de prestación -que genera una indeterminación respecto de los medios constitucionalmente adecuados para satisfacer el contenido del derecho- termina siendo decisiva para concluir que quien debe tomar la decisión final relativa a cómo debe cumplirse con las exigencias que subyacen a este tipo de derechos, son los órganos de representación popular y no los jueces.

Por cierto, a nivel de casos concretos, muchos de ellos pueden presentarse perfectamente determinados en cuanto a la prestación que parece necesaria para la satisfacción del derecho subjetivo que se reclama. En términos de ABRAMOVICH y COURTIS, “en muchos supuestos, pese a que la conducta debida por el obligado no resulta específicamente reglada por un texto normativo, fácticamente sólo existe uno o un número limitado de cursos de acción determinables para el respeto, garantía o satisfacción del derecho de que se trate”¹⁷⁶.

Un supuesto de aquellos es el publicitado *caso Marcell*¹⁷⁷. En él, una mujer que padecía de cáncer interpuso un recurso de protección en contra del Hospital San Juan de Dios, Servicio de Salud Metropolitano Occidente, por estimar que, entre otros, se había vulnerado su derecho a la vida consagrado en el art. 19 N° 1 CPR. En virtud del recurso, se solicitaba a la Corte que ordenara al recurrido que se le proveyera gratuitamente del medicamento denominado “sutent” de 50 miligramos y demás medidas destinadas a la protección de sus derechos.

Como antecedente de hecho, la recurrente expuso que en el mes de junio del año 2007 se le diagnosticó cáncer al riñón, que posteriormente evolucionó a una metástasis,

¹⁷⁵ ROSENCRANTZ, Carlos. La pobreza, la ley y la Constitución. En: BULLARD, Alfredo y otros. El derecho como objeto e instrumento de transformación. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2002, p. 247.

¹⁷⁶ ABRAMOVICH y COURTIS, *op. cit.* en nota 109, p. 125.

¹⁷⁷ Al respecto, ver sentencia dictada con fecha 16 de diciembre de 2009 por la Corte Suprema en los autos sobre recurso de protección caratulados “Marcell Chacón Virginia Rosario con Hospital San Juan de Dios, Servicio de Salud Metropolitano Occidente”, rol N° 8513-2009, mediante la cual se revocó la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que acogía el recurso presentado.

prescribiéndosele como tratamiento farmacológico paliativo el compuesto “sutent” de 50 miligramos, durante 8 meses. El tratamiento tiene un costo mensual de \$3.895.552. Agrega que no contando con los recursos para obtenerlo, pues su pensión asciende sólo a \$140.839, solicitó auxilio extraordinario a la Unidad de Cáncer del Hospital recurrido, petición que fue rechazada con fecha 18 de junio de 2009.

Como se deduce de los hechos del presente caso, la acción o conducta debida por el Estado se encuentra suficientemente determinada, de modo tal que las posibles discusiones políticas y técnicas aparecen notablemente reducidas en el caso concreto. De hecho, es el propio servicio público el que ha determinado con suma precisión cuáles son las prestaciones adecuadas que deben proveerse al recurrente con el fin de paliar su enfermedad. Ello hace que en el caso concreto los jueces no deban asumir la tarea técnica de determinar cuál es el modo correcto o adecuado de satisfacer la pretensión de la recurrente. Así, desaparece a lo menos una de las dificultades que se plantean respecto de la exigibilidad de los derechos de prestación, al aparecer con precisión cuál es la conducta debida a efectos de que el derecho no resulte lesionado.

Desde este punto de vista, el caso parece sencillo, de modo tal que, en principio, parece razonable que el recurso deba ser acogido. No obstante, la exclusiva atención a las circunstancias del caso concreto hace que no se vea la dimensión distributiva que subyace a los derechos de prestación. En otras palabras y como señalaba ROSENCRANTZ, la sola atención a la dimensión demandante-demandado produce un ocultamiento de la situación macro y, por ende, de todos aquellos que no presentan su situación ante los tribunales de justicia.

Así, en el caso que se viene analizando, los jueces no tenían la posibilidad de determinar cuáles eran las consecuencias sobre terceros posibles beneficiarios que se podrían seguir del hecho de que se otorgara el tratamiento a la recurrente a través del Fondo de Auxilio Extraordinario. Tampoco eran capaces de saber en qué medida un aumento presupuestario en dicho fondo, eventualmente podría afectar otros programas de salud o, inclusive, otro tipo de políticas distributivas impulsadas por el Estado. Sencillamente, todas estas otras dimensiones permanecían ocultas para los jueces que conocieron de la causa.

Sin embargo, el problema es que aún cuando en los casos concretos este tipo de consideraciones permanecen ocultas para el adjudicador, terminan siendo igualmente afectadas por las decisiones que los jueces puedan adoptar conociendo de una acción tendiente a la exigibilidad de los derechos. Así, cuando los jueces adjudican en casos concretos otorgando prestaciones, inequívocamente terminan interviniendo en problemas distributivos de mayor escala, que escapan al asunto que ha sido sometido a su decisión. Y así, en definitiva, los jueces terminan de todos modos interviniendo en la esfera política, afectando las estrategias sociales que previamente han sido diseñadas por aquellos órganos que sí pudieron tener en consideración la multiplicidad de intereses competitivos que están involucrados en los asuntos distributivos.

En razón de lo anterior, los llamados a mayores garantías y acciones en materia de derechos de prestación, deben ser escuchados con reserva, ya que si bien la preocupación por los más desventajados desde un punto de vista social debiera ser una de las prioridades fundamentales dentro de un Estado de Derecho, es importante también que las decisiones relativas a ello sean adoptadas en el proceso de deliberación que llevan a cabo los órganos representativos. Las razones de ello ya han sido expuestas anteriormente.

Por otra parte, no debe perderse de vista que si lo que se pretende es robustecer un discurso igualitario de modo que, como ha dicho COHEN, “a las personas les importe y, cuando sea necesario y posible, se preocupen por la suerte de los demás”¹⁷⁸, el lenguaje de los derechos y de la subsecuente exigibilidad jurisdiccional no es el más adecuado. Y ello porque como lo ha manifestado ATRIA, mediante acciones judiciales, “[I]o que llega al tribunal no es un derecho social, no *puede ser* un derecho social, sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de ésta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa de los demás”¹⁷⁹.

En suma, si tal como se señalaba a propósito de la denominada “Constitución para el Bicentenario”, el diagnóstico es que nos encontramos frente a una sociedad con tantos problemas

¹⁷⁸ COHEN, Gerald. ¿Por qué no el socialismo? En: GARGARELLA, Roberto y OVEJERO, Félix. Razones para el socialismo. Barcelona, Editorial Paidós, 2001, p. 72.

¹⁷⁹ ATRIA, ¿Existen derechos sociales? [en línea] Discusiones, N° 4, 2004, p. 46, <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>> [consulta: 12 octubre 2009].

de distribución, de igualdad y de acceso a una libertad efectiva de las personas, antes que revisar las limitaciones de las acciones constitucionales, lo que se requiere es fortalecer un debate público enfocado en los más desaventajados, de modo tal que dentro del juego democrático, se adopten y desarrollen políticas más inclusivas destinadas a hacer efectivo el principio de igualdad material propio del Estado Social.

Capítulo IV. El Estado Constitucional de Derecho

Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir en todos los ámbitos del Derecho como decisión constitucional fundamental; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Así influye evidentemente también en el derecho civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él, todas deben ser interpretadas en su espíritu.
TCFA, sentencia dictada en el “caso Lüth”¹⁸⁰

En el capítulo II de esta memoria se identificaron algunos de los presupuestos bajo los cuales se estructuró el Estado de Derecho y que permitieron concebirlo, tradicionalmente, como un Estado liberal. Posteriormente, en el capítulo III, se señaló cuáles fueron las transformaciones que operaron durante el transcurso del siglo XIX y especialmente desde mediados del siglo XX, en relación a dichos presupuestos y en virtud de las cuales se puede afirmar que los Estados contemporáneos se estructuran, por regla general, como Estados Sociales de Derecho.

Sin embargo, existe una transformación adicional en los presupuestos bajo los que se estructuró originalmente el Estado de Derecho a la que aún no se ha hecho referencia, que resulta más radical y produce mayores implicancias para la totalidad del sistema jurídico que aquella que supone un vuelco hacia la socialización. Dicha transformación dice relación con la pérdida de la preponderancia del legislador dentro del sistema de fuentes y con una crisis general del legalismo o legicentrismo típico del siglo XIX.

En efecto, como se señaló en el capítulo II, el mecanismo fundamental mediante el cual el Estado de Derecho pretendió limitar al poder político y establecer derechos y garantías para

¹⁸⁰ BverfGE 7, 198/205. Al respecto, se ha seguido la traducción existente en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental. En su: Escritos sobre Derechos Fundamentales. Germany, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993b, p. 106. Sobre los antecedentes del caso, ver nota 236.

los ciudadanos, consistió en la creación de normas jurídicas cuyo establecimiento correspondía, de manera preponderante, al legislador democráticamente elegido por el pueblo o nación; en otras palabras, la actuación y la producción normativa del Estado se encontraba estrictamente condicionada por el principio de legalidad. En este sentido, se señaló también que en los orígenes del moderno Estado de Derecho, la ley cumplía el rol de garantía frente a la arbitrariedad y la opresión, en tanto la Administración sólo podía actuar por mandato de la ley y por cuanto a falta de ésta, existía un ámbito ilimitado de libertad de los individuos. De ese modo, el carácter formal del Estado conectaba con las pretensiones liberales que subyacían a la ideología bajo la cual se estructuró el Estado Derecho durante el siglo XIX.

No obstante, y como se verá con detención en lo que sigue, desde la creación de los primeros Tribunales Constitucionales en los sistemas jurídicos de la tradición continental y sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, el lugar central que ocupaba la ley en la garantía de los derechos y su primordial importancia dentro del sistema de fuentes comenzó a ser relativizada por normas jerárquicamente superiores –las normas constitucionales– que comenzaron a ser garantizadas por órganos con competencias especialmente establecidas al efecto con el fin de custodiar la sujeción y adecuación de la norma legal a los dictados del constituyente.

Producto de esta evolución y de una serie de transformaciones adicionales que resultan como consecuencia de la preponderancia que adquiere la Constitución dentro del sistema de fuentes, actualmente se ha vuelto común señalar que el Estado de Derecho se ha configurado como un Estado Constitucional, esto es, como un Estado en que la principal limitación al poder político está configurada por las normas constitucionales, las cuales, en su condición de *valores* superiores del ordenamiento, *irradian* a la totalidad del sistema jurídico.

Teniendo en consideración lo expuesto, este capítulo tiene por objetivo describir y analizar este cambio radical dentro del sistema de fuentes y reconocer sus causas; identificar cuáles son las consecuencias del mismo señalando qué es lo que supone que un Estado de Derecho se conciba como un Estado Constitucional; y, finalmente, mostrar que la tendencia a una defensa irrestricta del paradigma del Estado Constitucional en un sentido fuerte del término puede provocar consecuencias no deseadas para un sistema jurídico que pretenda ser respetuoso

de la distribución de competencias y de la regla de mayoría, pudiendo incluso poner en grave riesgo aquel valor que ha resultado esencial en la configuración y estructuración del Estado de Derecho: la libertad.

1. La crisis del legicentrismo y el surgimiento del paradigma neoconstitucionalista¹⁸¹

Como se ha sostenido a lo largo de esta memoria, una de las pretensiones de quienes estructuraron y dieron forma al Estado de Derecho decimonónico fue hacer frente a las arbitrariedades típicas del soberano del antiguo régimen. Para cumplir tal objetivo, las formas y procedimientos establecidos por parte del legislador democrático resultaron esenciales. Así, el imperio de los hombres o de la fuerza fue reemplazado por el imperio de la ley, en virtud del cual se entendía que los actos de autoridad de la Administración se encontraban condicionados por las disposiciones estatuidas por parte del legislador. Con estas limitaciones de que era objeto la Administración, como también ha sido señalado, se pretendía asegurar ámbitos de libertad frente a la coacción del Estado. En palabras de SCHMITT:

La burguesía trataba de preservarse de invasiones en la libertad personal y propiedad privada, y planteó, como cosa del Estado de Derecho, la exigencia de que tales invasiones sólo pudieran verificarse «a base de una Ley». Ley era, en este sentido, la cooperación de la Representación popular, de la representación de los afectados por la invasión de que se tratase. Al contrario, una *Ordenanza* emitida por el Rey solo (...) no será considerada como Ley¹⁸².

Ahora bien, no obstante que el principio de legalidad y la consecuente sujeción y adecuación de la Administración a los dictados del legislador era uno de los elementos identificadores del Estado de Derecho, existían también otros principios políticos adicionales que, desde la época de las revoluciones, guiaron su institucionalización. En efecto, como se

¹⁸¹ El término neoconstitucionalismo, como ha sostenido Pozzolo, hace referencia a una teoría del derecho que se caracteriza por ser constitucionalista y anti-positivista. En términos de POZZOLO, *op. cit.* en nota 6, p. 189, “el neoconstitucionalismo propone un cierto modelo teórico para la explicación y descripción del Derecho del Estado constitucional, caracterizado por negar la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre el Derecho y moral”. En términos similares, Mauro Barberis señala que el rasgo distintivo del neoconstitucionalismo es “la idea de que el Derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos”. Ver BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, p. 260.

¹⁸² SCHMITT, *op. cit.* en nota 24, p. 157.

sostuvo con anterioridad, en la conformación del moderno Estado de Derecho fueron considerados de manera preponderante principios como el de la democracia como forma de gobierno, la representación popular, la separación de poderes y el de la libertad ilimitada en principio del ciudadano, frente a la libertad limitada en principio de la Administración. En otras palabras, tras la noción «Estado de Derecho», coexistían una serie de principios políticos que operaban como fórmulas de legitimación del mismo y, por lo demás, le otorgaban un contenido que iba mucho más allá de la mera procedimentalidad del Derecho como forma de aseguramiento contra la arbitrariedad.

No obstante, según una descripción que hoy ya resulta clásica, producto de la conexión de la teoría del Estado con el positivismo jurídico, en algunos sistemas jurídicos occidentales, la noción «Estado de Derecho» adquiere un carácter estrictamente formal, con prescindencia de cualquier apelación a valores trascendentes o principios políticos de legitimación. En otras palabras, pierde o se elimina su referencia a ciertos principios formales (como el de separación de poderes y el de representación popular) y materiales (como el aseguramiento de la libertad del individuo como fin último del Estado) y se establece un modelo de Estado de Derecho que se identifica como tal por el solo hecho de la adecuación de la Administración a la norma legal como garantía frente a la arbitrariedad¹⁸³.

Adicionalmente, bajo esta concepción formal o legalista del Estado de Derecho, influida por la teoría del positivismo jurídico, se sostiene que una norma jurídica existe y es válida en la medida que ha sido dictada por parte de los órganos del Estado dotados de competencia para la producción normativa, cumpliendo con los criterios procedimentales de validez que implica el proceso de formación de la norma jurídica¹⁸⁴. En suma, bajo estos presupuestos, la norma jurídica resulta válida con absoluta independencia del contenido de la misma, o de si la norma

¹⁸³ Según BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 19, p. 30, bajo los presupuestos del positivismo jurídico, “el «imperio de la ley» como garantía de la libertad civil pervive en este concepto del Estado de Derecho; se concentra en (y se reduce a) la «legalidad de la Administración», que, junto a su garantía judicial, se convierte en el contenido específico del Estado de Derecho”.

¹⁸⁴ En este sentido, Luigi Ferrajoli, caracterizando al Estado de Derecho formal, ha señalado que éste no es más que “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados por las *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos”. Ver FERRAJOLI, *op. cit.* en nota 60, p. 13.

Por su parte, SCHMITT, *op. cit.* en nota 24, p. 153, definiendo el concepto de ley, desde un punto de vista formal, ha señalado que ella “es lo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito”.

puede ser considerada justa o no, produciéndose entonces una evidente diferenciación funcional entre el sistema jurídico y el sistema moral. En concreto, y como ha señalado BÖCKENFÖRDE se produce un “vaciado de contenido”, y una “formalización del concepto de ley, donde la referencia material y la fuerza legitimadora del principio del «imperio de la ley» del Estado de Derecho y de sus desarrollos se habían reformulado reduciéndose a la mera función técnica de la garantía de la seguridad y calculabilidad jurídicas”¹⁸⁵.

Según los críticos, este carácter neutral y procedimental que adquiere la ley y el Estado de Derecho en general, contribuyó a la consolidación de los totalitarismos de la primera mitad del siglo XX. En efecto, dado que para el Estado legislativo la ley se reconoce como tal, con absoluta independencia a cualquier clase de contenido, cualquier tipo de Estado, en la medida que respete las condiciones procedimentales de validez en la producción normativa, puede autoproclamarse y reivindicarse como un Estado de Derecho. En términos de ZAGREBELSKY, “[e]l calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. Al final, todos los «Estados», por cuanto situaciones dotadas de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente de «derecho»”¹⁸⁶.

Dada esta situación, quienes critican esta “evolución”, señalan que se presenta la paradoja de que la institucionalidad del Estado de Derecho, que había sido diseñada como un mecanismo de aseguramiento de la libertad y propiedad de los ciudadanos, sirvió como marco

¹⁸⁵ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 19, p. 32.

¹⁸⁶ ZAGREBELSKY, *op. cit.* en nota 62, p. 23. En un sentido similar, y en una crítica a una concepción puramente formal de la Ley, Schmitt ha sostenido que “sería más que inconcebible querer deducir (...) que (...) pueden los órganos competentes para la Legislación resolver en forma de ley todo lo posible y arbitrario, y que todo lo que se toca con la varita mágica del procedimiento legislativo se convierte en una Ley, con lo que el «imperio de la Ley» ya no significaría otra cosa que el imperio de los órganos a quienes se confía la legislación”. A esa confusión, según SCHMITT, sólo puede arribarse perdiendo de vista el concepto político de Ley, según el cual “la Ley es, en esencia, norma, y una norma con ciertas cualidades: regulación jurídica (recta, razonable) de carácter *general*”, cualidades a las que “se une la garantía democrático-política, dirigida contra el absolutismo del Príncipe, y consistente en la cooperación de la Representación popular”. Al respecto, ver SCHMITT, *op. cit.* en nota 24, pp. 155-158.

Dentro de la doctrina nacional, una crítica radical al legalismo y al formalismo con que se ha estructurado el Estado de Derecho, ha sido realizada por Bernardino Bravo. En su examen, sin duda, resulta paradójico que luego de criticar el legalismo por su incapacidad de hacer frente a la arbitrariedad, concluya que la recuperación del Estado de Derecho se produce en Chile con el gobierno de Augusto Pinochet, sin duda uno de los gobiernos más arbitrarios y con menos respeto por los derechos de los ciudadanos en la historia institucional chilena. Al respecto, ver BRAVO, Bernardino. El Estado de Derecho en la historia de Chile: por la razón o la fuerza. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.

perfecto para justificar la actuación de los Estados que con mayor fuerza disciplinaron a sus ciudadanos y transgredieron sus libertades, como resultaron ser los Estados totalitarios europeos de entre guerras¹⁸⁷.

Particularmente ilustrativa de esta reacción frente al modo positivista de concebir la ley, y, en última instancia, al Derecho mismo, resulta un fallo dictado en la década del `50 por el TCFA, en virtud del cual se declaró una nulidad *ab initio* de una norma legal por contrariar “principios fundamentales de la justicia”. En concreto, en su sentencia, el Tribunal disponía que:

El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador. La concepción según la cual un `legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera` significa una recaída en la actitud intelectual de un positivismo legal valorativamente neutro, superado desde hace tiempo en la ciencia y en la praxis jurídica. Justamente la época del régimen nacionalsocialista en Alemania ha enseñado que el legislador puede imponer lo injusto¹⁸⁸.

Producto de estas denuncias en contra del devenir del Estado de Derecho y del rol que le cabía en éste al legislador, la llamada a una reformulación al modelo del Estado de Derecho legislativo propio del siglo XIX no se hizo esperar, adquiriendo especial relevancia una vez terminada la segunda guerra mundial y vistas ya las nefastas consecuencias que desplegaron los Estados totalitarios sobre sus ciudadanos. En efecto, ante esta realidad, y desde un punto de vista político, con la refundación europea y con el fin de hacer frente al terror, se sugiere una reestructuración en los presupuestos del Estado de Derecho y se pretende vincularlo en su actuación a valores superiores del ordenamiento, a los cuales deberá también adecuarse el legislador. En otras palabras, la reacción natural de parte de la política con posterioridad al derrocamiento de los totalitarismos de la primera mitad del siglo XX, fue establecer limitaciones

¹⁸⁷ En términos de Zagrebelsky “[d]ada la posibilidad de reducir el Estado de derecho a un fórmula carente de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional, no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entreguerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como «Estados de derecho»”. Ver ZAGREBELSKY, *op. cit.* en nota 62, p. 22.

¹⁸⁸ BVerfGE 23, 98 (106). Para ver un comentario respecto de este caso y su tratamiento como un caso de “injusticia legal”, ver ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. En su: El concepto y la validez del derecho. 2ª ed. Barcelona, Editorial Gedisa, 2004b, pp. 15-17.

materiales al legislador, de modo tal que no todas las normas dictadas por éste pudieran ser consideradas, sin más, como Derecho válido¹⁸⁹.

En suma, se pretende un nuevo tipo de legalidad, en la cual la ley no funde su legitimidad sólo en su carácter formal al estilo del Estado legislativo, sino que además en cuanto a su adecuación a los contenidos sustantivos establecidos en la Constitución y que dotan de *coherencia* a la totalidad del ordenamiento. En otros términos, lo que se busca por parte de quienes defienden la materialización del Estado de Derecho -por ejemplo, quienes adscriben a una teoría neoconstitucionalista o a una concepción garantista del Derecho- es una “legalidad por valores” o una “legalidad constitucional”¹⁹⁰; en términos de BALDASARRE, aparece entonces una legalidad “nueva y superior: la que se conecta a los valores fundamentales puestos como base de un determinado sistema constitucional”¹⁹¹. Así, una “exigencia de tipo iusnaturalista asomaba”¹⁹².

Normativamente, esta reacción se tradujo en una serie de reformas a nivel constitucional que implicaron un aumento en el catálogo de derechos fundamentales, así como la creación de órganos dotados con competencias especiales destinadas a controlar la adecuación de la norma legal a los dictados jerárquicos de la Constitución.

¹⁸⁹ Según Luigi Ferrajoli, lo que sucede es que “cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales”. Ver FERRAJOLI, *op. cit.* en nota 60, p. 18.

En términos similares, Susana Pozzolo ha señalado que una de las razones más relevantes para la superación de la metodología iuspositivista por parte de la teoría neoconstitucionalista, “se refiere a la noción de validez jurídica que aquella presupondría: la que se entiende como estricta o exclusivamente formal, que se revelaría inadecuada para ser empleada por el Derecho del Estado constitucional, cuyas normas serían válidas, antes que nada, por satisfacer criterios materiales, o sea, por su contenido”. Ver POZZOLO, *op. cit.* en nota 6, p. 189.

¹⁹⁰ El máximo exponente de la concepción garantista del Derecho, Luigi Ferrajoli, para fundamentar su nueva teoría de la legalidad sustancial, ha debido proponer una nueva teoría acerca de la validez de las normas jurídicas. Es así como pretende refutar la teoría clásica según la cual la validez de las normas se identifica con su existencia. Según Ferrajoli, en el paradigma del Estado de Derecho material es necesario hacer una distinción entre dos dimensiones de la validez. Por una parte, “la que se puede llamar “vigencia” o “existencia”, que hace referencia a la *forma* de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las *normas formales* sobre su formación; y la “validez” propiamente dicha o, si se trata de leyes, la “constitucionalidad”, que, por el contrario, tiene que ver con su *significado* o contenido y que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción”. Al respecto, ver FERRAJOLI, *op. cit.* en nota 39, p. 21.

¹⁹¹ BALDASARRE, *op. cit.* en nota 56, p. 63.

¹⁹² ZAGREBELSKY, *op. cit.* en nota 62, p. 114.

Pero adicionalmente, las normas constitucionales a las cuales deberá sujetarse el legislador bajo este nuevo modelo del Estado, son concebidas, en su parte dogmática, como un conjunto de valores y principios que expresarían un consenso suficientemente amplio o que al menos representarían los intereses de los diversos sectores de la sociedad. Así, para el caso que el legislador no acatara en su producción normativa este conjunto de valores y principios, tribunales dotados especialmente de competencias al efecto, se transformarían en guardianes de la Constitución y estarían encargados de hacer eficaz el principio de supremacía constitucional, custodiando la conformidad de la norma legal con los valores y principios que establece la Constitución.

Como se puede apreciar, en la evolución que ha sufrido el modelo del Estado de Derecho desde su institucionalización a fines del siglo XVIII, los derechos fundamentales no sólo sufrieron una transformación que va desde la concepción clásica de los derechos de defensa a otra que concibe los derechos fundamentales también como derechos de prestación, sino que además, producto de la asunción del paradigma neoconstitucionalista, los derechos fundamentales además dejan de ser concebidos única y exclusivamente como derechos subjetivos que el individuo tiene en contra del Estado y pasan a ser considerados como un conjunto de normas objetivas de principio, como un sistema ético establecido y garantizado en la Constitución con el fin de presidir la vida política y cuya realización y promoción corresponde precisamente al Estado¹⁹³.

En otras palabras, producto de la reacción contra el devenir del denominado Estado legislativo, los derechos fundamentales dejan de justificarse sólo como pretensiones subjetivas del ciudadano frente al Estado y comienzan a ser reivindicados como un conjunto de pautas

¹⁹³ Respecto a esta evolución en la concepción de los derechos fundamentales, HABERMAS, *op. cit.* en nota 63, pp. 320-321, ha señalado que “es indiscutible el cambio en la concepción de los derechos fundamentales que se refleja en la jurisprudencia constitucional, un cambio desde unos derechos de defensa (...) garantizadores de la libertad y de la legalidad de las intervenciones de la Administración, a unos principios sustentadores del orden jurídico que, aunque de una manera no del todo clara en lo tocante a conceptos básicos, logran conservar su contenido de derechos subjetivos de libertad dentro del contenido jurídico-objetivo de normas-principios constituidoras de estructura que todo lo impregnan”. Al respecto ver también BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 180; y BALDASARRE, *op. cit.* en nota 56, pp. 57-73.

Un ejemplo de esta concepción dentro de la doctrina constitucional chilena se puede encontrar, por ejemplo, en Patricio Zapata, quien sostiene que “el parámetro de la constitucionalidad no es otro que el conjunto de valores, principios y normas contenidos o referidos, algunos más explícitamente y otros de modo implícito, en el documento intitulado Constitución Política de la República de Chile”. Ver ZAPATA, Patricio. *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 307.

valorativas bajo las cuales debe orientarse la totalidad del sistema jurídico, la acción política del Estado y la comunidad en general¹⁹⁴.

Como se verá en lo que sigue, lo anterior implica un giro radical dentro de los sistemas jurídicos occidentales y conlleva una serie de transformaciones respecto al concepto de Derecho, a la jerarquización de las fuentes normativas, al rol que le cabe a la Constitución dentro del ordenamiento jurídico y, por cierto, al papel que le cabe tanto al legislativo como a la jurisdicción dentro del Estado de Derecho. Evidentemente, implica también una serie de transformaciones para el Derecho común e infra-constitucional, el que a partir de los presupuestos del Estado Constitucional se entiende que debe ser irradiado por los valores y principios que consagran las normas constitucionales.

2. Sobre los presupuestos del Estado Constitucional

Todas las transformaciones a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior, han llevado a que el Estado de Derecho contemporáneo haya sido caracterizado como un Estado Constitucional de Derecho. Si bien con lo sostenido hasta el momento ya es posible concluir de manera aproximativa cuáles son los caracteres que lo conforman, a continuación se los identificará concretamente, haciendo especial referencia a sus manifestaciones en el sistema jurídico chileno.

Ahora bien, además de la adopción de una concepción axiológica de los derechos fundamentales, un sistema que satisface las exigencias propias del modelo del Estado Constitucional se encuentra caracterizado por la existencia de (i) una Constitución rígida; (ii) una Constitución dotada de fuerza vinculante; (iii) unos procedimientos establecidos para la

¹⁹⁴ Como ha señalado Eduardo Aldunate, la concepción de la Constitución como un orden objetivo de valores se plantea por primera vez en la iuspublicística alemana. En particular, este carácter habría sido resaltado por “Rudolf Smend en la década de 1920, cuando desarrolla su idea de la función de integración que cumple la constitución”. Ver ALDUNATE, *op. cit.* en nota 166, p. 163.

Según Smend –prosigue Aldunate– “a través de la constitución fluiría el permanente curso de integración estatal, integración que se desarrolla en procesos espirituales (...), y que consistiría en ordenar estos procesos en su contexto de significado, como concreción de la naturaleza valórica del espíritu” (*id.* p. 164). Esta teoría, olvidada en principio, según Aldunate, habría desplegado sus efectos una vez comenzada la reconstrucción alemana en que el movimiento por los valores, fue la reacción natural a los traumas del nacionalsocialismo.

garantía jurisdiccional de la Constitución; (iv) un efecto de irradiación de la Constitución en los demás ámbitos del sistema jurídico; (v) un efecto horizontal de los derechos fundamentales; y (vi) un sistema de interpretación de las leyes conforme con la Constitución¹⁹⁵.

Teniendo esto presente, en lo que sigue, además se pretende analizar en qué medida algunos de estos presupuestos que conforman el Estado Constitucional resultan compatibles con la existencia de un Estado democrático de Derecho, esto es, con aquel modelo de Estado a que hace referencia el art. 4 CPR y en virtud del cual se entiende que las decisiones políticas deben ser adoptadas por el pueblo o nación a través de sus representantes.

2.1. La existencia de una Constitución rígida

Una Constitución es rígida si se encuentra escrita y además está protegida de la legislación ordinaria mediante un procedimiento especial de reforma constitucional, es decir, mediante un procedimiento más complejo que el establecido para la reforma o modificación de la legislación ordinaria¹⁹⁶, ya sea estableciendo como requisito el consentimiento de un mayor número de instituciones políticas, un quórum más estricto que el requerido para la modificación de normas infra-constitucionales o la intervención de la ciudadanía en el proceso de reforma.

Como se puede advertir, la rigidez constitucional es presupuesto del Estado Constitucional en tanto manifiesta una pretensión de resguardar las normas constitucionales de los cambios que intenten las mayorías parlamentarias, asegurando la estabilidad del sistema de gobierno elegido, así como de los derechos y libertades que se encuentran consagrados en la Constitución¹⁹⁷. En otras palabras, si la Constitución es aquella fuente normativa que goza de primacía, se entiende que debe encontrarse protegida frente a las reformas que se intenten a través de otras fuentes de jerarquía inferior.

¹⁹⁵ Para esta identificación de las condiciones se han seguido especialmente las caracterizaciones de GUASTINI, Ricardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 50-51; BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 180; y DE OTTO, *op. cit.* nota 147.

¹⁹⁶ En este sentido, GUASTINI, *op. cit.* en nota 180, pp. 50-51; y FERRERES, Víctor. Una defensa de la rigidez constitucional. [en línea] Doxa, N° 23, 2000, pp. 29-48, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_02.pdf> [consulta: 08 octubre 2009].

¹⁹⁷ Al respecto, ver FERRERES, *id.* p. 29.

Teniendo presente lo anterior, la Constitución chilena efectivamente es una Constitución rígida.

En primer lugar, por cuanto las normas destinadas a su reforma se encargan de establecer los más altos quórumos que existen dentro del sistema jurídico chileno en lo relativo a la modificación de fuentes normativas. En efecto, el artículo 127 CPR, señala que el proyecto de reforma constitucional, para ser aprobado, necesitará, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, del voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, esto es, de un quórum que sólo es exigido en materia de reforma de ley, tratándose de las denominadas leyes interpretativas de la Constitución¹⁹⁸. No obstante, el mismo artículo 127 CPR agrega además que tratándose de reformas sobre los capítulos I, III, VII, XI, XII o XV de la Constitución, se necesitará, en cada Cámara, de la aprobación de las dos terceras de los diputados y senadores en ejercicio, esto es, del más alto quórum establecido en la Constitución para la reforma o modificación de normas jurídicas.

En segundo lugar, y a diferencia de lo que sucede con la modificación de normas infra-constitucionales, la Constitución chilena goza de rigidez por cuanto en su reforma puede llegar a participar directamente la ciudadanía a través del *plebiscito*, resolviendo las discrepancias que pudieren existir entre el Presidente de la República y los dos tercios de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados y del Senado (arts. 128 y 129 CPR).

2.2. La fuerza vinculante de la Constitución. ¿Hacia un sistema de control constitucional difuso?

Como ha señalado GUASTINI, una de las condiciones para que un sistema jurídico sea considerado un sistema que cumple con los presupuestos del Estado Constitucional, dice relación con la consideración de la Constitución, dentro de una cultura jurídica determinada, como un conjunto de normas que resultan obligatorias para todos sus destinatarios, pudiendo

¹⁹⁸ El artículo 66 CPR establece los diversos quórumos en materia de reforma legal, distinguiendo al efecto entre leyes interpretativas de la Constitución (LIC), leyes orgánicas constitucionales (LOC), leyes de quórum calificado (LQ) y demás leyes simples.

producir efectos jurídicos directos, aun a falta de normas legales que determinen o concreten los principios constitucionales¹⁹⁹. Esto, por cierto, implica también una operatividad inmediata de las normas de derechos fundamentales, las cuales podrán ser invocadas por los ciudadanos aún cuando no exista un desarrollo legal que las concrete²⁰⁰.

En otras palabras, bajo esta concepción, un sistema jurídico se encontrará mayormente constitucionalizado si las normas constitucionales y en particular las normas sobre derechos fundamentales, más que ser concebidas como un conjunto de disposiciones programáticas o una especie de manifiesto político dirigido al legislador, son consideradas como normas que pueden ser invocadas directamente por parte de sus destinatarios, ya sea como derechos subjetivos concretos que pueden invocarse ante los órganos jurisdiccionales para fundar una determinada pretensión o como un conjunto de valores objetivos que determinan el contenido del ordenamiento y que juegan un rol como parámetro de constitucionalidad en el control constitucional de la legislación. Ello implica, como ha señalado DE OTTO, “que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma”²⁰¹.

Al respecto, resulta fuera de toda discusión que bajo estas consideraciones, el sistema jurídico chileno puede ser descrito como un sistema firmemente constitucionalizado. En efecto, en la actualidad, a partir de lo dispuesto en el inc. 2 del art. 6 CPR (“[l]os preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos grupos como a toda persona, institución o grupo”), tanto la doctrina como la jurisprudencia dominantes -aquellos operadores que de mejor modo representan lo que se ha venido denominando como la *cultura jurídica*- han defendido la fuerza vinculante de la Constitución, así como su plena operatividad jurídica, señalando que la norma constitucional resulta directamente aplicable aún a falta de una regulación por parte del legislador. En este sentido, se señala que la aplicación directa de la Constitución es la consecuencia obvia de la supremacía constitucional: si la norma constitucional

¹⁹⁹ Al respecto, ver GUASTINI, *op. cit.* en nota 195, pp. 52-53.

²⁰⁰ Según de Otto, de lo anterior se “derivan consecuencias prácticas de gran alcance para los ciudadanos, pues el sistema de eficacia directa implica que la Constitución por sí misma atribuye derechos y libertades sin necesidad de que intervenga el legislador”. Ver DE OTTO, *op. cit.* en nota 147, p. 77.

²⁰¹ DE OTTO, *id.* p. 76.

es la norma superior dentro del sistema jurídico, entonces –señalan la doctrina y jurisprudencia mayoritarias- *debe* ser aplicada a toda relación jurídica, aún a falta de una ley que concrete los mandatos de la Constitución, por parte de todos los órganos del Estado y, por ende, también por parte de los tribunales ordinarios para la resolución de conflictos ordinarios²⁰².

Ahora bien, más allá de cuáles sean las interpretaciones de la doctrina y la jurisprudencia, es la propia Constitución chilena la que manifiesta que a lo menos las normas sobre derechos fundamentales están lejos de ser un “mero programa” o un “conjunto de buenas intenciones” que se encuentran dirigidas al legislador con el fin de que éste las concrete en las diversas reglamentaciones que dicte. En efecto, en la Constitución chilena no sólo existen una serie de normas que regulan de manera directa diversos órganos y establecen competencias y procedimientos de manera independiente a los dictados del legislador, sino que además consagra algunos derechos que pueden ser invocados por los ciudadanos aun cuando no se encuentren reglamentados por normas especiales. Así, por ejemplo, el artículo 21 CPR dispone que el recurso de amparo podrá ser interpuesto por todo individuo que se hallare, arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto ya sea en la Constitución “o” en las leyes.

No obstante esta operatividad de la Constitución dentro del sistema jurídico chileno, es necesario realizar algunas precisiones respecto de lo que ello implica, con el fin de evitar confusiones que, como se verá, pueden provocar un gran daño tanto a la racionalidad del sistema jurídico sub-constitucional como al sistema democrático propiamente tal.

En primer lugar, la idea de la fuerza vinculante de la Constitución y la producción de efectos jurídicos directos, no puede ser confundida con la idea relativa a la exigibilidad de los derechos fundamentales. Y ello porque la exigibilidad no es sino uno de los efectos jurídicos de que puede estar dotada una Constitución. De hecho, la propia Constitución chilena demuestra que los derechos fundamentales no sólo pueden ser objeto de protección mediante un recurso

²⁰² De manera meramente ejemplar, Andrés Bordalí ha señalado que el modelo de control de supremacía constitucional perfilado en Chile implica que la protección de los derechos fundamentales desarrollada por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema por medio de los procesos de Protección y *Habeas Corpus*, es la que debería desarrollar todo tribunal de la República, puesto que es deber de todo tribunal aplicar los preceptos constitucionales como derecho inmediatamente vigente. Al respecto, BORDALÍ, Andrés. Tribunal Constitucional Chileno. ¿Control Jurisdiccional de Supremacía Constitucional? Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, Volumen XII, agosto 2001, pp. 47-73.

destinado a salvaguardar la exigibilidad directa como derecho subjetivo (art. 20 CPR), sino que además pueden tener un peso específico tanto en el control constitucional de la legislación como en la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Por ende, el principio de fuerza vinculante no puede ser una justificación suficiente para defender la exigibilidad directa de todo tipo de derechos consagrados en la Constitución.

En segundo lugar, una cuestión más problemática es que, como ya se ha dicho, a partir del principio de fuerza vinculante se ha pretendido derivar una regla de competencia para que sean todos los tribunales, sin distinción, los que puedan dejar de aplicar normas legales en caso de contradicción con los principios y valores de la Constitución. En palabras de IGNACIO DE OTTO al menos en su *fórmula pura*, el principio de aplicación directa de la Constitución “tiene como primera consecuencia que el aplicador del derecho ha de examinar si la norma a aplicar es o no conforme con la Constitución para rechazar la norma inconstitucional como derogada, si es anterior, o nula, si es posterior”²⁰³.

Como se puede apreciar, una interpretación de este tipo acerca del principio de fuerza vinculante trae aparejada efectos radicales para la operatividad del sistema jurídico. Y ello porque mediante una interpretación como aquella lo que se estatuye es una especie de control constitucional difuso, en virtud del cual el control de la supremacía constitucional respecto de la ley y las demás fuentes normativas, le corresponde a todos los tribunales de la República, por igual. Así, se produce una habilitación no sólo para que los jueces de instancia apliquen directamente la Constitución por sobre lo estatuido en la ley, sino que además para que dejen de aplicar una norma legal en caso que estimen que existe una antinomia con otra de naturaleza constitucional.

Sin embargo, existen distintas razones que permiten sostener que el principio de fuerza vinculante de la Constitución no debiera tener alcances tan radicales.

Por una parte, y aunque parezca evidente, los tribunales no deben prescindir de las regulaciones establecidas por el legislador cuando ha sido la propia Constitución la que ha establecido que a lo menos parte de la determinación del contenido de los derechos

²⁰³ DE OTTO, *op. cit.* en nota 147, p. 78.

fundamentales le corresponde a la ley. En este sentido, expresiones tales como que “[n]adie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la *ley* y que se halle establecido con anterioridad por ésta” (art. 19 N° 3 inc. 4 CPR); que la Constitución asegura a todas las personas “[e]l derecho de sindicarse en los casos y formas que señale la *ley* (...)” (art. 19 N° 19 CPR); o “[e]l derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las *normas legales* que la regulen” (art. 19 N° 21 inc. 1 CPR), manifiestan que ha sido el propio constituyente el que ha otorgado competencias al legislador para que sea éste el que vaya configurando, a lo menos en parte, el contenido de los derechos fundamentales. En este sentido, cuando los tribunales conozcan de un asunto en que resulten envueltas normas constitucionales que efectúen un *reenvío* al legislador, precisamente deberán aplicar aquellas normas de carácter legal que configuran o complementan el contenido de los derechos fundamentales involucrados en el conflicto que se somete a su conocimiento.

Por otra parte, los tribunales tampoco debieran prescindir de las regulaciones establecidas por el legislador cuando, aún a falta de un mandato constitucional de regulación legislativa, éste ha establecido normas con el fin de dar desarrollo a los derechos fundamentales. En este sentido, no debe olvidarse que uno de los principales efectos de las normas constitucionales y sobre derechos fundamentales es precisamente servir de guía interpretativa al legislador en su actuar regulatorio, de modo tal que éste, en virtud de lo que se ha denominado como “libertad de configuración normativa”, puede ir *desarrollando* la Constitución.

Pero es más. Los tribunales de instancia tampoco debieran dejar de aplicar una norma legal, cuando ésta, según su parecer, pudiera resultar contraria a una norma constitucional. Ello, ni a pretexto de que lo que se pretende garantizar son los derechos fundamentales establecidos a nivel constitucional. Las razones de ello son diversas.

Primero, desde un punto de vista dogmático, aunque a primera vista parece pacífico que una antinomia entre una norma jerárquicamente superior y otra inferior debe resolverse siempre a favor de la primera²⁰⁴, la verdad es que ello es sólo parcialmente correcto, pues en caso que

²⁰⁴ Este ha sido el criterio adoptado, de manera general, por la doctrina constitucional chilena. A modo ejemplar, Patricio Zapata sostiene que “[e]xistiendo discrepancia entre la Carta Fundamental y la ley, o el proyecto de

exista una norma superior-general que resulta incompatible con una norma inferior-especial, el criterio jerárquico no resuelve el conflicto. Ello porque mientras este criterio señala que la norma que debe preferir el intérprete es aquella jerárquicamente superior, en virtud del criterio de especialidad por lo general deberá preferirse la norma de jerarquía inferior, que viene a detallar o especificar lo dispuesto por otra regla de mayor jerarquía. Particularmente, esta relación de especialidad es la que se puede apreciar entre una norma de carácter legal y aquellas normas abstractas, vagas e indeterminadas propias de la Constitución.

Producto de lo anterior se sostiene que en caso de una antinomia entre normas legales y constitucionales, lo que surge es una antinomia de segundo grado, esto es, un conflicto entre criterios de solución de conflictos de normas, el cual requiere de consideraciones externas a efectos de ser resuelto. Es por ello que, como ha señalado BOBBIO, si bien en un conflicto entre una norma constitucional-general con otra legal-especial, teóricamente existen razones para que prevalezca la primera –pues de lo contrario, se relativizaría el valor de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico- “en la práctica, la exigencia de adaptar los principios generales de una constitución a las siempre cambiantes y nuevas situaciones lleva frecuentemente a hacer triunfar la ley especial, aunque sea ordinaria, sobre la constitucional”²⁰⁵.

Ahora bien, consideraciones externas que permiten resolver este conflicto de segundo grado son las reglas de competencia y los principios político-constitucionales.

En relación a las primeras, si es que una regla de competencia ha reservado la inaplicabilidad de la ley por razones constitucionales a un órgano especializado, debe entenderse, a contrario sensu, que los demás órganos carecen de dicha facultad. De lo contrario, la regla de competencia sería redundante.

Pues bien, en el sistema jurídico chileno esa regla existe y resulta plenamente vigente, según da cuenta el artículo 93 N° 6 CPR. En virtud de lo dispuesto por esta norma, los tribunales de instancia no deben dejar de aplicar normas legales en defensa de supuestos intereses

ley, la primacía jerárquica de la Constitución resuelve siempre la contradicción a favor de la norma superior”. Ver ZAPATA, *op. cit.* en nota 193, p. 298.

²⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Editorial Temis, 1987, p. 204.

constitucionales, porque en Chile existe un solo órgano competente para la inaplicabilidad por inconstitucionalidad: el Tribunal Constitucional. Sólo este órgano y sólo bajo las condiciones descritas en dicha norma puede dejar de aplicar una ley por razones de constitucionalidad. Así, y a menos que se hubiese declarado previamente la inaplicabilidad por parte del TC, la generalidad de los tribunales se encuentran jurídicamente obligados a aplicar las normas legales que resultan pertinentes para un conflicto jurídico determinado. Aún cuando desde su particular parecer, pudieran resultar inconstitucionales.

Por otra parte, un principio político-constitucional que lleva a concluir que una contradicción entre una norma constitucional y otra de carácter legal debe ser resuelta por parte de los tribunales de instancia a favor de esta última, es el principio democrático. Las razones de ello las ha expuesto la Corte Suprema en el fallo *Verdugo Pincheira y Cía. con SII*²⁰⁶, la que haciendo suyas las palabras de CALAMANDREI, ha señalado que:

tiene frecuentemente la norma constitucional alcance al mismo tiempo más vasto y menos preciso, toda vez que, más que a dictar preceptos, se extiende a indicar los principios de orden general a que deben ajustarse las leyes ordinarias, de manera que el *decidir si una ley ordinaria es o no incompatible con tales principios*, no es ya un problema específico de sucesión de leyes, sino que *implica una visión y una interpretación panorámica de todo el ordenamiento constitucional* dentro del cual debe encuadrarse la ley ordinaria para que pueda sobrevivir, en una condición, como si dijéramos de homogeneidad constitucional, que *sólo la Corte Constitucional puede valorar* (énfasis agregado).

Como se puede apreciar a partir de lo sostenido por la Corte Suprema, existen razones que van más allá de lo señalado por el derecho constitucional positivo, que hacen recomendable que sea sólo un tribunal con especiales facultades el que pueda decidir si una determinada norma legal deba ser inaplicada en atención a razones o motivos constitucionales. La regla de mayoría y el hecho que el Estado chileno se autodefina como una república democrática (art. 4 CPR), exigen una estricta deferencia a las normas establecidas por el legislador, de modo tal que sus prescripciones deben ser aplicadas por los jueces, salvo que de manera excepcional, algún tribunal con competencias especialmente establecidas por la propia Constitución, pueda ordenar

²⁰⁶ Fallo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad dictado por la Excm. Corte Suprema con fecha 20 de diciembre de 2002, en los autos rol N° 3419-2001. Sobre un análisis más extenso del fallo, ver CORREA, Rodrigo y SANDROCK, Jorge, "Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad" *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Universidad Adolfo Ibáñez, número 1, 2004, pp. 589-597.

la inaplicabilidad por razones constitucionales. Hoy esas facultades, como ya se ha señalado, sólo las tiene el TCCh, de modo tal que los tribunales de instancia necesariamente deberán adjudicar los conflictos sometidos a su conocimiento conforme al principio de especialidad: aplicando la norma legal de menor jerarquía, por sobre aquella de jerarquía superior.

En suma, y tal como se desprende de lo señalado, los tribunales de instancia jamás se encuentran facultados para preterir las normas legales que resuelven el conflicto sometido a su decisión en razón de supuestas razones constitucionales. Asimismo, y en atención al principio de inexcusabilidad consagrado en el art. 76 CPR, los tribunales sólo se encuentran facultados para aplicar directamente las normas constitucionales con independencia de cualquier otra norma, únicamente cuando no exista norma legal que permita resolver el conflicto sometido a su decisión²⁰⁷. Sólo de ese modo se respeta la distribución de competencias que la Constitución chilena ha establecido entre los diversos poderes del Estado y sólo de esa forma se logra que los tribunales, en la protección de los derechos fundamentales, respeten las decisiones adoptadas por la mayoría.

En suma, el principio de fuerza vinculante de la Constitución no quiere decir en modo alguno que los órganos del Estado, en general, y los tribunales de justicia, en particular, se encuentren legitimados para inaplicar los mandatos del legislador. Menos aún en aquellos casos en que por expresa disposición de la Constitución, el desarrollo de los derechos fundamentales ha sido reservado a la ley y su inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha sido reservada a órganos especiales. Así, una cosa es que la Constitución pueda producir efectos jurídicos y pueda aplicarse directamente en casos concretos -sobre todo en aquellos casos en que no existe norma de carácter legal que pueda ser invocada- y otra distinta es que, esgrimiendo la aplicación directa, la totalidad de los jueces desatiendan e inapliquen las disposiciones dictadas por parte del legislador.

Lamentablemente, lo anterior no ha sido asumido con la debida rigurosidad en el contexto de aplicación, lo que ha generado una creciente justicia deslegalizada por parte de los

²⁰⁷ El art. 76 CPR dispone que reclamada la intervención de los tribunales en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.

jueces de instancia, los cuales, cada vez con mayor frecuencia, resuelven los asuntos sometidos a su decisión desatendiendo lo dispuesto en la ley y aplicando, en cambio, aquellas normas vagas e indeterminadas propias de la Constitución. Es por ello que en palabras de FERRADA, el principio de fuerza vinculante y de aplicación directa e inmediata de la Constitución se ha ido desperfilando, “al simplificar todos los conflictos jurídicos en una simple confrontación de derechos constitucionales de baja densidad normativa, donde la solución jurisprudencial no descansa en reglas generales y abstractas emanadas del legislador –normas legales de desarrollo como en el sistema europeo continental- o del propio juez –sobre la base de precedentes, como en el sistema anglosajón-, sino en resoluciones dictadas caso a caso, que se muestran inconsistentes y de contenido variable según las partes y elementos metajurídicos en juego”²⁰⁸.

Como se verá más adelante, este fenómeno que es posible apreciar en los fallos de cientos de tribunales de jurisdicción ordinaria, es lo que hoy permite sostener que el sistema jurídico chileno se encuentra bajo un creciente proceso de vulgarización que aun no ha sido evaluado con la debida atención.

2.3. La garantía jurisdiccional de la Constitución

Como se ha señalado, otra condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico es la existencia de mecanismos de garantía o de control jurisdiccional que permitan asegurar la primacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes²⁰⁹. Como se verá en lo que sigue, esta condición se cumple en Chile mediante diversos mecanismos de control constitucional, a cargo de distintos órganos jurisdiccionales.

Por cierto, la garantía jurisdiccional no excluye los demás mecanismos de control constitucional que puedan ejercer otros órganos del Estado. Así, el control jurisdiccional de la Constitución no excluye el control constitucional que puede llegar a ejercer el Senado

²⁰⁸ FERRADA, Juan Carlos. Los derechos fundamentales y el control constitucional. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, Volumen XVII, diciembre 2004, pp. 129-130.

²⁰⁹ Sobre esto existe amplio consenso. De modo meramente ejemplar, Louis Favoreu ha señalado que “sin justicia constitucional no existiría este proceso [de constitucionalización]”. Ver FAVOREU, Louis. La constitucionalización del Derecho. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, agosto 2001, pp. 31-43.

conociendo del denominado juicio político o *impeachment* (art. 53 N° CPR) en caso de infracción a normas constitucionales por parte del acusado. Tampoco excluye el control constitucional llevado a cabo por la Contraloría General de la República a través del trámite denominado *toma de razón*, por medio del cual el Contralor puede controlar preventivamente la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley, decretos supremos y resoluciones administrativas (art. 99 CPR)²¹⁰.

Teniendo presente que el control constitucional, dentro del sistema jurídico chileno, no sólo le corresponde al órgano jurisdiccional, es necesario considerar además que cuando dicho control es ejercido jurisdiccionalmente, puede realizarse de diversos modos.

En este sentido, en el sistema jurídico chileno pueden reconocerse a lo menos tres mecanismos que tradicionalmente han sido considerados como de control jurisdiccional de la Constitución. El *primero* de ellos es un control por medio del cual se pretende asegurar, en abstracto, la conformidad de las leyes con la Constitución. En virtud del *segundo* tipo de control, en cambio, se pretende asegurar la conformidad de la aplicación de la ley con la Constitución²¹¹. Finalmente, un *tercer* tipo de control constitucional es aquel ejercido por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema y en virtud del cual se controla la conformidad de las actuaciones de los órganos del Estado (en contextos diversos a la creación y aplicación jurisdiccional de la ley) con el catálogo de derechos fundamentales establecido en el artículo 19 CPR y garantizado mediante alguno de los recursos jurisdiccionales establecidos en los artículos 20 y 21 CPR.

2.3.1. El control constitucional de la legislación

El primer sistema de control constitucional, esto es, aquel por medio del cual se pretende asegurar la conformidad de las leyes –entendida la voz *ley* en un sentido estricto- con la

²¹⁰ Respecto a estos mecanismos de control constitucional paralelos al control jurisdiccional de la Constitución, ver FERRADA, *op. cit.* en nota 208.

²¹¹ Respecto a la diferencia que supone ejercer un control de normas legales con un control de aplicaciones concretas de las leyes, ver ATRIA, Fernando. Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, agosto 2001a, pp. 119 y ss.

Constitución, es un control cuya competencia corresponde al TC, en virtud de las atribuciones que consagra el artículo 93 N° 1 y 7 CPR²¹².

Este control de constitucionalidad de la ley, *por regla general*, responde al denominado modelo de control constitucional *preventivo, previo o a priori*, esto es, aquel que se ejerce con anterioridad a la promulgación de la ley objeto de control y que, por ende, tiene el carácter de *abstracto* en tanto se realiza con prescindencia de una eventual inconstitucionalidad de la norma en la aplicación de un caso particular²¹³. Dado el carácter previo del control, su efecto en caso de determinarse la inconstitucionalidad de una norma legal, es el de impedir la entrada en vigencia de la misma.

No obstante, ya se ha señalado que este tipo de control sólo es preventivo, *por regla general*. Y ello por cuanto, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.050, además se ha instaurado en Chile un sistema de control de constitucionalidad de la ley de carácter *a posteriori o represivo*. En estos términos, el nuevo artículo 93 N° 7 CPR, dispone que dentro de las atribuciones del TC se encuentra también el resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en virtud de las atribuciones consagradas en el artículo 93 N° 6 CPR. No obstante que más adelante se analizará la anomalía que supone este mecanismo de control, basta señalar por el momento que por medio de él no se impide la entrada en vigencia del precepto objeto del control, sino que se produce la invalidación del mismo una vez que ya ha generado sus efectos.

²¹² En los términos del artículo 93 CPR, el TC ejerce el control también sobre otras fuentes normativas distintas de la ley en sentido estricto. Así, por ejemplo, resuelve sobre las cuestiones de constitucionalidad que se suscitan en relación a los autos acordados (art. 93 N° 2 CPR), la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso (art. 93 N° 3 CPR), los decretos con fuerza de ley (art. 93 N° 4 CPR), los decretos de convocatoria a plebiscito (art. 93 N° 5 CPR), los decretos o resoluciones del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional (art. 93 N° 9 CPR) y los decretos supremos (art. 93 N° 16 CPR). Como se verá, en estos casos, y a diferencia de lo que sucede con el control que se realiza en los términos del art. 93 N° 1 CPR, el control de constitucionalidad se ejerce represivamente.

²¹³ Evidencia del carácter preventivo es lo dispuesto por el artículo 93 N° 1 CPR, norma que señala que son atribuciones del TC, “ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, *antes de su promulgación*” (énfasis agregado).

Por otra parte, cabe destacar que si bien este tipo de control que realiza el TC ha sido tradicionalmente considerado como un control *jurisdiccional* de la Constitución, lo cierto es que dicha caracterización resulta, a lo menos, parcialmente impropia. Y ello por cuanto, ya sea que se ejerza preventiva o represivamente, este control de constitucionalidad de la ley que se encuentra establecido en el artículo 93 CPR reviste una naturaleza eminentemente política –y no jurisdiccional- cuando el parámetro de control resultan ser normas de derechos fundamentales estructuradas como principios.

Este último tipo de normas, a diferencia de lo que sucede con las reglas, se caracterizan por su mayor nivel de indeterminación. Ello por cuanto mientras las reglas se estructuran como mandatos de determinación final o como razones definitivas, los principios, bajo la denominación clásica de ALEXY, aparecen como razones *prima facie* o como mandatos de optimización que pueden realizarse en mayor o menor medida dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas que implica el caso concreto²¹⁴.

Esta indeterminación de aquellas normas sobre derechos fundamentales que se estructuran como principios, hace inevitable que en el proceso de control constitucional de la legislación se deba realizar una lectura moral o política de la Constitución, mediante la cual lo que se evalúa, en último término, es si una determinada norma legal resulta “razonable”, “adecuada” o “justificada” a la luz del contenido con que los miembros del TC dotaron a los principios de la Constitución.

En suma, cuando el TC realiza el control de constitucionalidad de la ley en base a aquellas normas abstractas, vagas e indeterminadas que resultan ser los principios constitucionales, deviene en órgano eminentemente político, pues se abre la posibilidad que actúe en términos discursivos idénticos a como lo hace el legislador, es decir, evaluando en términos generales o abstractos la razonabilidad o justificación de la vigencia de una norma según objetivos que escapan a cualquier consideración relativa a casos concretos²¹⁵. Por ello, el

²¹⁴ Al respecto, ver ALEXY, *op. cit.* en nota 32.

²¹⁵ Respecto a la diferenciación entre la jurisdicción y la legislación como órdenes discursivos diversos, ver ATRIA, *op. cit.* en nota 211, pp. 143 y ss. Al respecto, señala que “la diferenciación institucional entre jueces y legisladores refleja la distinción entre dos momentos de discurso, dos lógicas de la argumentación distinta: un

que los derechos fundamentales se estructuren como principios, lejos de implicar el retiro de ciertos temas de la agenda política, supone el traslado de los mismos a la esfera de deliberación del TC.

Este carácter político del TC cuando actúa en base a principios incluso fue puesto de manifiesto por KELSEN en su discusión con SCHMITT respecto de quién debe ser el defensor de la Constitución. Así, según sus palabras:

Si se desea restringir el poder de los Tribunales, y con ello el carácter *político* de su función (...), entonces debe limitarse lo más posible el espacio de la *libre discrecionalidad* que las leyes conceden en su aplicación. Entonces, las normas constitucionales a disposición de un Tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como «libertad», «igualdad», «justicia», etc.”²¹⁶

Como se deduce de lo señalado por KELSEN, esta libre discrecionalidad no se produce cuando el parámetro de control que utiliza el TC a efectos de llevar a cabo el control constitucional son normas precisas y determinadas, esto es, reglas propiamente tales. En este caso, el proceso de control no se abre a la posibilidad que el TC realice una evaluación acerca de la razonabilidad o justificación de una política determinada, sino que se limita a un ejercicio de constatación respecto a si lo dispuesto por una norma legal concuerda con lo dispuesto con otra de naturaleza constitucional, de modo tal que si ello no acontece, el TC deberá declarar la inconstitucionalidad.

problema es decidir que una norma general es válida (razonable, constitucional, justificada) y otro es decidir si esa norma debe o no ser aplicada a un caso concreto” (*id.* p. 143).

En un sentido similar, BORDALÍ, *op. cit.* en nota 202, pp. 64-65, ha señalado que “con la actividad jurisdiccional, de lo que se trata es actuar el derecho objetivo, general y abstracto, a un caso concreto en el que aparece una persona, institución, grupo u órgano público, solicitando algo. Ese caso concreto implica la existencia de unos hechos, los que se deben subsumir en el supuesto fáctico normativo. Sin hechos a los que aplicar el derecho, no hay propiamente actividad jurisdiccional”.

²¹⁶ KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? En: SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid, Tecnos, 2009, p. 320.

Por cierto, las constituciones en general y la chilena en particular, regulan una serie de materias a través de reglas propiamente tales, inclusive en materia de derechos fundamentales. Así sucede, por ejemplo, en materia de libertad de expresión, derecho a propósito del cual el artículo 19 N° 12 CPR establece una regla de prohibición de la censura previa. Ello implica que en caso que el legislador dictase una norma dirigida a instaurar la censura, el TC, lejos de evaluar el mérito o la razonabilidad de tal norma, deberá limitarse a constatar la contradicción y declarar la inconstitucionalidad, inclusive si es que sus miembros estiman que la censura eventualmente podría resultar justificada.

El mismo carácter deóntico tienen todas aquellas normas constitucionales que regulan el proceso de formación de la ley (arts. 65 y ss. CPR), estableciendo quórum y competencias y regulando procedimientos. Así, ante el hipotético caso que el legislador decidiera darle el carácter de LOC a un proyecto de ley, pese a no haberse alcanzado el quórum de 4/7 que exige el art. 66 CPR, el TC deberá limitarse a constatar el incumplimiento de tal norma y declarar la inconstitucionalidad, sin entrar a evaluar eventuales justificaciones del legislador.

Como se puede apreciar, en este tipo de casos en que el parámetro de control son reglas constitucionales, los miembros del TC carecen de margen para entrar a discutir sobre el mérito de la norma que es objeto de control o sobre su supuesta razonabilidad, de modo tal que deja de aparecer el carácter político de su función, que es propio del control constitucional en base a principios.

No obstante, como ha manifestado BAYÓN, muy pocos límites sustantivos pueden ser formulados mediante reglas²¹⁷. Primero, porque si el objetivo es que los derechos fundamentales reflejen el consenso básico de la sociedad y tengan adhesión de parte de la ciudadanía, es la abstracción e indeterminación de sus términos la que permite que las generaciones posteriores las vayan dotando de un nuevo y específico contenido que resulte conforme con la evolución de los juicios morales²¹⁸. Segundo, porque como ha sostenido

²¹⁷ BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, p. 229.

BAYÓN, “*no sabemos ser más precisos sin correr el riesgo de comprometernos con reglas ante cuya aplicación estricta nosotros mismos retrocederíamos (...)*”²¹⁹.

En virtud de lo anterior, por lo general, buena parte de los derechos básicos vendrán estructurados en las constituciones bajo la forma principios. Si ello es así, buena parte de la función que realiza el TC es propiamente política y, por ende, indistinguible de la función que desarrolla el legislador.

Sin duda, lo anterior resulta problemático para un Estado de Derecho que otorgue algún nivel de relevancia al principio democrático. Ello no sólo por el hecho que supone institucionalizar un órgano que puede adoptar decisiones vinculantes que afecten a todos con prescindencia del voto de la ciudadanía, sino que además porque dicho órgano está llamado a actuar en términos contra-mayoritarios, esto es, limitando las decisiones políticas que adopten los representantes del pueblo.

Como se verá más adelante, entender que el TC –dentro de las diversas competencias que le son asignadas por la Constitución- también ejerce funciones políticas, resulta relevante a efectos de determinar cuáles debieran ser los alcances de sus decisiones dentro de un sistema democrático. Asimismo, develar la naturaleza política que a lo menos en parte adquiere el TC en materia de control constitucional, debiera ser una cuestión a considerar a efectos de eventuales reformas sobre las competencias que este órgano debiera tener dentro de un Estado de Derecho.

Lamentablemente, el carácter político que puede llegar a tener el TC ha sido desatendido, muchas veces, en base a argumentos sencillamente insostenibles²²⁰. Esta negación

²¹⁸ A este respecto, FERRERES, *op. cit.* en nota 168, p. 35, ha señalado que “la abstracción de la Constitución contribuye a unir a las diversas generaciones de una nación bajo unos mismos principios de justicia”. Adicionalmente, Ferreres sostiene que el riesgo de deslegitimación que puede sufrir la Constitución al producirse “un divorcio entre su contenido material y el consenso mayoritario existente en la sociedad” (*id.* p. 33), puede evitarse “recurriendo a lo que (para simplificar) podemos llamar *abstracción*: es decir, el empleo de términos relativamente abstractos (no específicos) a la hora de enunciar los derechos, y la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar” (*ibíd.*).

²¹⁹ BAYÓN, *op. cit.* en nota 217, p. 230.

²²⁰ De manera meramente ejemplar, nada menos que el ex Presidente del TCCh, Juan Colombo, ha señalado que el carácter político del TC se refutaría en atención a que “el juez constitucional es necesariamente jurisdiccional, ya que de lo contrario, no podría decidir [los litigios] con efectos de cosa juzgada”. Luego, la naturaleza jurisdiccional

de la naturaleza política que puede adoptar el TC en algunos casos ha contribuido a ocultar cuáles son los verdaderos alcances que tiene el TC en el diseño de los asuntos políticos de nuestro país y a oscurecer lo controvertida que resulta esta función dentro de un Estado democrático.

En virtud de lo anterior, en el capítulo final, y luego de que ya se ha reconocido el carácter político de la función que realiza el TC cuando el parámetro de control constitucional son normas con estructura de principios, se sugieren algunos arreglos institucionales que hagan compatible la pretensión de mayor control respecto de los derechos fundamentales, con el hecho que quien debe tener la última palabra en los asuntos políticos, son los órganos elegidos a través del voto.

2.3.2. El control constitucional de la aplicación de la ley

Un segundo sistema de control de la Constitución es aquel que se encuentra establecido en el artículo 93 N° 6 CPR, según el cual es atribución del Tribunal Constitucional el resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

Este segundo sistema de control constitucional, que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.050 era realizado por la Corte Suprema, ha sido caracterizado tradicionalmente como un sistema de control *represivo* o *a posteriori*, pues se ejerce con posterioridad a la promulgación de la ley cuya aplicación a un caso es objeto de control, y *concreto*, pues se realiza a propósito de la alegación de inconstitucionalidad en un caso o gestión particular.

quedaría confirmada por el hecho que “la mayor parte de los tratadistas concuerdan con dicha posición”. Al respecto ver, COLOMBO, Juan. Protección Jurisdiccional de la Constitución. La Declaración Judicial de Inconstitucionalidad. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, agosto 2001, p. 17.

Evidentemente, estos argumentos no son aceptables. Mientras el primero erra al pretender definir la naturaleza o modo de actuación de un órgano a partir del efecto que se espera tengan sus decisiones, el segundo no es más que un abuso del argumento de autoridad en su forma más evidente.

Dado el carácter a posteriori de este tipo de control, el mismo no impide la entrada en vigencia de la norma legal, de modo que la misma produce todos sus efectos jurídicos en tanto no sea declarada la inaplicabilidad. A su vez, dado su carácter concreto, la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sólo produce efectos para el caso específico en que se ejerce el control, pudiendo aplicarse la norma legal para otros casos distintos por parte de los jueces ordinarios. En otras palabras, a lo menos bajo el tenor del artículo 93 N° 6 CPR, es indudable que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se encuentra desprovista de efectos *erga omnes*.

Tradicionalmente, este efecto relativo de la inaplicabilidad ha sido objeto de crítica por parte de quienes estiman que no existen buenas razones para que una norma que ha sido estimada inconstitucional en un caso concreto, continúe siendo aplicada en otros por parte de los tribunales ordinarios. En este sentido, con anterioridad a la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050, resultaba común encontrarse con la opinión de que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, al permitir la aplicación de una ley que ya había sido declarada inaplicable con anterioridad a otros casos diversos, contrariaba el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 19 N° 2 CPR²²¹.

Al respecto, y considerando que ésta no es la oportunidad para referirse con extensión al tema, basta señalar que la crítica pierde de vista dos consideraciones relevantes. En primer lugar, que “[e]s perfectamente posible que la aplicación de una ley a ciertos casos sea constitucional y, a la vez, inconstitucional a la aplicación de otros casos”²²²; luego, que la posibilidad de aplicar a

²²¹ De manera meramente ejemplar, Juan Colombo señaló en su oportunidad, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.050, que “[l]a actual facultad que tiene la Corte Suprema para declarar inaplicable una ley en un caso concreto presenta serios problemas en el orden de la igual protección de los derechos de los habitantes de la nación –igualdad ante la ley–. En efecto, al acogerse esta acción y declararse inaplicable un precepto legal por ser contrario a la Constitución en un caso determinado, la ley sigue plenamente vigente, rigiendo, por lo tanto, las relaciones entre todos los habitantes de la nación. Ello vulnera en su esencia el principio de igualdad ante la ley, toda vez que al beneficiado con la sentencia no se le aplica dicha ley para ese caso y al resto sí”. Al respecto, ver COLOMBO, *id.* p. 29.

²²² CORREA y SANDROCK, *op. cit.* en nota 206, p. 589. Como un ejemplo de ley que puede resultar constitucional o inconstitucional según el caso señalan que, “una ley orgánica constitucional que estableciera un nuevo régimen de amparo minero sancionado con nuevas causales de caducidad de las concesiones mineras sería inconstitucional aplicado a concesiones otorgadas después de su entrada en vigencia, pero inconstitucional aplicado a concesiones previas (art. 19 N° 24 inc. 7° CPol.)” (*ibid.*). En el mismo sentido de CORREA y SANDROCK, ver ATRIA, *op. cit.* en nota 211.

un caso una ley declarada previamente inaplicable por inconstitucional en otro, es una cuestión propia de la función jurisdiccional²²³.

En efecto, a diferencia de lo que sucede con los procedimientos destinados a declarar la inconstitucionalidad de una norma, tratándose de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad la tarea que debe realizar el Tribunal consiste en determinar si la aplicación de una norma a un caso concreto es o no constitucional considerando las particulares y contingentes circunstancias del mismo. En otras palabras, a diferencia de lo que sucede tratándose del juicio de inconstitucionalidad en que lo que se realiza es un análisis entre normas de diversa jerarquía, tratándose de la inaplicabilidad se analiza si la aplicación de una norma resulta justificada considerando las particulares circunstancias del caso concreto.

Lamentablemente, estas especiales circunstancias de la inaplicabilidad no fueron consideradas del todo en la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050, encontrándonos hoy con dos nuevas imperfecciones dentro del modelo de control constitucional vigente en Chile en la actualidad.

Por una parte, resulta evidente que considerando lo expuesto, esto es, que el discurso que se emplea tratándose del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es un discurso de aplicación (es decir, que considera las circunstancias particulares del caso) el órgano que se encontraba mejor preparado para ejercer este tipo de control era, sin lugar a dudas, la Corte Suprema. Así, haber consagrado como atribución del TC el conocimiento del recurso de inaplicabilidad no sólo supone abstraerlo de aquel órgano que más recurrentemente debe lidiar con la aplicación de normas a casos concretos –como es la Corte Suprema- sino que además implica otorgarle una función eminentemente jurisdiccional a un órgano que, como se ha visto, ejerce una función eminentemente política²²⁴, como es el TC.

²²³ En este sentido, ver ATRIA, *ibíd.*

²²⁴ Desde un punto de vista contrario, Juan Colombo, con anterioridad a la reforma constitucional del año 2005, señalaba que “la Corte Suprema debería desprenderse de la competencia para conocer de la acción de *inaplicabilidad* por inconstitucionalidad, por no corresponder a su quehacer consustancial, cual es la *aplicación* e interpretación de la ley” (énfasis agregados). Ver COLOMBO, *op. cit.* en nota 220, p. 29.

Al respecto, resulta curioso que pueda llegarse a tal conclusión a partir de tales argumentos. Por el contrario, si se sigue la misma línea argumentativa, esto es, que el quehacer consustancial de la Corte Suprema consiste, a lo

Por otra parte, y debido en parte a aquellas críticas que veían en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad un mecanismo de control atentatorio de la igualdad ante la ley, hoy se encuentra consagrada la atribución del TC para declarar, bajo un quórum estricto, la inconstitucionalidad de un precepto ya declarado inaplicable (art. 93 N° 7 CPR). Si bien el tenor literal de esta disposición tiene la virtud de manifestar la diferencia existente entre la declaración de inconstitucionalidad de la ley y la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sustantivamente supone una incongruencia importante: por una parte, se reconoce que lo verdaderamente relevante del recurso de la inaplicabilidad son las especiales circunstancias del caso concreto y, por la otra, se otorga la posibilidad -mediante un quórum más elevado- de prescindir de tales circunstancias particulares declarando la inconstitucionalidad del precepto con efectos *erga omnes*. Esto, una vez más, supone desconocer que un precepto declarado inaplicable no es *necesariamente* inconstitucional para la generalidad de los casos.

2.3.3. El control constitucional de las acciones contrarias a los derechos fundamentales

Como tercer mecanismo de control constitucional -sin duda, el de mayor aplicación práctica en el sistema jurídico chileno- se tiene aquel que ejercen las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema al conocer sobre la denominada acción de protección (art. 20 CPR)²²⁵, en virtud de la cual se pretende garantizar determinados derechos fundamentales establecidos por el artículo 19 CPR frente a actos arbitrarios o ilegales que supongan la privación, perturbación o amenaza de alguno de dichos derechos²²⁶. Dada la propia distribución de competencias que establece la Constitución en cuanto a los mecanismos de control constitucional, los actos arbitrarios deben ser distintos de aquellos que son controlados por parte del TC en virtud de las atribuciones que consagra el artículo 93 CPR. Así, el acto arbitrario no puede consistir ni en la

menos en parte, en determinar qué norma debe aplicarse en un caso concreto, parece sensato concluir que la Corte Suprema se encuentra en posición inmejorable para determinar si una norma legal debe ser *aplicada* o no en caso concreto considerando también lo dispuesto por las normas constitucionales de mayor jerarquía.

²²⁵ No obstante las discrepancias existentes, sobre todo en la doctrina procesal, en lo que sigue, esta memoria se referirá indistintamente tanto a la *acción* de protección como al *recurso* de protección.

²²⁶ También debe ser considerado como un mecanismo de control constitucional la denominada acción de amparo o *habeas corpus* (art. 20 CPR), en virtud del cual se pretende garantizar el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual frente a cualquier infracción tanto de las normas contenidas en el artículo 19 N° 7 CPR, así como en las leyes ordinarias. Por su mayor especificidad dentro de los mecanismos de control constitucional, no se realizará, en esta oportunidad, un mayor análisis a su respecto.

dictación de una ley (y de las demás fuentes a las que hace alusión el art. 93 CPR) ni en la aplicación de una norma que se estima contraria a la Constitución. En ambos casos, como se ha visto, existen otros mecanismos de impugnación y de garantía de la Constitución.

Respecto a este mecanismo de control, no deja de ser preocupante que siendo el de mayor aplicación práctica, sea a la vez aquel que mayores inconsistencias ha presentado dentro de las instancias de control de la Constitución.

En efecto, las críticas que desde la década pasada se han realizado respecto a este mecanismo de control constitucional han resultado incesantes. Se ha dicho, que lejos de un control jurisdiccional propiamente tal, el recurso de protección se ha transformado, en ocasiones, en un mecanismo de resolución de conflictos basado en la equidad²²⁷, que continuamente se presentan fallos contradictorios a partir de la resolución de casos semejantes y que las Cortes han sido incapaces de establecer, mediante sus diversos fallos, una dogmática general relativa a los derechos fundamentales.

Si sólo éstas fueran las deficiencias en que incurren nuestras Cortes al conocer sobre recursos de protección, la verdad es que el problema sería de ordinaria ocurrencia. Más que mal se trata de deficiencias semejantes a aquellas que se les pueden atribuir a la generalidad de los tribunales de justicia cuando conocen sobre conflictos típicos de la legislación ordinaria. Pero lamentablemente, los problemas que se presentan en el contexto de aplicación, cuando las Cortes conocen de una acción de protección, resultan bastante más complejos desde la perspectiva constitucional.

En primer lugar, porque mediante el recurso de protección se ha pretendido otorgar garantías frente a perturbaciones o amenazas que no comprometen derechos fundamentales. Así,

²²⁷ Al respecto, Andrés Jana y Juan Carlos Marín han ilustrado lo anterior citando el fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 14 de mayo de 1990, en el juicio caratulado “Rojas con Isapre Vida Tres S.A.” (Fallos del Mes, N° 379, 1990, p. 296), oportunidad en que la Corte dispuso que “[f]inalmente *resulta de justicia* dentro de este contexto, estimar que luego de dos años de permanencia en la Ley N° 18.933, la recurrida no puede desahuciar unilateralmente el contrato”. Ver JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos. Recurso de Protección y Contratos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 105. En el mismo sentido de Jana y Marín, ver BORDALÍ, Andrés. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XIX, N° 2, diciembre 2006, p. 206.

un mecanismo de tutela jurisdiccional de la Constitución ha devenido en un medio de protección de simples intereses legítimos, con independencia de si ellos tienen o no una dimensión propiamente constitucional²²⁸.

Así, por ejemplo, y tal como lo han puesto de manifiesto JANA y MARÍN, el recurso de protección ha sido frecuentemente utilizado por parte de las Cortes como un mecanismo de resolver meros conflictos contractuales de derecho privado existentes entre particulares. En efecto, las Cortes, en virtud del derecho fundamental de propiedad consagrado en el art. 19 N° 24 CPR y bajo el presupuesto de lo consagrado en el art. 583 CC, esto es, que sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad, han otorgado protección a aquellos recurrentes que han estimado que los derechos personales que emanan de un contrato han resultado vulnerados por el incumplimiento en que ha incurrido el deudor. En otras palabras, las Cortes han estimado que todo aquel que incumple un contrato vulnera el derecho de propiedad que su acreedor tiene sobre el derecho personal que emana del contrato²²⁹.

Una teoría como ésta, en la que cualquier ventaja que emane de algún contrato para una de las partes puede ser objeto del recurso de protección, hace que se diluya el carácter de *fundamentalidad* de los derechos fundamentales, haciendo imposible discernir aquellos derechos de mayor jerarquía dentro de un ordenamiento jurídico, de aquellos otros derechos subjetivos propios del sistema de derecho privado²³⁰.

²²⁸ En este sentido, ver FERRADA, Juan Carlos, BORDALÍ, Andrés y CAZOR, Kamel. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XIV, julio 2003, pp. 67-81.

²²⁹ Como explican JANA y MARÍN, *op. cit.* en nota 227, pp. 133-134, para llegar a tal conclusión, las Cortes pierden de vista que “la especie de propiedad sobre un crédito no puede ser identificada con la prestación que él representa y (...), por lo tanto, el incumplimiento de la obligación correlativa a ese derecho no afecta a la titularidad del mismo. Si uno atiende a las características de esta titularidad, puede establecerse que sólo los actos de autoridad pública tienen la capacidad de interferirla jurídicamente, aptitud de la que los actos de particulares carecen”. En el mismo sentido, Eduardo Aldunate ha señalado que una de las cuestiones preocupantes, desde el punto de vista constitucional, en relación al recurso de protección es “la expansión casi ilimitada (...), el desborde y la pérdida de todo perfil del concepto del derecho de propiedad, que se alza como principal derecho alegado en sede de protección, y para amparar las más peregrinas situaciones”. Ver ALDUNATE, Eduardo. La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, volumen XX, 1999, pp. 225-242.

²³⁰ En un sentido similar, pero analizando la práctica judicial sobre recurso de protección y la idea de la acción de protección como un mecanismo de urgencia, Gastón Gómez ha señalado que la concepción de la protección como una acción orientada al *statu quo*, “degrada los derechos fundamentales, al permitir que se confundan las posiciones

En otros términos, resulta a lo menos contra intuitivo estimar que existe un caso en que resultan involucrados derechos fundamentales cuando el recurrente lo que pretende es que se lo proteja frente al simple incumplimiento contractual en que incurre el deudor. Estimar aquello no sólo significa rebajar el carácter superior de los derechos fundamentales, equiparándolos y volviéndolos indistinguibles respecto a otros tipos de derechos subjetivos que el ordenamiento otorga los particulares, sino que además significa quitarles todo el carácter simbólico que a ellos subyace como derechos de mayor relevancia dentro del ordenamiento.

En segundo lugar, y lo que resulta aún más grave para un sistema jurídico que pretende ser respetuoso de las competencias del legislador democrático, se tiene que mediante el recurso de protección, las Cortes, en ocasiones, han prescindido de las normas legales pertinentes que resuelven el conflicto, estableciendo soluciones *ad hoc* que dependen de meras consideraciones de justicia de los jueces que conocen del asunto o, en el mejor de los casos, de interpretaciones laxas de las normas constitucionales involucradas. Así, por ejemplo, volviendo a considerar aquellos casos en que las Cortes han conocido vía recurso de protección sobre incumplimientos contractuales, los tribunales no sólo han perdido de vista que para hacer frente a este tipo de incumplimientos, el legislador ha previsto acciones especiales con el fin de que sean ejercidas por parte del acreedor, sino que además han desechado reglas y consideraciones argumentativas típicas del derecho privado que, tratándose de la vía ordinaria, habrían resultado plenamente procedentes para una resolución adecuada del conflicto.

En este sentido, tal como lo han manifestado JANA y MARÍN²³¹, en base a la doctrina de que todo acto de autotutela que un contratante realice contra otro debe ser impedido a través del recurso de protección, las Cortes han estimado inadmisibles las alegaciones de los recurridos basadas en la denominada excepción de contrato no cumplido consagrada en el art. 1552 CC, según la cual el incumplimiento contractual se encuentra justificado ante el incumplimiento

amparadas por derechos con otro tipo de resoluciones cautelares, instrumentales, u de otro tipo semejante, donde los derechos son un pretexto para ese tipo de resoluciones frágiles que podría adoptar cualquier juez del sistema (para este tipo de materias y resoluciones no se requiere jurisdicción constitucional)". Ver GÓMEZ, Gastón. Derechos fundamentales y recurso de protección. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005.

²³¹ JANA y MARÍN, *op. cit.* en nota 227, pp. 113-114.

recíproco²³²; o no han dado valor a los pactos comisorios calificados cuando una de las partes de una relación contractual ha dado por terminado o resuelto un contrato sin requerir declaración previa del tribunal²³³. En otras palabras, las Cortes han dejado de aplicar reglas y excepciones que regularmente *deben* ser consideradas por partes de los tribunales para resolver conflictos en el ámbito de la responsabilidad contractual.

Evidentemente, resulta a lo menos contradictorio e infringe la seguridad jurídica mínima que se espera exista en todo sistema jurídico, suponer que un conflicto contractual podrá ser resuelto considerando las normas civiles aplicables o no, dependiendo de si la intervención de los jueces tiene lugar mediante litigios iniciados por la vía ordinaria o, si tiene lugar a partir de la interposición de un recurso de protección.

Esta indiferencia de las Cortes ante la regulación establecida a nivel legal no sólo es una particularidad que se presenta ante recursos de protección interpuestos a partir del incumplimiento de contratos. Por el contrario, también es posible apreciarla cuando el recurso de protección se ha interpuesto contra actos administrativos que se estiman arbitrarios o ilegales. En efecto, el recurso de protección también ha sido utilizado, en materia administrativa, como un mecanismo para preterir normas legales. Así, por ejemplo, y como lo han señalado FERRADA, BORDALÍ y CAZOR, los tribunales de justicia han acogido recursos de protección interpuestos por funcionarios públicos que se han visto privados de su empleo en virtud de un acto administrativo que invalida el acto original que los nombró en dicho empleo, declarando la “propiedad privada” sobre el empleo o cargo; ello, a pesar que el art. 63 del DFL1/2001 consagra la potestad de los órganos de la Administración del Estado para invalidar actos de nombramiento en el cargo²³⁴.

²³² El artículo 1552 CC dispone que “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

²³³ El pacto comisorio calificado, también conocido en el derecho comparado como *cláusula resolutoria expresa* o *pacto de lex commissoria*, se encuentra regulado en Chile a propósito del contrato de compraventa y en virtud de él se entiende –no obstante las discrepancias propias de la doctrina– que la resolución del contrato opera de pleno derecho, por el mero hecho del incumplimiento.

²³⁴ FERRADA, BORDALÍ y CAZOR, *op. cit.* en nota 228.

En suma, aunque en los últimos años la jurisprudencia de protección se ha auto-limitado y ha tendido a ser más deferente con lo dispuesto por el legislador, en la práctica ha sido posible apreciar una aplicación directa de la Constitución que se ha realizado en términos inadecuados, esto es, desatendiendo las especiales regulaciones establecidas por ley. En este sentido, la jurisprudencia de protección ha contribuido a desarrollar el proceso de vulgarización al que ya se ha hecho referencia y sobre el cual se volverá más adelante.

2.4. La irradiación del Derecho común por parte del Derecho Constitucional

Como se ha señalado con anterioridad, una de las condiciones del Estado Constitucional es que las normas constitucionales sean consideradas con fuerza vinculante, esto es, con capacidad de producir efectos jurídicos con independencia de las intermediaciones del legislador. Según se sostiene, la primera consecuencia que se derivaría de ello, es la aplicabilidad del derecho constitucional y de las normas sobre derechos fundamentales, en particular, a los demás ámbitos del sistema jurídico, los cuales, consecuentemente, se irían constitucionalizando o irradiando por los valores y principios de la Constitución, de modo tal que la totalidad del sistema jurídico se encuentre en concordancia con los presupuestos éticos del ordenamiento. Así, y como lo ha expuesto BÖCKENFÖRDE, otros ámbitos del Derecho quedan, en cierto modo, conformados constitucionalmente, surgiendo una “situación de mixtura entre el denominado derecho ordinario y el derecho constitucional”²³⁵.

Como se puede advertir, las consecuencias que esto implica para el sistema de derecho común resultan radicales, pues se abre todo un espectro de consideraciones normativas propias del Derecho Público que pueden ser invocadas por los particulares en conflictos típicos del Derecho Privado, como aquellos que dicen relación con el régimen de los bienes o de la responsabilidad y que se encuentran densamente regulados por parte del legislador.

²³⁵ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 180, p. 111.

En un sentido similar, Eduardo Aldunate ha señalado que la idea de irradiación da cuenta de cómo las exigencias materiales de la Constitución “se han ido percolando hacia los niveles subconstitucionales bajo la afirmación general de que todo el ordenamiento jurídico debe ser informado por la Constitución”. Al respecto, ver ALDUNATE, Eduardo. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En: La constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 13-38.

Ahora bien, según consenso generalizado, el reconocimiento institucional del efecto de irradiación de las normas constitucionales sobre el ordenamiento sub-constitucional se remonta al fallo dictado por el TCFA en el famoso caso Lüth, oportunidad en que expresó que:

La influencia de los estándares de derechos fundamentales se hace efectiva principalmente en aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio, esto es, de los principios que en razón del bien común son vinculantes incluso para la configuración de las relaciones entre particulares, y por tanto, son excluidos de la autonomía de la voluntad. Estas disposiciones tienen por su finalidad una cercanía con el derecho público, al que se pliegan, complementándolo. Esto las expone en una especial medida a la influencia del derecho constitucional. A la jurisdicción se le ofrecen como oportunidades de concreción, en particular, las cláusulas generales las que, como en el caso del artículo 826, remiten al juzgamiento del comportamiento humano a criterios externos al derecho civil, y más, a criterios extrajurídicos, como lo son las buenas costumbres. Ya que en la decisión sobre lo que las prescripciones sociales exigen en cada caso, debe tomarse como punto de partida el conjunto de representaciones valóricas que un pueblo ha alcanzado en un determinado punto de su evolución espiritual y cultural, y que ha fijado en su constitución. Es por esto que las cláusulas generales han sido acertadamente calificadas como las zonas de fractura a través de las cuales los derechos fundamentales penetran en el derecho civil²³⁶.

Como se puede apreciar a partir de estas consideraciones del TCFA, el denominado efecto de irradiación constitucional, no implica en modo alguno una invitación a que los jueces puedan prescindir, al momento de adjudicar, de las especiales regulaciones impuestas por parte del legislador; o que, los jueces se encuentren facultados, sin más, para resolver los conflictos

²³⁶ En este caso, el TCFA conoció de una acción de amparo constitucional interpuesto por Lüth, en atención a una supuesta infracción de su derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 5 de la Ley Fundamental de Bonn.

En concreto, Lüth, miembro del directorio del Club de Prensa de Hamburgo había llamado a un boicot en contra de una película dirigida por uno de los principales directores y guionistas vinculados al régimen nacionalsocialista. Ante dicho llamado, la empresa cinematográfica había obtenido del tribunal del estado federado de Hamburgo una sentencia que ordenaba a Lüth abstenerse de llamar nuevamente a un boicot en contra de la película, en razón de lo dispuesto en el art. 826 BGB, que dispone que es obligado a la reparación del daño quien a sabiendas causa daño a otro a través de un comportamiento contrario a las buenas costumbres.

El TCFA acogió el recurso de amparo interpuesto por Lüth en contra de la sentencia del estado federado de Hamburgo disponiendo que al interpretar el art. 826 BGB, el tribunal del estado federado había desconocido el efecto del derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 5 de la Ley Fundamental de Bonn.

jurídicos sometidos a su decisión en base a la aplicación exclusiva de las normas constitucionales.

Muy por el contrario, en virtud del efecto de irradiación –al menos en la forma que lo concibió originariamente el TCFA- se entiende única y exclusivamente que las cláusulas generales que se encuentran dentro del ordenamiento infra-constitucional, pueden ser dotadas de contenido a partir del conjunto de valores que impone la Constitución. En otras palabras, tal como ha sostenido el TCFA, es por medio de las cláusulas generales que el derecho constitucional puede influir sobre las prescripciones del resto del ordenamiento. Dicha influencia se producirá en la medida que las normas constitucionales sean consideradas como criterios interpretativos que dotan de contenido a las cláusulas abiertas e indeterminadas que siempre se encuentran presentes dentro del ordenamiento sub-constitucional, como son aquellas que dicen relación con la buena fe, las buenas costumbre, el orden público y el derecho público en general.

Teniendo presente lo anterior, lo cierto es que el sistema jurídico chileno, no escapa de este fenómeno de la irradiación del derecho constitucional. Es así como hoy se ha vuelto común dentro de la jurisprudencia chilena de instancia, que las consideraciones expresadas en sus fallos, junto con elaboraciones dogmáticas propias del derecho común, se encuentren revestidas de argumentos que tienen su base en reglas y principios constitucionales. Ello, aun cuando el Estado no se encuentre involucrado directamente en el conflicto que se debe resolver.

Sin embargo, en esta aplicación de la CPR a los conflictos que tradicionalmente han sido considerados como parte del orden sub-constitucional, las distinciones que pueden extraerse de la sentencia dictada por el TCFA lamentablemente han sido obviadas en un número importante de casos por parte de los tribunales de instancia, los cuales, en una muestra de activismo judicial sencillamente desorbitado y con más recurrencia de la esperada, han prescindido de las especiales regulaciones del legislador al momento de fundar sus fallos, invocando directamente las normas constitucionales a efectos de resolver los conflictos sometidos a su decisión, consolidando una jurisprudencia con decisiones ad hoc y características de jurisdicción de equidad.

En este sentido, resulta ilustrativa una resolución dictada con fecha 31 de enero de 2008 por el 27° Juzgado Civil de Santiago en los autos caratulados *Olivares con Chilevisión*, rol N° 22.596-2007. En dicho caso, la demandada solicitaba la nulidad de todo lo obrado en atención a la incompetencia absoluta del 27° Juzgado Civil para conocer del asunto. Según la demandada, dicha incompetencia se basaba en el hecho de que uno de los demandantes tenía la calidad de Fiscal Judicial de Corte de Apelaciones y, por ende, de miembro de los tribunales superiores de justicia, de modo tal que se encontraba revestido de fuero para todos los efectos legales. En consecuencia, e invocando lo dispuesto en el artículo 50 del Código Orgánico de Tribunales, la demandada sostenía que quien debía conocer del asunto era un Ministro de Corte de Apelaciones²³⁷. Frente a esta argumentación, el Juzgado falló lo siguiente:

Quinto: Finalmente, cabe además hacer presente, que el propio Tribunal al que la parte demandada le reconoce competencia para conocer del presente asunto manifestó no serlo, justamente, por considerar que el demandante don [XX], y la investidura que este conlleva como Fiscal Judicial, no admitía que la acción deducida por él y los demás demandantes, fuere conocida por un Ministro de Corte de Apelaciones, cuestión que de obviarse no sólo provocaría la nulidad de lo obrado hasta aquí en el expediente sino acarrearía la más absoluta de las indefensiones para el señor [XX], como lo sería el carecer de un Tribunal donde ejercer su acción hecho que es reprochable y contraria al mandato constitucional contenido en el artículo 73 de la Constitución Política de la República.

Como se puede apreciar a partir de este considerando, el tribunal invoca directamente normas constitucionales para rechazar el incidente de nulidad promovido por la demandada, omitiendo cualquier consideración relativa a lo verdaderamente discutido por las partes, esto es, si un Fiscal Judicial de Corte de Apelaciones tiene o no la calidad de miembro de los tribunales superiores de justicia, si como tal se encuentra o no revestido de fuero y si, por ende, se encontraban infringidas las normas de competencia a las que hace alusión el Código Orgánico de

²³⁷ El artículo 50 del Código Orgánico de Tribunales dispone que “[u]n ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, según el turno que ella fije, conocerá en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 2°. De las causas civiles en que sean parte o tengan interés el Presidente de la República, los ex Presidentes de la República, los Ministros de Estado, Senadores, Diputados, miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, Contralor General de la República, Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, General Director de Carabineros de Chile, Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, los Intendentes y Gobernadores, los Agentes Diplomáticos chilenos, los Embajadores y los Ministros Diplomáticos acreditados con el Gobierno de la República o en tránsito por su territorio, los Arzobispos, los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores y los Vicarios Capitulares.

Tribunales. Todas las normas relativas a estos asuntos, que por cierto eran de relevancia capital a efectos de resolver adecuadamente el caso, sencillamente no fueron consideradas en modo alguno por parte del tribunal, en vista de que según el parecer de éste, había una norma constitucional –aquella que dispone que los jueces no pueden excusarse de ejercer su autoridad– que lo hacía irrelevante o innecesario.

Pues bien, en virtud de las implicancias del principio de irradiación en los términos que lo entendía el TCFA, ¿podía el 27° Juzgado Civil fallar del modo en que lo hizo? Sin duda que no. Y ello porque el efecto de irradiación no implica ni un efecto derogatorio de la norma infraconstitucional en virtud de su contradicción con la Constitución ni una facultad de inaplicabilidad de la ley por parte del juez de instancia. Pretender lo contrario llevaría al absurdo que la vigencia del principio constitucional de inexcusabilidad, en virtud del cual los jueces *deben* conocer los asuntos sometidos a su decisión, produciría el efecto de que todas las normas de competencia carecerían de validez en caso de contradicción con dicho principio.

Dado que lo anterior no puede ser una opción válida en un sistema que pretenda tener un mínimo de racionalidad interna y de respeto por el legislador y dado que en el caso al que se ha hecho referencia las normas legales relativas al fuero y a las reglas de competencia no se encontraban derogadas, sino que plenamente vigentes, ellas necesariamente debían ser aplicadas al caso concreto por parte del juez para fallar el asunto sometido a su decisión²³⁸, aun cuando el juez hubiera estimado que el principio de inexcusabilidad consagrado en el art. 73 CPR “irradiaba” al resto del ordenamiento.

Por el contrario, un fallo distinto, y que sí resulta consistente con los presupuestos asentados por el TCFA en el caso Lüth, es el dictado con fecha 25 de enero de 2007 por el 1° Juzgado Civil de Santiago en la causa *Adiserv con Bordachar*, rol N° 7528-2003.

²³⁸ Los errores en que incurre el fallo son aún más evidentes si se considera que la norma constitucional invocada por parte del Tribunal para evitar la aplicación de la legislación dispone que los tribunales “no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”, dando a entender exactamente que los tribunales, en primer lugar, deberán ejercer su autoridad precisamente de conformidad con lo dispuesto por el legislador.

En concreto, en esta causa, quien promovía la acción, solicitaba que el demandado cumpliera con una obligación de no competencia que se encontraba estipulada en un contrato de trabajo celebrado entre las partes y, por lo tanto, se abstuviera de seguir ejerciendo una actividad comercial que había comenzado a desarrollar una vez terminada la relación laboral con el demandante y que era de idéntica naturaleza a la que se dedicaba este último. A partir de estos antecedentes, en su sentencia el tribunal dispuso que:

DÉCIMO: Que, respecto de la cláusula décimo primera del contrato de trabajo, se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política del Estado, que establece que la libertad de trabajo y su protección, indicando que ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Que, la norma constitucional descrita establece el principio de la libertad de trabajo, indicando en forma expresa las únicas vías para limitarlo.

Que, según lo expuesto, las partes de un contrato de trabajo no pueden convenir cláusulas que obliguen al dependiente a abstenerse de desempeñar actividad alguna remunerada una vez extinguida la relación laboral, ya que dicho pacto afecta la libertad de trabajo.

Que, el artículo 1462 del Código Civil dispone que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno.

Que, de este modo, la cláusula décimo primera del contrato de trabajo suscrito entre la sociedad [XX] y don [XY], es inconstitucional y adolece de objeto ilícito según las normas expuestas.

Como se puede apreciar, en este caso la aplicación de las normas constitucionales a las que hace alusión el tribunal, no implican en modo alguno la inaplicación de normas legales en el caso concreto. Por el contrario, el adjudicador invoca las normas constitucionales como pertinentes en el conflicto sometido a su decisión en virtud de lo dispuesto por el propio legislador en el artículo 1462 del Código Civil. Así, la Constitución resulta aplicada de manera directa en el caso concreto, reconociendo su valor como fuente del Derecho, pero en perfecta concordancia con las normas infra-constitucionales y sin que exista una desatención de estas últimas.

Ahora bien, a esta forma de irradiación, que implica la aplicación de aquellas normas abiertas e indeterminadas que por lo general constituyen las normas sobre derechos fundamentales, podría objetársele el hecho de que conlleva un aumento en los niveles de incertidumbre jurídica y de discrecionalidad judicial. Sin embargo, lo cierto es que esta forma de aplicar la Constitución a través de las cláusulas generales que contiene el derecho común no implica un mayor riesgo de discrecionalidad que el que ordinariamente poseen los jueces de instancia al dotar de contenido a fórmulas evidentemente abiertas e indeterminadas, como son las nociones de orden público o buenas costumbres. Por el contrario, en virtud de la irradiación de los valores constitucionales, dichas fórmulas, en vez de basarse exclusivamente en las consideraciones morales del juez o en sus interpretaciones acerca de lo que constituyen la moral social, deberán tener un punto de contacto con el conjunto de valores que implica la Constitución y las normas sobre derechos fundamentales en particular.

Así, en la medida que las cláusulas generales del derecho común sean dotadas de contenido por las normas constitucionales, existirá un mayor nivel de control sobre las decisiones del adjudicador que el que normalmente existe cuando se apela directamente a consideraciones como la buena fe, el orden público y las buenas costumbres. Y ello por cuanto si bien los principios constitucionales pueden ser determinados con cierto grado de discrecionalidad por parte del juez -dado su carácter de mandatos de optimización- a lo menos responden a una determinación previa del constituyente y poseen algunos *contornos* establecidos en la propia Constitución.

En suma, este tipo de irradiación a través de las cláusulas abiertas e indeterminadas del orden sub-constitucional no sólo resulta consecuente con una deferencia al legislador democrático, sino que incluso puede significar, a lo menos marginalmente, un mayor nivel de control sobre las decisiones del juez cuando éste debe dotar de contenido a dichas cláusulas.

2.5. El efecto horizontal de los derechos fundamentales

El efecto de irradiación al que se ha hecho referencia en el apartado anterior ha sido caracterizado tradicionalmente como un *efecto indirecto* que tendrían las normas

constitucionales y, en especial, las normas sobre derechos fundamentales, en tanto principios objetivos, sobre el ordenamiento sub-constitucional.

Sin embargo, en los sistemas jurídicos occidentales contemporáneos a este efecto indirecto generalmente se suma el reconocimiento a nivel positivo –que recurrentemente se encuentra acompañado de una cada vez mayor aprobación por parte de la doctrina y jurisprudencia- de un *efecto directo*, según el cual las normas sobre derechos fundamentales, además de sus consecuencias como principios objetivos, generan derechos subjetivos que no sólo resultan oponibles al Estado, sino que también a otros particulares, quienes también pasan a ser considerados como eventuales sujetos pasivos frente al titular de un derecho fundamental²³⁹.

En otras palabras, en virtud de este efecto directo, se entiende que los derechos fundamentales constituyen una fuente inmediata de derechos y obligaciones en las relaciones ciudadano/ciudadano, de modo tal que no sólo se conciben como ámbitos de exclusión frente al poder estatal –como ocurría, de hecho, bajo la concepción clásica de los derechos fundamentales- sino que también de un modo estrictamente horizontal²⁴⁰.

Este efecto horizontal de los derechos fundamentales resulta ampliamente reconocido dentro del sistema jurídico chileno por parte de los operadores²⁴¹. Su justificación positiva, por

²³⁹ Según ALDUNATE, *op. cit.* en nota 235, p. 25, esta distinción entre efecto indirecto y directo de los derechos fundamentales ha sido desatendida en Chile, creando una confusión evidente. En concreto, y a diferencia de lo que ha entendido por la generalidad de la doctrina nacional, “lo que se encuentra tras la denominación de la *Drittwirkung* o eficacia relativa de los derechos fundamentales, en el derecho alemán y español, respectivamente, no es otra cosa sino el efecto de irradiación de estos derechos a la esfera del derecho privado (...)”, y no así la posibilidad de que los derechos fundamentales se constituyan en una fuente directa e inmediata de deberes u obligaciones entre particulares.

²⁴⁰ No obstante lo anterior, y siguiendo a Robert Alexy, valga una prevención: los derechos que se tienen frente a un ciudadano, estructuralmente no son del mismo tipo de derechos que se tienen frente al Estado. Basta considerar que “un ciudadano no puede tener, por ejemplo, frente a otro ciudadano, ningún derecho a que éste expida o no determinadas leyes”. ALEXY, *op. cit.* en nota 32, p. 477.

²⁴¹ Al respecto, ALDUNATE, *op. cit.* en nota 235, p. 14, ha señalado que “el efecto relativo u horizontal de los derechos fundamentales es aceptado sin discusión –y, habría que agregar, sin mayor reflexión- en nuestro país”. Sin embargo, lo cierto es que además de las propias críticas que Aldunate ha expresado respecto del efecto horizontal, es posible encontrar algunas otras opiniones que, al menos desde un punto de vista de teoría constitucional, sí realizan objeciones frente al efecto horizontal de los derechos fundamentales. En este sentido, ver JANA, Andrés. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En: ALEGRE, Marcelo y otros. Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, p. 320; también CORREA, Rodrigo. En defensa de una aplicación exclusivamente vertical de los derechos fundamentales”. En: Congreso Mundial de Derecho Constitucional (VI, Santiago de Chile, 13 de enero de 2004), inédito. Citado con autorización del autor.

regla general, se ha realizado a partir del inc. 2 del art. 6 CPR -“los preceptos de esta Constitución obligan (...) *a toda persona institución o grupo*”- y del art. 20 CPR, en tanto esta disposición establece la procedencia del recurso de protección frente a *cualquier* privación, perturbación o amenaza, sin distinguir si la misma resulta imputable al Estado o también a un particular.

Si bien ninguna de las normas citadas resulta concluyente para fundar el efecto horizontal, la práctica jurisprudencial chilena confirma inequívocamente la recepción de la tesis de la horizontalidad, no sólo en cuanto los derechos fundamentales han sido reconocidos recurrentemente como el fundamento de diversas pretensiones entre privados ante la justicia ordinaria, sino que además en tanto la admisibilidad del recurso de protección ha sido ampliamente reconocida frente a todo tipo de infracciones a los derechos fundamentales, ya sea que ellas provengan de personas jurídicas, colectivos o individuos propiamente tales²⁴². En último término, en la práctica, lo relevante para determinar la admisibilidad y procedencia del recurso ha sido más bien la constatación de si existen o no afectaciones de situaciones jurídicas que requieran respuestas institucionales urgentes antes que la calidad que pueda tener el sujeto pasivo²⁴³.

Ahora bien, este efecto horizontal que se pretende atribuir a los derechos fundamentales, bajo una lectura superficial no sólo parece inocuo, sino que además parece ser –según sus defensores- la única forma de proteger adecuadamente los bienes jurídicos que subyacen a los derechos fundamentales. En efecto, los horizontalistas sostienen que para que los intereses que se encuentran tras los derechos fundamentales se resguarden de manera debida, no sólo resulta necesario establecer mecanismos destinados a hacer frente a las intervenciones del Estado, sino que también contra las afectaciones que pudieren cometer otros ciudadanos. Particularmente, ello tendría sentido cuando los particulares se encuentran revestidos de un poder fáctico tal, que

²⁴² En este sentido, según Gómez, “[a] mediados de la década del noventa, se afianzó la práctica de impugnar indiscriminadamente todo tipo de situaciones o actos entre particulares por medio de esta acción constitucional” que constituye el recurso de protección. Al respecto, ver GÓMEZ, *op. cit.* en nota 230, p. 61.

²⁴³ A partir de un análisis de la práctica judicial en materia de recurso de protección, Gómez ha señalado que este recurso ha devenido más bien en una acción de urgencia destinada a mantener el *statu quo* y no en un mecanismo especial de garantía de derechos fundamentales. GÓMEZ, *íd.*

materialmente resultan difíciles de distinguir de los órganos que desarrollan funciones públicas²⁴⁴.

Sin embargo, bajo una lectura más cuidadosa, el denominado efecto horizontal ha sido objeto de innumerables críticas. Por ejemplo, se ha señalado que a la Constitución materialmente sólo le corresponde establecer los principios básicos que regulan los órganos del Estado y las relaciones entre éstos y los individuos; que producto del efecto horizontal se introduce una limitación indebida en la autonomía privada por cuanto la Constitución, en vez de limitarse a proteger los derechos fundamentales frente al Estado, impone a los ciudadanos la obligación de respetar los derechos de los demás; etc.²⁴⁵

No obstante, más importantes que las anteriores son aquellas críticas que, por una parte, ven en el efecto horizontal de los derechos fundamentales una potencial disolución de las tradiciones argumentativas y construcciones dogmáticas propias de los ordenamientos infra-constitucionales y, por la otra, ven un aumento desorbitado de las potestades de los jueces al poder prescindir de dichas construcciones en los casos concretos y poder aplicar directamente aquellos estándares normativos ambiguos e indeterminados que suponen los derechos fundamentales. La relación entre ambas críticas resulta evidente, pues como ha sostenido CORREA, “la destrucción de esas tradiciones libera así al juez haciendo más incierto el mérito de los razonamientos judiciales y el texto de las leyes”²⁴⁶.

Al respecto, es preciso notar que estas dos críticas adicionales a las que se ha hecho alusión dejan entrever algo que hasta el momento no se ha expresado respecto de la teoría del efecto horizontal. Y ello es que, por regla general, quienes defienden la horizontalidad no sólo entienden que los derechos fundamentales pueden hacerse valer en la dimensión

²⁴⁴ Como ha sostenido Andrés Jana, algunos defensores del efecto inmediato sostienen que “[l]a analogía que se encuentra entre las relaciones de poder público con algunas de las relaciones que se encuentran en la sociedad actual entre ciudadanos y grandes corporaciones o grupos de poder, social o económico, haría necesaria la extensión de los derechos fundamentales a estas relaciones”. Ver JANA, *op. cit.* en nota 241, p. 59.

²⁴⁵ Sobre éstas y otras críticas que se realizan al denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales, y sobre una respuesta a las mismas, ver FERRERES, Víctor. La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares. En: ALEGRE, Marcelo y otros. Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, pp. 41-52.

²⁴⁶ CORREA, *op. cit.* en nota 241.

ciudadano/ciudadano, sino que además, pueden ejercerse con prescindencia de las disposiciones de carácter legal. En este sentido, tras la teoría del efecto horizontal existe la pretensión de que “un particular puede oponer a otro particular directamente un derecho fundamental, sin necesidad de un acto del legislador o alguna otra mediación o cualificación”²⁴⁷ o de que “los derechos fundamentales habrían de tener un efecto absoluto”²⁴⁸. Es esto, sin duda, lo verdaderamente problemático tras la tesis de la horizontalidad y es esto lo que, en definitiva, produce un aumento considerable de inseguridad jurídica.

Así, este aumento de incertidumbre que trae aparejado el efecto horizontal no sólo tiene como causa, como ha sostenido FERRERES²⁴⁹, el hecho que en la aplicación de los derechos fundamentales las colisiones que puedan presentarse entre ellos se resuelvan por medio del método de la ponderación, sino que por el hecho más grave consistente en que las regulaciones del legislador sean inaplicadas por parte de los jueces. De este modo, aún cuando se estimase – tal como lo hace FERRERES²⁵⁰ - que el mecanismo de ponderación entre derechos fundamentales puede ser controlable mediante técnicas jurídicas adecuadas y por una teoría de la argumentación jurídica racional, la inseguridad jurídica seguirá latente en la medida que la ley pueda ser contingentemente aplicada o no según la deferencia del juez en aquellos casos en que se encuentren involucradas normas sobre derechos fundamentales.

Teniendo presente lo anterior, estas últimas críticas frente a la tesis del efecto horizontal, en verdad replican aquellas que se formulan ante la inaplicación de las normas legales en los casos en que existe involucrada una norma sobre derecho fundamental.

²⁴⁷ JANA, *op. cit.* en nota 241, p. 59.

²⁴⁸ ALEXY, *op. cit.* en nota 32, p. 470. Adicionalmente, y en el mismo sentido, ALEXY señala que Nipperdey, uno de los principales representantes de la teoría del efecto directo concibe a este último como un “efecto directamente normativo que *modifica las normas de derecho privado existentes* –sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas- o crea otras nuevas, sean éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación” (*ibíd.*, énfasis agregado).

²⁴⁹ FERRERES, *op. cit.* en nota 245, pp. 49-50.

²⁵⁰ Según FERRERES, *ibíd.*, si bien por la constitucionalización y la ponderación el derecho privado tradicional se ve “desestabilizado” en una primera etapa, “una vez que se empiezan a acumular precedentes y la doctrina empieza a adaptar las antiguas categorías a los nuevos principios constitucionales, la seguridad jurídica queda debidamente protegida”.

Así, en último término, es más bien producto de esta inaplicabilidad de la norma legal, que los verticalistas –esto es, quienes defienden que los derechos fundamentales sólo deben obligar al Estado- ven en el efecto horizontal, una potencial disolución de las tradiciones argumentativas infra-constitucionales y un consiguiente aumento en las potestades de los jueces. Es producto de ello también que “los civilistas más reflexivos temen que el derecho privado pierda su forma, adquirida por la acumulación de experiencia y de razón, a consecuencia de la aplicación judicial directa de normas constitucionales, cuyas condiciones concretas de aplicación permanecen indeterminadas”²⁵¹.

Por cierto, estos temores resultan fundados. Y ello por cuanto si se acoge una tesis en que los derechos fundamentales pueden invocarse también entre particulares, prescindiendo de las normas legales, el ordenamiento sub-constitucional se vuelve superfluo o, como ha sostenido ALEXY en una primera aproximación, “[n]o podría explicarse por qué sería necesario conservar todavía a las normas de derecho civil”²⁵².

En términos prácticos y bajo esta caracterización del efecto horizontal, piénsese por ejemplo lo que significaría un caso de responsabilidad civil en que el demandante solicitara una indemnización de perjuicios por el hecho que un medio de prensa, al difundir aspectos de su personalidad, lesionó su derecho a la honra en los términos que lo consagra el artículo 19 N° 4 CPR. En virtud de un efecto horizontal que prescinde de las normas legales para resolver el conflicto, el demandado no podría invocar la denominada *excepción de verdad* consagrada en el artículo 30 de la Ley N° 19.733 (la denominada Ley de Prensa) y, a falta de un reconocimiento constitucional expreso, no tendría relevancia aquella excepción que se basara en el hecho que la difusión tenía como presupuesto la existencia de un interés público real o que lo dado a conocer decía relación con hechos relativos al ejercicio de una función pública²⁵³; asimismo, todas las

²⁵¹ BARROS, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 249. En un sentido similar, JANA, *op. cit.* en nota 241, p. 67, ha señalado que “una vez que los derechos constitucionales tienen directa aplicación en la solución del conflicto tienden necesariamente a controlarla, haciendo irrelevantes las normas legales que en ausencia de ellos decidirían la disputa, y los casos terminan siendo adjudicados por decisiones basadas fundamentalmente en argumentos de principio”.

²⁵² ALEXY, Robert, *op. cit.* en nota 32, p. 480

²⁵³ El artículo 30 de la Ley N° 19.733 dispone que “[a]l inculpaado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social, no le será admitida prueba de verdad acerca de sus expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una de las siguientes circunstancias:

categorías de la responsabilidad civil extracontractual correrían el riesgo de no ser consideradas en su integridad en base a una posible contradicción con las normas sobre derechos fundamentales.

Si bien el ejemplo resulta extremo y, por regla general, en casos de aplicación de derechos fundamentales los jueces consideran al menos *algunas* normas legales para resolver el conflicto sometido a su decisión, lo cierto es que la no aplicación de *todas* las normas legales por aparentes motivos constitucionales, resulta suficiente para entender que el problema es grave para la racionalidad del sistema infra-constitucional.

Haciéndose cargo de estas críticas al efecto horizontal, ALEXY ha señalado que los jueces no pueden apartarse, sin más de lo dispuesto por el legislador. Según sus términos,

es necesario que el juez civil, en aras de una praxis de decisión coherente, que sirva los postulados de la seguridad jurídica y de la igualdad de trato (...) [esté] sujeto *prima facie* al derecho civil válido, que se presenta en forma de leyes, precedentes y de dogmática sobre la cual existe consenso. Si, sobre la base de los principios de derecho fundamental, el juez civil quiere apartarse de esto, tiene que asumir la carga de la argumentación²⁵⁴.

Si bien es cierto que una solución como la propuesta tiene la virtud de restringir la prescindencia absoluta de las normas legales que se puede sostener bajo una tesis radical del efecto horizontal, deja un margen importante para que todos los jueces puedan preterir las normas legales aplicables al caso. Para ello, según ALEXY, basta que los jueces asuman y satisfagan la carga de la argumentación. Por lo mismo, tal solución no resulta adecuada desde el punto de vista de una teoría constitucional que pretende ser deferente con los postulados de una república democrática. Menos aún cuando según el propio ALEXY las condiciones de

a) Que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real;

b) Que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio.

En estos casos, si se probare la verdad de la imputación, el juez procederá a sobreseer definitivamente o absolver al querrellado, según correspondiere”.

²⁵⁴ ALEXY, *op. cit.* en nota 32, p. 480.

racionalidad de la argumentación son sólo realizables “aproximativamente y su realización suficiente no garantiza ninguna corrección definitiva sino tan sólo relativa”²⁵⁵.

Dado que esa corrección definitiva resulta valiosa en un Estado de Derecho, creando expectativas y produciendo niveles adecuados de certidumbre, en virtud del efecto horizontal los jueces sencillamente no deben prescindir de las normas legales al resolver los conflictos sometidos a su decisión, ni aun a pretexto de la aplicación directa de normas sobre derechos fundamentales. Por lo demás, y como se ha sostenido antes, en Chile los jueces de instancia no se encuentran facultados para actuar en tales términos en razón de las competencias establecidas en la propia Constitución (art. 93 CPR).

En conclusión, una interpretación compatible del efecto horizontal con un sistema respetuoso de las competencias del legislador, es aquella que entiende que efectivamente los particulares pueden invocar los derechos fundamentales no sólo frente al Estado, sino que también frente a otros particulares. Pero ello, sin la implicancia adicional de que los jueces puedan obviar, en los conflictos entre ciudadanos, las reglamentaciones establecidas por la ley, los precedentes y las construcciones dogmáticas propias de los ordenamientos subconstitucionales que cumplen la función de otorgar certidumbre a la argumentación jurídica. En otras palabras, si bien los tribunales pueden resolver conflictos entre particulares teniendo en consideración los derechos fundamentales, no deben resolver dicho conflicto teniendo a la vista únicamente la extensión de sus derechos fundamentales como criterio de solución²⁵⁶.

Lo anterior no significa en modo alguno limitar del todo el efecto horizontal. Sólo como ejemplo, los derechos fundamentales podrán seguir siendo invocados como derechos subjetivos en casos de responsabilidad civil y podrán seguir sirviendo de fundamento de una indemnización en casos de violación o infracción a los mismos por parte de los particulares. No obstante, en el

²⁵⁵ ALEXY, Robert. Sistema jurídico y razón práctica. En su: El concepto y la validez del derecho. 2ª ed. Barcelona, Editorial Gedisa, 2004c, p. 176.

²⁵⁶ En este sentido, si bien Manuel Núñez ha sostenido que “la sola observación de nuestra práctica judicial nacional (especialmente la derivada de los juicios de protección y amparo) demuestra que los tribunales también resuelven, bien o mal, conflictos entre particulares teniendo a la vista únicamente la extensión de sus derechos fundamentales como criterio de solución”, lo cierto es que de ese hecho no se deriva ninguna razón concluyente para que los tribunales deban seguir actuando de ese modo. Ver NÚÑEZ, Manuel. Los instrumentos procesales para la protección de los derechos humanos. En: GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín; MARTÍNEZ, Ignacio; NÚÑEZ, Manuel Antonio. Lecciones de Derechos Humanos. Valparaíso, Edeval, 1997, p. 326.

caso concreto, aun cuando el interés lesionado tenga su fuente en la Constitución, el conflicto deberá ser resuelto no sólo en bases a las normas constitucionales que resulten procedentes y aplicables, sino que también en consideración a todas las reglas, argumentos y construcciones dogmáticas que conforman el complejo estatuto de la responsabilidad civil extracontractual²⁵⁷. De este modo, se logra compatibilizar la posibilidad de invocar los derechos fundamentales como derechos subjetivos frente a otros ciudadanos, con la exigencia democrática y de certidumbre que supone aplicar las normas legales que resultan pertinentes para la adecuada solución de un caso concreto.

2.6. La interpretación conforme a la Constitución

Quizás la manifestación más evidente de un sistema jurídico constitucionalizado dice relación con el deber del adjudicador de realizar una interpretación de la ley que resulte conforme con la Constitución, de modo que, como daba a entender la sentencia dictada en el caso Lüth, ninguna prescripción se encuentre en contradicción con el sistema de valores que existe en la Constitución. Ello no sólo como una forma de tender a la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, sino que además como una forma de hacer efectivo el principio de supremacía constitucional que, en el caso de la Constitución chilena, se encuentra establecido en el inc. 1 del art. 6 CPR.

En este sentido, se sostiene que si efectivamente la Constitución es la norma superior del ordenamiento y representa el conjunto de valores que determinan a la comunidad, tanto la ley como cualquier otro tipo de norma deben ser interpretadas en aquel sentido que mejor se adecue a los dictados de la Constitución. En otras palabras, frente a diversas posibilidades de atribución de significado, el juez debe preferir aquella que evite la contradicción entre la norma infraconstitucional y la Constitución.

Al respecto, resulta interesante notar que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha reconocido como manifestación inequívoca de los postulados del Estado Constitucional, la interpretación de la ley conforme a la Constitución. En este sentido, en un fallo dictado en la

²⁵⁷ Como ha señalado Barros, “[a]nte todo, la Constitución al consagrar derechos también define bienes jurídicos, de lo que se sigue un efecto reflejo en el derecho privado: los derechos que reconoce la Constitución son necesariamente bienes o intereses legítimos en sede responsabilidad civil”. Ver BARROS, *op. cit.* en nota 251, p. 248.

causa *Sergio Cárcamo Díaz e Isaías Fernández García de la Vega con Contralor General de República*, la Corte sostuvo que el Estado debe dar aplicación

a ciertos principios esenciales que inspiran el constitucionalismo, como son la supremacía constitucional que se plasma, en lo que a los tribunales se refiere, en la aplicación preferente y directa de la Carta Fundamental y que *corresponde preferir dentro de la interpretación del sistema de fuentes aquélla que le reconozca preeminencia, eficacia y armonía con todas éstas*²⁵⁸ (énfasis agregado).

Ahora bien, no obstante la claridad en cuanto a las exigencias que importa el principio de interpretación conforme, resulta necesario formular algunas precisiones respecto del mismo.

Primero, en caso que el intérprete no encuentre significados que le resulten concordantes con los contenidos de la Constitución, no se encuentra facultado para dejar de aplicar la norma legal. Las razones ya han sido expuestas latamente con anterioridad.

Segundo, es necesario destacar que este principio de interpretación conforme también debe ser tenido en consideración por parte del TC al realizar el control de constitucionalidad de la ley. En este sentido, y como ha señalado DE OTTO, “el principio de interpretación conforme a la Constitución obliga en primer término al propio TC que, a la hora de enjuiciar la conformidad de una ley con la Constitución, no deberá declarar la nulidad cuando sea posible una interpretación en la cual la ley resulte conforme con la norma constitucional”²⁵⁹. En otras palabras, la deferencia al legislador exige que el órgano con competencias para el control de constitucionalidad de la ley, en caso de puntos oscuros o dudosos, al menos intente descifrar algún posible significado constitucional de la norma legal, dejando la declaración de inconstitucionalidad sólo como mecanismo de último recurso.

Así lo ha entendido, por lo demás, el propio TCCh, el cual en un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de un precepto que concede potestades públicas a la Corporación Nacional Forestal sostuvo que es preciso “recordar la regla de interpretación constitucional según la cual frente a un acto de legislador regularmente materializado, aun más si no ha sido impugnado,

²⁵⁸ Sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 5 de mayo del 2004, en los autos rol N° 1112-2004.

²⁵⁹ DE OTTO, *op.cit.* en nota 147, pp. 80-81.

debe declararse su inconstitucionalidad únicamente si no existe ninguna interpretación posible que permita declarar su conformidad con la Constitución”²⁶⁰.

Finalmente, debe tenerse presente una prevención. En la búsqueda de una interpretación compatible de la norma legal con aquellas de la Constitución, siempre existe el riesgo que quien interpreta termine otorgando al texto de la ley un sentido diametralmente distinto de aquel que pretendía el legislador. Ello ya ha sido denunciado en algunos casos por los propios ministros del TCCh. Así, en un requerimiento de constitucionalidad formulado por diversos Senadores respecto a determinados artículos del proyecto de ley sobre trasplante de órganos, los ministros Bulnes, García y Faúndez, expresaron en un voto disidente que “se invade el campo del legislador al conceder a disposiciones impugnadas por el requerimiento, un sentido claro y ostensiblemente distinto al señalado en el proyecto de ley examinado y al otorgarles una amplitud que pugna con la sola lectura de su articulado”²⁶¹.

En virtud de lo anterior, en aquellos casos en el ámbito del ejercicio del control constitucional de la legislación, existan dudas respecto al sentido y alcance de una norma legal determinada, lo aconsejable es que se formulen *reenvíos* al legislador, de modo tal que sea este último el que actúe como autoridad interpretativa final. De lo contrario, se corre el grave riesgo de que sea el propio TC el que acabe estableciendo el sentido de una norma legal, en desmedro de los propósitos buscados por el legislador. Sobre esto se volverá en el capítulo final.

3. Neoconstitucionalismo y vulgarización

Dentro de la tradición del constitucionalismo y desde las declaraciones de derechos propias del periodo revolucionario, las constituciones, además de las normas sobre competencias y procedimientos, han consagrado una serie de normas sustantivas o de principios morales y políticos que denotarían el acto fundacional que pretende el constituyente. Así, la existencia de principios y valores en los textos constitucionales no es una novedad propia del Estado Constitucional de Derecho ni tampoco una realidad ajena al Estado legalista decimonónico.

²⁶⁰ Sentencia de fecha 1 de julio de 2008, dictada en los autos rol N° 1024-2008.

²⁶¹ Sentencia de fecha 13 de agosto de 1995, dictada en los autos rol N° 220-1995. Un análisis del fallo en ZAPATA, *op. cit.* en nota 193, pp. 331-332.

Sin embargo, como ya se señaló en el apartado anterior, lo que sí resulta original bajo los presupuestos del Estado Constitucional, es que estas normas sustantivas dejan de considerarse como mandatos dirigidos única y exclusivamente al legislador y pasan a ser consideradas como normas jurídicas vinculantes, capaces de producir efectos jurídicos propiamente tales. Así, bajo los presupuestos del Estado Constitucional, los principios y valores constitucionales no sólo se encuentran dotados de relevancia política, sino que además adquieren importancia tanto en el control de la legislación como en el contexto de aplicación, abriéndose un nuevo horizonte normativo a ser considerado por el adjudicador en la resolución de casos concretos.

Como se verá en lo que sigue, la aplicación de este tipo de normas por parte del juez, implica necesariamente la apertura del sistema constitucional a consideraciones argumentativas típicas del discurso moral o político. Ello, por cierto parece inevitable a nivel constitucional. Sin embargo, y como se ha visto, el hecho es que producto de un modelo de constitucionalismo extremo o radical, según el cual los jueces pueden prescindir sin más de las normas infra-constitucionales que estimen contrarias a la Constitución, el modo de argumentación propiamente constitucional pretende expandirse a la totalidad del ordenamiento jurídico, con el consiguiente riesgo de de-formalización y pérdida de racionalidad del sistema jurídico en general. Para evitar tales consecuencias y en consonancia con lo sostenido hasta el momento, este capítulo termina sugiriendo un modelo de constitucionalismo moderado o, lo que es igual, deferente con las potestades normativas del legislador democrático.

3.1. La “apertura” del sistema constitucional

Como se ha señalado con anterioridad, las normas que, en general, componen la denominada parte dogmática de la Constitución, difieren bastante en cuanto a su estructura de las restantes normas del ordenamiento sub-constitucional. Y ello por cuanto a diferencia de la determinación que generalmente caracteriza a las normas legales, las normas sustantivas y sobre derechos fundamentales establecidas en las Constituciones se estructuran, por lo general, como principios.

Estos principios, dado su carácter de normas vagas, ambiguas, imprecisas e indeterminadas, requieren ser dotados de contenido en los casos concretos que son sometidos al conocimiento de los jueces. En dicho proceso, por cierto, intervienen inevitablemente consideraciones extrajurídicas que dependen, en gran medida, de una toma de posición moral por parte del juez. Es por ello que, en definitiva y como ha sostenido HABERMAS, la “«materialización» del derecho trae consigo una «remoralización»”²⁶² del mismo.

Por una parte, lo anterior resulta inevitable por cuanto el carácter axiológico de los derechos fundamentales y su estructuración como normas de contenido indeterminado produce que en los casos concretos existan una serie de teorías morales rivales que compitan por dotar de contenido a cada derecho fundamental en particular (al respecto, basta tener como ejemplo lo señalado en el capítulo anterior respecto al derecho a la igualdad). La consecuencia que esto trae aparejada, es que en el contexto de aplicación, la discusión respecto de cuál es el modo correcto de entender qué es lo que dispone un derecho fundamental en concreto, pasa a ser una discusión esencialmente abierta y permeable a pretensiones propias del discurso moral o político²⁶³. En efecto, como ha señalado POZZOLO, en la actividad de individualización de contenido del derecho que realiza el juez, se presentan necesariamente aspectos valorativos, en la medida en que sobre la base de un juicio moral el juez termina prefiriendo alguna de las diversas concepciones que compiten por dotar de contenido a una norma constitucional²⁶⁴.

Por otra parte, la apertura a consideraciones extrajurídicas dentro del discurso constitucional es aún mayor si se toma en consideración que dada la estructuración de los derechos fundamentales como principio o valores, los conflictos que puedan presentarse entre ellos en los casos concretos no sólo resultan de una más difícil resolución ante la inexistencia de reglas que establezcan las condiciones de precedencia entre los derechos involucrados, sino que además por el hecho de que, por regla general, dichos conflictos terminan siendo resueltos a favor de uno de los derechos en juego según las concepciones morales que tengan los jueces en

²⁶² HABERMAS, *op. cit.* en nota 63, p. 319.

²⁶³ Según Susana Pozzolo, dado que la constitucionalización ha consagrado los valores “a través de expresiones vagas, elásticas, imprecisas, y ya que con ellas no ha sido positivizado también su concepción y su peso recíproco, estos mismos derechos o valores para ser interpretados y aplicados tendrían necesidad de una toma de posición moral destinada a darles concreción”. Ver POZZOLO, *op. cit.* en nota 6, p. 190.

²⁶⁴ Al respecto, ver POZZOLO, *id.* p. 204.

particular²⁶⁵. Así, una colisión entre el derecho a la honra y la libertad de expresión, a falta de aplicación de reglas legales o de precedentes, probablemente será resuelta en uno u otro sentido, según si el juez que debe adjudicar el conflicto es más bien conservador o, por el contrario, resueltamente liberal.

Por cierto, en algunos casos, la elección moral que realizan los jueces, pretende esconderse mediante consideraciones ad-hoc que supuestamente dotarían la elección de cierto respaldo institucional. Un ejemplo de lo anterior, parece ser la “tesis numerológica” seguida por la Corte Suprema en el famoso “caso Martorell”, en el cual la Corte, frente a una colisión entre el derecho a la honra y la libertad de expresión, termina fallando a favor del primero de los derechos en juego, en base a que la Constitución establecería un “orden de prelación” entre los derechos fundamentales, según el número en que cada uno de ellos se encuentra consagrado en el art. 19 CPR²⁶⁶.

En suma, ya sea que se trate de la concreción de contenido respecto de un derecho fundamental en particular o de la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, cuando se trata de principios aparece como inevitable un ulterior procedimiento de determinación²⁶⁷ que requiere una toma de posición moral por parte del juez²⁶⁸. Evidentemente, en dicho procedimiento de *lectura moral de la Constitución*, las concepciones personales que el juez tenga acerca de lo que es moralmente correcto inevitablemente adquieren un rol trascendente a

²⁶⁵ Para una teoría neoconstitucionalista, esto no resulta del todo problemático, por cuanto según su concepción del sistema jurídico, debe existir una vinculación necesaria entre Derecho y moral, a la usanza de los postulados iusnaturalistas. En este sentido, ver, por ejemplo, PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 123-158.

²⁶⁶ Al respecto, ver sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 15 de junio de 1993, en los autos caratulados “Luksic con Martorell”, rol N° 983-93.

²⁶⁷ En el mismo sentido, ver BAYÓN, *op. cit.* en nota 217, p. 229.

²⁶⁸ Es por ello que, como sostiene Gargarella, “[a]quí no cabe sostener, como sostuvo célebremente Hamilton en “El Federalista, n° 78, que al invalidar una ley los jueces sólo procuran reestablecer la voluntad democrática de la sociedad incorporada en la Constitución. Ello, no sólo porque dicha “voluntad democrática” no reside “sólo” en la Constitución, sino porque aún si ése fuera el caso, la Constitución, antes de ser aplicada, debe sujetarse a un inevitable proceso de interpretación. Dada la especial dificultad que existe para interpretar los textos constitucionales (en razón de la generalidad y vaguedad de muchos de los principios que típicamente encierran), y nuestra carencia de una teoría interpretativa más o menos indisputable, luego, es difícil afirmar, como lo hacía Hamilton, que los jueces *sólo* aplican la Constitución”. GARGARELLA, Roberto. Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia. En: ALEGRE, Marcelo y otros. Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, p. 15.

efectos de la resolución del caso concreto y, por ende, el juez deja de tener un rol de mero aplicador o intérprete de las normas jurídicas válidas.

En efecto, siguiendo a COMANDUCCI, cuando un juez invoca una norma moral a efectos de fundar una resolución judicial, tiene cuatro alternativas posibles, a saber: (i) acudir a una norma moral objetiva verdadera; (ii) acudir a una norma moral objetiva racional; (iii) acudir a una norma moral intersubjetivamente aceptada; y (iv) acudir a una norma moral subjetivamente escogida²⁶⁹.

Según COMANDUCCI, las dos primeras alternativas presentan serios problemas epistemológicos. La primera por cuanto no existe forma de determinar cuál es aquella moral objetiva, de modo tal que el juez terminaría eligiendo una norma que él *crea* que es moral, reconduciendo el problema a la última alternativa. La segunda, porque aún cuando el juez acudiera a las reglas procesales y sustanciales de una teoría moral en particular, aún se encuentra el problema que significa optar por una de las varias teorías morales rivales existentes, de modo tal que la segunda alternativa termina siendo también re-conducible a la cuarta²⁷⁰.

Respecto de la tercera alternativa, COMANDUCCI señala que también implica problemas epistemológicos relevantes, aunque quizás no de la gravedad de las dos primeras. Ello por cuanto los jueces sencillamente no se encuentran dotados de los instrumentos necesarios para precisar cuáles son aquellas normas morales aceptadas por la comunidad en general. Y aun cuando los tuvieran, se presenta el problema adicional de que en las modernas sociedades contemporáneas, se presentan una serie de normas morales que no resultan compartidas por todos los miembros de las mismas, de modo tal que el juez también tendrá que realizar una elección entre las diversas alternativas que se le ofrecen²⁷¹.

²⁶⁹ Al respecto, COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)consitucionalismo: un análisis metateórico. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, p. 94.

²⁷⁰ Ver COMANDUCCI, *íd.* p. 95.

²⁷¹ Al respecto, ver COMANDUCCI, *íd.* pp. 96-97. En un sentido similar, Alexy ha señalado que un orden de los principios o un orden de los valores controlable intersubjetivamente y que en cada caso condujera exactamente a un resultado, no resulta realizable. Según Alexy, “fracasa ante los problemas de una medición de los pesos y de las intensidades de realización de los valores o principios”. ALEXY, *op. cit.* en nota 255, p. 170.

En último término, se quiera o no y ya sea en mayor o menor grado, al acudir a normas morales a efectos de fundar una resolución judicial, el juez siempre basará su determinación en una norma moral subjetivamente escogida, es decir, en los términos de la cuarta alternativa enunciada²⁷². Y ello, como señala COMANDUCCI, equivale a “dejar completamente en las manos de los jueces el modo de fundar y justificar sus decisiones”²⁷³. Asimismo, y lo que es más grave desde el punto de vista de una sociedad democrática, ello implica que sean los jueces los que vayan configurando cuáles son los modos “correctos” de comportamiento que deben ser seguidos por parte de los ciudadanos, transformándose en una especie de “legislador concurrente [que] empuja a remodelar la ley sobre los contenidos de la Constitución”²⁷⁴.

Como se ha señalado con anterioridad, frente al subjetivismo y la discrecionalidad que trae aparejada la adjudicación constitucional, existen una serie de recursos que pretenden establecer ciertos niveles de control sobre las decisiones de los jueces en el contexto de aplicación. Más allá del precedente, que dentro de la tradición de derecho continental carece de la obligatoriedad propia de la tradición del *Common Law*, dentro del neoconstitucionalismo se acude de manera recurrente a la teoría de la ponderación judicial, mediante la cual se pretende asegurar algún grado de racionalidad procedimental en el contexto de aplicación del Derecho.

En último término, la teoría de la ponderación se reduce a la denominada *máxima de proporcionalidad*, según la cual cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro²⁷⁵. Sin embargo, como ha señalado ALEXY, esta máxima, en el mejor de los casos, establece ciertas exigencias de argumentación racional en el contexto de aplicación, las cuales, por lo demás y como ya se ha

²⁷² En un sentido similar, BALDASARRE, *op. cit.* en nota 56, p. 68, ha sostenido que la aplicación de valores universales a un caso concreto requiere necesariamente “de una relativización de los valores con base en reglas o consideraciones empíricas, y por ello probabilistas y subjetivas, como son precisamente aquellas que se pueden asociar a la razonabilidad”.

²⁷³ COMANDUCCI, *op. cit.* en nota 269, p. 95.

²⁷⁴ POZZOLO, *op. cit.* en nota 6, p. 193. En un sentido similar, HABERMAS, *op. cit.* en nota 63, p. 326, se pregunta si “el inevitable recurso a tales normas de fondo no abre al Tribunal Constitucional la puerta para una creación de derecho de inspiración política, que, conforme a la lógica de la división de poderes, habría de quedar reservada al legislador democrático”.

²⁷⁵ Según Alexy, “entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más próxima: el carácter de principio implica el principio de proporcionalidad, y este implica aquél”. ALEXY, *op. cit.* en nota 32, p. 91.

señalado, sólo resultan realizables aproximativamente. Así, y aun bajo el supuesto hipotético de que los jueces fallaran “a lo ALEXY” y siguieran las condiciones procedimentales de la teoría de la ponderación (cuestión que la práctica judicial demuestra que, por regla general, está lejos de ocurrir) continuaría presentándose un margen importante de indeterminación en los casos en que resultan aplicables los principios y valores que existen tras los derechos fundamentales. El propio ALEXY reconoce aquello al sostener que

el procedimiento de la ponderación es un procedimiento racional pero, no es un procedimiento que en cada caso conduzca a exactamente una única solución. Cuál sea la solución que, después de una ponderación, se considere como correcta, depende de valoraciones que no son ellas mismas controlables por medio del propio procedimiento de la ponderación. En este sentido, la ponderación es un procedimiento abierto²⁷⁶.

En otros términos, un sistema constitucional dotado no sólo de normas de competencia, organización y procedimiento, sino que además de normas sustantivas que pretenden garantizar un mínimo ético dentro del ordenamiento, presentará inequívocamente un grado relevante de indeterminación que, en definitiva, se traduce en una apertura a consideraciones argumentativas propias del discurso moral o político que no resultan ser objetivamente controlables²⁷⁷.

Lo anterior, a su vez, significa un aumento considerable del poder con que cuentan los jueces en términos de *ingeniería social*, al ser precisamente éstos los que se encuentran llamados a dotar de contenido y a determinar en un caso concreto qué concepción de un derecho fundamental es la que debe prevalecer, así como qué derecho tiene precedencia por sobre otro en caso de conflicto.

²⁷⁶ ALEXY, *op. cit.* en nota 32, p. 482. En un sentido similar, Prieto Sanchís ha señalado que “[n]o creo que pueda negarse el carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta el juicio de ponderación (...) sobre todo, cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación coste/beneficio resulta casi inevitable”. Ver PRIETO SANCHÍS, *op. cit.* en nota 265, p. 151.

²⁷⁷ Por eso resulta errado sostener que “[e]l vicio de inconstitucionalidad es el defecto jurídico más grave que puede presentar un proyecto de ley y se configura cuando las circunstancias o contenidos de este último resultan *objetivamente* contradictorios con los mandatos de la Carta Fundamental” (énfasis agregado). Ver ZAPATA, *op. cit.* en nota 193, p. 309.

Evidentemente, en términos de control constitucional, esta concepción de los derechos fundamentales supone también un aumento considerable de las potestades de control de los jueces con competencias constitucionales, en la medida que la indeterminación de las normas constitucionales que sirven de parámetros de control, conlleva necesariamente a que pueda ampliarse el catálogo de razones que permiten argumentar por qué los actos del legislador resultan contrarios a la Constitución.

Finalmente, este aumento en el poder de los jueces resulta aún más potenciado en la medida que el control sobre la actividad judicial se hace cada vez más difuso. En efecto, como lo ha sostenido BALDASARRE la adjudicación conforme a valores, en último término, implica que la “mensurabilidad de la actividad jurisdiccional se transforma inevitablemente en la menos tajante exigencia de no-arbitrariedad de la misma, es decir, en la necesidad de utilizar los amplios parámetros de juicio de manera no irrazonable”²⁷⁸.

En virtud de todo lo anterior, no debe extrañar que el ex Presidente de la Corte Constitucional italiana, GUSTAVO ZAGREBELSKY, no sólo reconozca la importancia excepcional de la jurisdicción dentro del Estado Constitucional, sino que además sostenga que producto de las consecuencias que se siguen de la adopción de este paradigma del Estado de Derecho, el nuevo “señor del Derecho” es el juez, en desmedro del legislador²⁷⁹.

3.2. De-formalización por constitucionalización

Como se ha visto en el apartado anterior, con una Constitución dotada de principios y operativa en términos jurídicos según el principio de fuerza vinculante, una moralización del Derecho parece innegable al interior del sistema constitucional²⁸⁰. Si bien ella no es absoluta y no puede prescindir sin más de las normas positivas que integran el Derecho vigente, en el

²⁷⁸ BALDASARRE, *op. cit.* en nota 56, p. 68.

²⁷⁹ Al respecto, ZAGREBELSKY, *op. cit.* en nota 62, p. 150.

²⁸⁰ En este sentido, Pozzolo ha sostenido que “se habría equivocado un iuspositivismo que afirmara que el jurista-juez puede *conocer* el Derecho, o bien «individualizar el *contenido* del Derecho», sin recurrir a argumentos extra-jurídicos (es decir, sobre la única base de la interpretación textual). Ver POZZOLO, *op. cit.* en nota 6, p. 205. Por su parte, Bayón ha señalado que “dado que los preceptos constitucionales que declaran derechos básicos están ordinariamente formulados en términos considerablemente vagos y abstractos, su aplicación hace estrictamente *inevitable* una «lectura moral» de los mismos”. Ver BAYÓN, *op. cit.* en nota 217, p. 215.

proceso de determinación de contenido de dichas normas, la valoración moral o política aparece como incontrarrestable dentro del contexto de aplicación en materia constitucional.

Sin embargo, lo que resulta preocupante desde el punto de vista de la formalidad del sistema jurídico en general, es que existe una pretensión, cada vez más general, de que sean los principios constitucionales –esto es, estas normas ambiguas, vagas y flexibles- los que determinen el contenido del resto del ordenamiento y de que los jueces de instancia tengan facultades para evaluar el contenido material de la ley e incluso para dejarla de aplicar en caso que se determinara que contraría lo dispuesto por estos principios superiores del ordenamiento²⁸¹. En este sentido, como ha señalado POZZOLO, “la constitucionalización del ordenamiento, de hecho, no representaría la mera introducción de una instancia más elevada de soberanía dentro del esquema piramidal del ordenamiento, no representaría la mera sustitución de la soberanía legislativa con la soberanía abstracta de la Constitución, sino que determinaría una mutación cualitativa del Derecho por entero”²⁸².

En otras palabras, producto de una pretensión *radical* del constitucionalismo, la moralización que se aprecia al interior del sistema constitucional, alcanzaría también al resto del sistema jurídico, pudiendo los jueces de instancia prescindir de los dictados del legislador invocando valores y principios superiores del ordenamiento a efectos de resolver todo tipo de conflictos jurídicos.

Como ya se ha repetido en diversas oportunidades, estas pretensiones del constitucionalismo deben ser rechazadas enérgicamente por una teoría constitucional que pretenda ser respetuosa de las competencias del legislador democrático. Sin embargo, existe una razón adicional que llama a tomar los recaudos necesarios frente a este tipo de constitucionalización. Y dicha razón es que un sistema en que las reglas establecidas por parte del legislador son inaplicadas por los jueces en base a cláusulas vagas e indeterminadas y a

²⁸¹ Al respecto, Prieto Sanchís, por ejemplo, ha expresado que “si la Constitución es una norma de las que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización”. Ver PRIETO SANCHÍS, *op. cit.* en nota 265, pp. 128-129.

²⁸² POZZOLO, *op. cit.* en nota 6, p. 199.

consideraciones eminentemente morales es, en definitiva, un sistema de Derecho premoderno²⁸³ o vulgar²⁸⁴.

Y ello por cuanto un sistema en que los jueces tienen facultades para controlar la adecuación de la legislación conforme a los valores y principios establecidos en la Constitución, necesariamente introduce elementos que causan el deterioro de la forma y de la racionalidad interna del sistema jurídico, con el consiguiente aumento de incertidumbre e indeterminación en la totalidad del ordenamiento.

Este fenómeno, resulta particularmente peligroso si se tiene presente que la forma tiene un valor ulterior, que va más allá de la mera regulación de las relaciones sociales. Dicho valor dice relación con el compromiso que existe entre forma y libertad²⁸⁵. En efecto, como se sostuvo en el capítulo II, el carácter formal de la ley no sólo fue adoptado en el diseño del Estado de Derecho como un mecanismo institucional para otorgar legitimidad al poder político, sino que además vino a significar una garantía frente a la opresión y a la arbitrariedad en los términos del principio de distribución: mientras los individuos gozan de una esfera de libertad -ilimitada en principio- que sólo puede ser restringida por ley, la Administración tiene una facultad de intervención -limitada en principio- que sólo puede ejercerse en la medida que una ley así lo disponga.

²⁸³ A este respecto, Gustavo Zagrebelsky, uno de los teóricos paradigmáticos de lo que se va venido llamando como neoconstitucionalismo ha sostenido que un Derecho gobernado por principios conlleva a “admitir que en los ordenamientos contemporáneos han resurgido aspectos del derecho premoderno. Aun cuando lo hayan hecho inadvertidamente, los autores de las Constituciones vigentes han puesto las condiciones para una renovación del derecho con la impronta de la tradición antigua”. ZAGREBELSKY, *op. cit.* en nota 62, pp. 123-124.

²⁸⁴ En este sentido, Fernando Atria, ha señalado que la vulgarización no es sino un proceso de de-formalización, análogo al proceso sufrido por el derecho romano a partir de los siglos III o IV d.C. (periodo que en la Historia del Derecho es denominado precisamente como Derecho Romano Vulgar), caracterizado por el hecho “de que las interpretaciones que dan prioridad al texto de una regla jurídica son cada vez menos resistentes a las que se basan en apelaciones directas a bienes sustantivos”. Ver ATRIA, Fernando. La hora del derecho: Los “derechos humanos” entre la política y el derecho. Estudios Públicos, N° 91, invierno, 2003a, p. 61. Siguiendo a Alejandro Guzmán Brito, Atria ha caracterizado al vulgarismo por: “(a) La confusión de conceptos [...] (b) El recurso a criterios morales y afectivos, tanto para la construcción dogmática cuanto para la fundamentación de los regímenes jurídicos [...] (c) La supeditación y aun el sacrificio de la disciplina jurídica a fines de política pública o prácticos [...], y (d) la caída de las formas constructivas de las figuras jurídicas, para dejar lugar a las funciones naturales que ellas portan” (*id.* p. 62).

En un sentido similar al de Atria, ver CORREA, Rodrigo. Vulgarización por constitucionalización. Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, p. 162.

²⁸⁵ En el mismo sentido, CORREA, *id.* p. 173.

Sin embargo, las garantías formales y los procedimientos no agotan su valor político frente a las arbitrariedades que pueda cometer la Administración, sino que además tienen un significado material en tanto amparan y protegen la libertad individual y social, “frente a los ataques que se dirigen directamente contra individuos y grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores, establecidos o interiorizados como algo absoluto”²⁸⁶. En este sentido, la forma tiene también un valor de garantía frente a la arbitrariedad que supone un discurso moral con pretensiones de dominación y sirve como mecanismo de protección frente a quienes ejercen el monopolio interpretativo de los valores en una comunidad política, tal como resultan ser hoy, en los sistemas que adoptan los presupuestos del Estado Constitucional, los tribunales de justicia.

En este sentido, lo realmente relevante tras la crítica al denominado fenómeno de la vulgarización no es el simple hecho de que los jueces actúen de manera arbitraria –esto es, en forma contraria a la ley o a la justicia- al resolver los conflictos sometidos a su decisión, sino que los jueces puedan arrogarse la facultad de determinar cuáles son los modos correctos de comportamiento y de terminar actuando, por ende, de manera tiránica -esto es, resolviendo los conflictos sometidos a su decisión conforme a sus concepciones personales del bien²⁸⁷-.

En otras palabras, lo que está por detrás de la crítica a un sistema de-formalizado y, por ende, vulgarizado, no es sólo la resolución azarosa de casos por parte de los órganos judiciales, sino además que dicha resolución venga condicionada por las concepciones morales del juez, volviendo indistinguible, por lo demás, el razonamiento moral del razonamiento jurídico.

Ahora bien, como se puede apreciar a partir de lo sostenido hasta el momento, la pretensión de aseguramiento de la libertad que subyace al Estado Constitucional, bajo un modelo

²⁸⁶ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 19, p. 42.

²⁸⁷ Por lo mismo, no es correcto señalar, tal como lo hacen Marcelo Alegre o Pablo Ruiz Tagle, que la vulgarización no es sino una forma de denotar un fenómeno conocido, como es la arbitrariedad judicial. Al respecto ver ALEGRE, Marcelo. Vulgarización y deterioro del derecho democrático. Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 177-189; y RUIZ TAGLE, Pablo. La vulgarización como slogan y los derechos fundamentales. Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 151-159.

Por lo demás, ya Alexis de Tocqueville había sostenido que “[e]s necesario distinguir bien lo arbitrario de la tiranía. La tiranía puede ejercerse en nombre de la ley misma, y entonces no es arbitraria [...]”. Ver TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. 2ª ed. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 259.

de constitucionalización *radical*, en definitiva, resulta insatisfecha. Y ello por cuanto si en el Estado legislativo existía el riesgo de que la libertad de los ciudadanos quedara a disposición de un sistema político capaz de imponerse sin limitaciones de contenido, en un Estado Constitucional en el que se pretenda que todos los jueces puedan invocar los principios y valores a efectos de resolver los conflictos de relevancia jurídica con prescindencia de los dictados del legislador, la libertad de los ciudadanos queda a disposición de aquello que los jueces consideren moral o políticamente correcto. En definitiva, como ha sostenido SUSANA POZZOLO,

[e]l imperialismo de la moral, típico del neoconstitucionalismo, no (...) parece que haga nada más que elevar un nuevo «rey» por encima del Derecho, y quien tuviera la «sapiencia» para acceder al «conocimiento moral» podría transformarse en un déspota mucho más peligroso que la terrena autoridad política²⁸⁸.

Si esto es así, se presenta la paradoja que el presupuesto político bajo el cual se produjo la configuración del Estado Constitucional –esto es, el aseguramiento de la libertad del ciudadano frente a las eventuales imposiciones del poder político- resulta frustrado precisamente por la institucionalidad desarrollada con el fin de asegurar la libertad frente a la arbitrariedad de la política. La sutil diferencia es que bajo el diseño institucional defendido por los neoconstitucionalistas, ahora la ciudadanía no queda sujeta a las eventuales arbitrariedades que puedan cometer los órganos legislativos, sino que a aquéllas que una minoría judicial pueda imponer en su calidad de intérprete final de la moralidad política.

3.3. Hacia un constitucionalismo moderado o deferente

Como se ha señalado anteriormente, producto de las críticas al carácter formal del Estado de Derecho y al vaciado de contenido de sus normas, el constitucionalismo adoptó una tesis según la cual “la Constitución ya no se limita a fijar los límites del poder del Estado frente a la libertad civil (...), sino que se convierte en la positivación jurídica de los «valores fundamentales» del orden de la vida en común”²⁸⁹.

²⁸⁸ POZZOLO, *op. cit.* en nota 6, p. 210.

²⁸⁹ BÖCKENFÖRDE, *op. cit.* en nota 19, p. 40.

Ahora bien, a partir de una tesis radical, el constitucionalismo ha pretendido que este sistema de valores tenga validez para todos los ámbitos del Derecho, y que, por ende, todos los jueces, sin distinción, se encuentren facultados no sólo para aplicar directamente los derechos fundamentales a los conflictos sometidos a su decisión, sino que incluso para dejar de aplicar las normas legales que estimen contrarias al sistema de valores establecido en la Constitución. Al respecto, un defensor de esta concepción, LUIS PRIETO SANCHÍS, ha sostenido que:

[s]in duda, la idea de los principios y el método de la ponderación, que aparecen indisolublemente unidos, representan un riesgo para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de mayoría que es fundamento de la democracia. Pero, por lo que alcanzo a entender es un riesgo inevitable si quiere mantenerse una versión tan fuerte del constitucionalismo (...)²⁹⁰.

Pues bien, a diferencia de lo sostenido por PRIETO SANCHÍS, en este capítulo se ha sugerido que el riesgo que adopta una versión tan fuerte del constitucionalismo es sencillamente demasiado alto y que, por ende, resulta razonable adoptar una tesis más moderada. Y ello no sólo por el hecho que desde el punto de vista político ya resulta dudoso arriesgar el fundamento mismo de la democracia, sino que además por el hecho que la versión radical del constitucionalismo significa aceptar una de-formalización general del sistema jurídico.

En efecto, en este capítulo se han mostrado diversos ejemplos acerca de cómo los tribunales que carecen de las competencias que tiene el TC, dejan igualmente de aplicar la ley en virtud de consideraciones propias de la argumentación constitucional. Como se ha visto, así ha ocurrido en la jurisprudencia sobre protección y así está ocurriendo también, en forma cotidiana, en todo tipo de juicios ante los tribunales de instancia. Esto resulta particularmente grave. Más aún cuando a diferencia de lo que sucede con la jurisprudencia del TC o la jurisprudencia de protección, los fallos de los tribunales de instancia carecen de la misma publicidad y aún no han sido objeto de un análisis que permita conocer los verdaderos alcances de la de-formalización que ha producido una incorrecta comprensión del principio de aplicación directa de la Constitución en el sistema infra-constitucional.

²⁹⁰

PRIETO SANCHÍS, *op. cit.* en nota 265, p. 157.

Ante la radicalidad de lo que supone un fenómeno como el anterior, en este capítulo se ha adoptado un modelo de constitucionalismo moderado y se ha analizado con precaución cada uno de los presupuestos del Estado Constitucional de Derecho, sugiriendo algunos límites a los alcances –a veces extremos- que se pretende otorgar a cada uno de ellos. Así, se ha sugerido que la fuerza vinculante de la Constitución y la aplicación directa de las normas sobre derechos fundamentales por parte de los jueces, no excluye el hecho que las regulaciones establecidas por parte del legislador deben ser debidamente consideradas por los jueces en el contexto de aplicación.

De este modo, y siguiendo a JANA, de lo que se trata es que exista una comunicación recíproca entre la Constitución y las leyes, pero respetando la racionalidad propia de los ordenamientos infra-constitucionales²⁹¹. Esa comunicación, en todo caso, no puede quedar limitada al hecho que las normas legales sean interpretadas conforme a la Constitución, sino que exige una aplicación irrestricta de las normas legales y de las construcciones dogmáticas que gobiernan el caso concreto.

En suma, un modelo de constitucionalismo moderado reivindica el rol del legislador no sólo por cuanto la ley es manifestación de la voluntad soberana y por cuanto introduce los niveles de diferenciación y determinación necesarios para generar certidumbre dentro del sistema jurídico, sino que además porque constituye una garantía frente a la eventual imposición de las concepciones morales de una minoría, resultando, por ende, servicial a los objetivos originarios con que se estructuró el Estado de Derecho: el aseguramiento de la libertad de los ciudadanos.

²⁹¹ JANA, *op. cit.* en nota 241, p. 67.

Capítulo V. Sobre el Derecho y la Política.
El Rol del Tribunal Constitucional en el Estado de Derecho.

“Dada la creciente imposibilidad de concebir los problemas de la sociedad de una forma políticamente adecuada, existe una marcada tendencia a privilegiar el campo jurídico y a esperar que el derecho proporcione las soluciones a todos los tipos de conflicto. La esfera jurídica se está convirtiendo en el terreno en el que los conflictos sociales encuentran su forma de expresión”
Chantal Mouffe²⁹²

En el capítulo anterior, al hacerse referencia a los presupuestos del denominado Estado Constitucional de Derecho, se señaló que entre ellos se encontraba la denominada garantía jurisdiccional de la Constitución. Al respecto, se sostuvo que en el sistema jurídico chileno podían reconocerse a lo menos tres mecanismos que tradicionalmente han sido considerados de control jurisdiccional de la Constitución. Sin embargo, se señaló también que dicha caracterización resulta impropia al menos cuando el TC realiza el control abstracto de constitucionalidad y ocupa como parámetro de control las normas sobre derechos fundamentales estructuradas como principios. Y ello porque al ejercer dicho tipo de función, la actividad del TC adquiere una naturaleza eminentemente política, que la vuelve semejante a la actividad que desarrolla el legislador propiamente tal.

A partir de este reconocimiento de la naturaleza política que tiene la función del TC en algunos casos, este capítulo final tiene por objeto, en primer lugar, justificar la legitimidad de dicha función. Así, se sostiene que en el control constitucional de la ley en base a principios, el TC puede jugar un rol valioso en relación con el robustecimiento del debate público. Sin embargo, se afirma también que ello no implica que el TC pueda actuar como un órgano de decisión final. Concordante con ello, en este capítulo se sugieren también algunos arreglos institucionales que permitirían que el TC pudiera actuar en los términos propuestos. Finalmente,

²⁹²

MOUFFE, Chantal. La paradoja democrática. Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 127-128.

1. El TC y la deliberación política

Como se señaló con anterioridad, en aquellos casos en que el TC realiza el examen de constitucionalidad de la legislación utilizando como parámetro de control aquellas normas constitucionales que se estructuran como principios y evaluando la razonabilidad de la norma legal, dicho órgano adquiere una naturaleza eminentemente política, que lo vuelve prácticamente indistinguible del legislador democrático en lo que dice relación al rol que le cabe dentro del Estado de Derecho. Sin embargo, orgánicamente, el TC se diferencia radicalmente de él, en cuanto sus miembros no son elegidos directamente por la ciudadanía y, por lo tanto, esta última carece de la posibilidad de orientar la acción política del TC a través del voto²⁹³.

Si la descripción anterior es correcta, surge la interrogante relativa a cómo es posible justificar que dentro de un Estado democrático de Derecho exista un órgano -como es el TC- que tenga la posibilidad de invalidar los dictados del legislador y de terminar adoptando decisiones políticas aún en contra de lo determinado por los representantes de la mayoría. O como se ha preguntado el juez de la Corte Suprema norteamericana STEPHEN BREYER, “¿por qué una democracia –un sistema político basado en la representación y la responsabilidad (...) -debería entregar la decisión final, o casi final, a jueces– es decir, a funcionarios no elegidos, independientes y aislados del impacto directo de la opinión pública?”²⁹⁴.

Sin duda, la respuesta a esta interrogante es compleja. De hecho, incluso un defensor acérrimo del activismo judicial y de una teoría neoconstitucionalista del Derecho, debiera reconocer que la revisión de la constitucionalidad de la ley por parte de un órgano judicial independiente trae aparejada el precio de la relativización del principio democrático –al menos en cuanto éste es entendido en el sentido de la regla de mayoría-. Lamentablemente, ello no ha

²⁹³ La posibilidad de orientar la política a través del voto es consustancial a un sistema democrático. De ahí que MANIN, *op. cit.* en nota 7, p. 18, sostenga que “[l]a institución central del gobierno representativo es la elección”.

Sobre la posibilidad de los ciudadanos de orientar la política a través del voto, ver p. 10.

²⁹⁴ BREYER, Stephen, (1999), “Revisión judicial: la perspectiva de un juez”, en *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, N° 75, p. 53.

sido considerado con la importancia que se merece ni por la generalidad de la doctrina constitucional tradicional ni, en muchos casos, por los propios miembros del TC²⁹⁵.

Ahora bien, la única manera en que el principio democrático no resulte relativizado en forma alguna y que la mayoría no cuente con limitaciones en la configuración de la legislación, es que se suscriba una tesis que niegue *per se* el control de constitucionalidad de la ley. Por cierto, esa no es la tesis que se ha pretendido defender en esta memoria.

En primer lugar, porque la realidad de los sistemas jurídicos occidentales contemporáneos, demuestra que la tendencia dominante efectivamente consiste en la consolidación de tribunales u órganos judiciales independientes destinados al control constitucional de la legislación. Así, una tesis destinada a su supresión se encuentra con un argumento contra-fáctico relevante, como es que la historia reciente demuestra que todo indica que en el futuro cercano nos encontraremos con más tribunales constitucionales y más potestades de control constitucional.

Por cierto, un argumento como el anterior no resulta suficiente para negar la existencia del control de constitucionalidad de la legislación. Por lo mismo, y en segundo lugar, si no se ha seguido la tesis de la negación, es porque resulta posible asignar un rol a los tribunales constitucionales en el control de constitucionalidad de la ley, que resulta compatible con el principio democrático y que, inclusive, es servicial al robustecimiento del debate público.

En efecto, una instancia de revisión de la legislación por parte de un órgano independiente en base a las consideraciones normativas de la Constitución, tal como lo ha sostenido FERRERES, “puede enriquecer el debate con nuevas voces que no pudieron hacerse oír en el proceso legislativo”²⁹⁶, incluyendo las aspiraciones de sectores que generalmente son

²⁹⁵ Sólo a modo de ejemplo, en su curso sobre justicia constitucional, el ex Presidente del TCCh, Juan Colombo Campbell, explicaba que la falta de legitimidad democrática que se imputaba al TC no era tal porque “así se había determinado por diversos jueces latinoamericanos en un congreso sobre teoría constitucional”.

²⁹⁶ FERRERES, *op. cit.* en nota 168, p. 37. A mayor abundamiento, Ferreres sostiene que “[a]unque la democracia representativa hace posible que distintas perspectivas sociales e ideas políticas se encuentren en una asamblea, tiene ciertas limitaciones desde un punto de vista deliberativo. La asamblea representativa es demasiado pequeña para asegurar la presencia de todas las voces. El sistema representativo tiene una tendencia estructural a simplificar. Además, el acceso al proceso legislativo es costoso, y los recursos que son necesarios para acceder a él no

excluidos del discurso político. Esto sería particularmente importante en un país como Chile, en que producto del sistema binominal y la consecuente consolidación de sólo dos grandes bloques ideológicos, grupos minoritarios con indudable significación política han sido permanentemente excluidos, a nivel institucional, de la deliberación pública.

No obstante, debe reconocerse que la posibilidad de incluir las pretensiones de los grupos minoritarios a través del control constitucional de la legislación, en el mejor de los casos, resulta contingente. De hecho, nada asegura que el TC no termine reproduciendo las aspiraciones de las elites gobernantes, manteniendo igualmente excluidas las pretensiones políticas de la minoría. Más aún en un sistema como el chileno, en donde los miembros del TC son elegidos, en buena medida, por quienes gobiernan, a través de un procedimiento ajeno y desconocido por la ciudadanía²⁹⁷.

En otras palabras, aun cuando los miembros del TC fueran independientes y libres del objeto de la presión de las mayorías, nada asegura que sus concepciones políticas sean serviciales a las pretensiones de los sectores desventajados o minoritarios de la ciudadanía. Por ello, la aparición de nuevas voces en el debate público por intermedio del control de constitucionalidad de la legislación es, en el mejor de los casos, una cuestión sólo probable.

No obstante lo anterior, el rol político que ejerce el TC a través del control constitucional, aun cuando no resultara servicial a los intereses de quienes han sido excluidos de la deliberación pública, puede servir a reforzar las prácticas argumentativas del legislador, en la medida que éste deberá prevenir el hecho que sus políticas deberán ser justificadas ante un órgano independiente que, eventualmente, podría aducir razones contrarias a ellas. Es decir, la existencia de un tercero –el TC- dotado de la competencia de evaluar el mérito de las políticas dispuestas por el legislador, no sólo genera el efecto de que eventualmente el debate puede resultar complementado por razones y argumentos que no han sido considerados debidamente al

están distribuidos de manera equitativa. Existe en consecuencia un riesgo de parcialidad en contra de los grupos que se encuentran más marginados en la sociedad. En la medida en que esas voces y esos grupos pueden tener un más fácil acceso al proceso judicial, el juez decide sobre la base de un conjunto más completo de razones y contra-razones” (*id.*, pp. 37-38).

²⁹⁷ Según el artículo 92 CPR, tres (3) de los miembros del TC son elegidos por el Presidente de la República, cuatro (4) por el Congreso Nacional y los tres (3) restantes por la Corte Suprema.

momento de legislar –ya sea tanto por descuido, desconocimiento, o por prácticas ejercidas por grupos de presión que precisamente están llamadas a que esas razones y argumentos no sean considerados-, sino que además pone de cargo del legislador la tarea de considerar, ex ante, eventuales objeciones o contra-argumentos que podrían ser manifestadas por el TC al realizar el control de constitucionalidad de la ley.

Asimismo, en este proceso deliberativo con un órgano independiente, puede quedar de manifiesto “si en la decisión legislativa han resultado determinantes razones defendibles públicamente o intereses privados que no pueden declararse en el marco de las discusiones parlamentarias”²⁹⁸. Es decir, la deliberación con un órgano externo eventualmente puede ayudar a transparentar o explicitar las razones existentes tras la legislación, permitiendo que la ciudadanía pueda tener un mayor nivel de control respecto de los verdaderos motivos que tiene en cuenta el legislador para fundar una política determinada.

Por cierto, este modelo basado en el control que pueden realizar los electores, en tanto concededores de las eventuales discrepancias entre el legislador y el órgano controlador, requiere plena publicidad respecto de las actuaciones del TC y, en especial, del proceso que implica el control de constitucionalidad de ley, de modo tal que la ciudadanía pueda estar al tanto de las distintas opciones políticas que se manifiestan dentro de tal proceso y pueda, en definitiva, formarse sus propias convicciones respecto a la corrección de los argumentos que se presentan en la deliberación²⁹⁹.

En suma, bajo esta perspectiva, el TC puede desempeñar un rol políticamente valioso en la discusión de los asuntos públicos, permitiendo que, en general, se adopten escrutinios de argumentación más estrictos cuando de lo que se trata es de decidir sobre aquellas políticas de mayor relevancia dentro de la comunidad, como son aquellas que guardan relación con una determinada concepción de los principios que subyacen a las normas sobre derechos fundamentales. Es decir, y en términos de FERRERES, bajo el control constitucional de la

²⁹⁸ HABERMAS, *op. cit.* en nota 63, p. 350.

²⁹⁹ Como ha sostenido MANIN, *op. cit.* en nota 7, p. 206, [a] objeto de que los gobernados puedan formarse sus propias opiniones sobre cuestiones políticas, es necesario que tengan acceso a informaciones políticas, lo que exige que las decisiones gubernamentales se hagan públicas”.

legislación, el juez puede hacer una contribución “al diálogo colectivo, recordando a los ciudadanos y sus representantes, el peso que tienen ciertos derechos, y enriqueciendo la deliberación pública con argumentos que no han sido tenidos en cuenta en sede parlamentaria”³⁰⁰.

2. ¿Quién debe decidir finalmente?

Como se puede apreciar de lo sostenido anteriormente, el TC ocupa un lugar privilegiado dentro de la deliberación política. Sin embargo, dicho privilegio debe ser considerado de manera limitada si lo que se pretende es ser consecuente con el principio democrático. Así, esta competencia para participar en el debate público con que cuentan los tribunales constitucionales, en general, y el TCCh, en particular, no debiera ser interpretada de modo tal que se les otorgue la facultad de actuar como órganos de decisión final. Es decir, aun cuando el control de constitucionalidad de la legislación supone la facultad de los miembros del TC de intervenir en la deliberación política, ella no debiera ser considerada como una facultad para que sean ellos los que, en definitiva, tengan la última palabra en la configuración de los asuntos políticos. De lo que se trata entonces es que el TC pueda participar en la deliberación de conflictos constitucionales suscitados a partir de leyes que sus miembros estiman contrarias a algunas de las diversas concepciones que subyacen a los principios de la Constitución, pero no que los resuelvan de manera concluyente o definitiva.

En otras palabras, y respondiendo a la pregunta que se hacía el juez BREYER³⁰¹, no existen razones suficientes para que un sistema político basado en la representación y la responsabilidad deba entregar la decisión final de sus asuntos públicos a funcionarios no elegidos, independientes y aislados del impacto directo de la opinión pública.

Por cierto, esta sugerencia va contra lo que actualmente constituye la ortodoxia en materia de teoría constitucional. Hoy, lo que se señala de manera generalizada, es que los derechos fundamentales constituyen “cartas de triunfo” frente a los dictados de la mayoría, un

³⁰⁰ FERRERES, *op. cit.* en nota 168, p. 40.

³⁰¹ Al respecto, ver p. 160.

coto vedado o un límite infranqueable para las decisiones políticas que pueda adoptar el legislador y que, por ende, debe existir un guardián que tenga la facultad de imponer su voluntad por sobre la del legislador si de lo que se trata es de proteger dichas “cartas de triunfo”.

Sin embargo, como ya se ha sostenido con anterioridad, los derechos fundamentales estructurados en forma de principios, hacen inevitable un proceso ulterior de determinación respecto de su contenido. En la actualidad, esa determinación o dotación de contenido a los principios que subyacen a las normas sobre derechos fundamentales, ha sido reservada a los jueces en virtud del control constitucional de la legislación. Si ello es así, resulta que los verdaderos límites a la mayoría no se encuentran en las normas sobre derechos establecidos en la Constitución, sino que en lo que el órgano encargado del proceso de determinación, establezca como el contenido de las mismas³⁰². Así, lo que se impone como voluntad política última, es la voluntad de los jueces.

Teniendo presente aquello, se concluye que cuando se trata de determinar cuál es el alcance de los principios que subyacen a los derechos fundamentales o cuáles son los mandatos definitivos que se pueden determinar a partir de los mismos, en el mejor de los casos es posible encontrar dos mecanismos alternativos de decisión: voluntad de la mayoría vía legislación o voluntad judicial vía control constitucional.

Como se dijo, en buena medida, el constitucionalismo contemporáneo se ha inclinado por esta última. Y así, se ha adoptado un modelo en que la minoría judicial tiene la última palabra frente a las políticas impulsadas por el legislador democrático. En último término, este modelo parece sugerir que mientras deben tomarse todos los resguardos frente a un legislador que siempre se encuentra en una posición de acecho respecto de los derechos establecidos en la Constitución, debe dejarse la protección de los mismos a un órgano independiente que, al parecer, se encontraría revestido de una calidad moral superior y que se encargaría de hacer frente al legislador, adoptando las decisiones políticas *correctas* en virtud del procedimiento de determinación de contenido de los derechos fundamentales.

³⁰² En este sentido, ver también BAYÓN, *op. cit.* en nota 217, p. 217.

Sin embargo, la inclinación por esta alternativa, parece perder de vista que cualquier mecanismo de decisión política es igualmente falible desde el punto de vista de su pretensión de corrección. Es decir y como ha sostenido BAYÓN, ninguno de estos mecanismos “excluye por principio la posibilidad de la opresión, ya sea la de alguna minoría o la de la propia mayoría”³⁰³; asimismo, nada asegura que el TC adopte decisiones que desde el punto de vista de su contenido sean *sustantivamente* mejores a aquellas que pueda adoptar el legislador. Por lo mismo, y bajo el presupuesto de que el error siempre es posible tanto en uno como en otro mecanismo de decisión “la pregunta decisiva es cuál de las dos debería preferir quien acepte el ideal moral del coto vedado”³⁰⁴, porque lo cierto es que, en definitiva, alguien debe decidir. Es decir, más allá de los frenos y contrapesos que puedan institucionalizarse con el fin que las decisiones políticas no sean adoptadas por un simple modelo de autocracia legislativa o de autocracia judicial, lo cierto es que siempre surge la interrogante de quién decide finalmente.

Pues bien, frente a ello, a estas alturas la respuesta no debiera extrañar. En esta igualdad de condiciones en que se encuentran ambos mecanismos de decisión –los dos son igualmente falibles en cuanto a su pretensión de corrección- un Estado de Derecho respetuoso de la voluntad de sus ciudadanos debería otorgar al legislador democrático la competencia de tener la última palabra en los asuntos políticos. Y ello por cuanto, como ha sostenido BAYÓN, siguiendo a WALDRON, “la regla de la mayoría (...) es la única que reconoce y toma en serio la *igual* capacidad de autogobierno de las personas, el derecho de todos y cada uno a que su voz cuente, y cuente *en pie de igualdad* con la de cualquier otro, en el proceso público de toma de decisiones”³⁰⁵. En efecto, tal como se señaló en la introducción de esta memoria, la regla de mayoría posee una legitimidad superior a otros mecanismos de decisión en materia política. Esta legitimidad, viene dada por el hecho que es la regla de mayoría la que permite que el pueblo, a través del voto, sea su propio gobernante; la que posibilita que los ciudadanos puedan tener influencias directas en los asuntos públicos³⁰⁶.

³⁰³ BAYÓN, *id.* p. 218.

³⁰⁴ BAYÓN, *ibíd.*

³⁰⁵ BAYÓN, *op. cit.*, en nota 217, p. 218.

³⁰⁶ En palabras de Bayón, este reconocimiento de la igual capacidad de autogobierno de las personas que subyace a la regla de mayoría, es lo que confiere a esta última “un valor intrínseco, una *calidad moral*, de la que

Es por ello que si lo que se pretende es que los ciudadanos sean tomados con igual consideración y que se respete el principio de autodeterminación en base al cual se estructuró originalmente el Estado de Derecho, quien debe tener la última palabra en la configuración de los asuntos políticos es aquel órgano que pueda ser controlado de mejor forma por los intereses de la ciudadanía, esto es, el legislador democrático.

En suma, si bien el TC puede tener un rol relevante en el proceso de deliberación política –lo que exige, sin duda, transparentar la naturaleza esencialmente política que puede adoptar el control constitucional de la legislación- dicho rol no debiera permitirle imponer su voluntad por sobre la del legislador. No, al menos, en un Estado democrático de Derecho.

3. Algunos arreglos institucionales para un control constitucional moderado

Ahora bien, si efectivamente el TC puede ocupar un rol en la configuración de los asuntos políticos, pero no debe tener el privilegio de la última palabra, ¿cómo se traducen ello en términos institucionales? En otros términos, ¿cuál debiera ser el alcance del control de constitucionalidad de la legislación cuando el parámetro de control son aquellas normas constitucionales estructuradas como principios?

Desde luego, a partir de la tesis que se ha sugerido, debiera ser un rol más limitado que el que, por lo general, poseen actualmente los tribunales constitucionales en los sistemas jurídicos de la tradición continental.

Por de pronto, en el ejercicio del control de constitucionalidad de la legislación el TC no debiera tener competencias como para dictar *sentencias- ley* (esto es, aquel tipo de sentencias en que el TC dispone cuál es la norma que debe reemplazar a aquella que fue declarada inconstitucional), pues ello haría sencillamente indistinguible sus funciones respecto de aquellas del legislador.

carecería –o al menos no poseería en el mismo grado- cualquier otro procedimiento de decisión colectiva”. Ver BAYÓN, *op. cit.*, en nota 217, p. 218.

En el mismo sentido, el TC no debiera estar dotado de la facultad de *ordenar* o *instar* por la implementación de una política determinada, que es una práctica en que ha incurrido con cada vez más recurrencia el TCCh. Sólo por citar un ejemplo reciente de este último tipo de práctica, en el juicio sobre declaración de inconstitucionalidad de la norma que consagraba la asesoría jurídica gratuita por parte de los abogados (contenida en el art. 595 del COT³⁰⁷), el TC, junto con declararla inconstitucional por atentar contra la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 CPR), la igualdad ante las cargas públicas (art. 19 N° 20 CPR) y el derecho a recibir un justa retribución por el trabajo (art. 19 N° 16 CPR), determinó que:

Nonagésimosexto: Que, sin perjuicio de lo señalado, parece conveniente *instar* al legislador a resolver esta situación que se ha producido, como consecuencia de la subsistencia del turno gratuito de los abogados, estableciendo un mecanismo de asesoría similar al que ya existe en otras materias, como por ejemplo en materia penal y, más recientemente, en el ámbito laboral³⁰⁸ (énfasis agregado).

Como se puede apreciar, en este caso el TC no sólo declaró inconstitucional la gratuidad a que hacía referencia el artículo 595 del COT, sino que además urgió al legislador a que estableciera con prontitud un sistema de asesoría jurídica dependiente del Estado que se asimilara a las defensorías públicas propias de la justicia penal y laboral. Aunque el TC no llega tan lejos como para sugerir cómo debiera implementarse ese sistema, se arroga de todos modos la facultad de *instar* al legislador a desarrollar un programa determinado. Por cierto, esta especie de “actividad legislativa implícita”³⁰⁹ no resulta consistente con el principio democrático, en la medida que corresponde al legislador decidir el mérito y oportunidad en que se debe ejecutar una política determinada, así cómo cuáles son aquellas que deben postergarse a efectos de la implementación inmediata de las más urgentes.

³⁰⁷ La primera parte del inc. 1 del art. 595 del COT disponía que “[c]orresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren obtenido o debieran gozar del mencionado privilegio”.

³⁰⁸ Sentencia dictada con fecha 29 de julio de 2009 en los autos rol N° 1254-08, respecto del requerimiento de inconstitucionalidad del Presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., señor Enrique Barros Bourie, en representación de dicha entidad, respecto del art. 595 del COT.

³⁰⁹ La expresión es de HABERMAS, *op. cit.* en nota 63, p. 335.

En virtud de los mismos argumentos anteriores, cuando el TC estime que una norma legal resulta inconstitucional por atentar contra determinados principios constitucionales, la sentencia de inconstitucionalidad no debiera tener efectos impeditivos absolutos respecto de la entrada en vigencia de la ley que ha sido objeto del control, pues como ha señalado ATRIA, ello deja al TC “en libertad para declarar inconstitucional cualquier (...) alternativa hasta que el legislador le acierte”³¹⁰. Es decir, el Parlamento, aún frente a un TC que actúa como *legislador negativo o limitado al rechazo*, debiera tener capacidad de respuesta respecto de la declaración de inconstitucionalidad³¹¹.

Esta respuesta legislativa³¹², en principio, podría adoptar dos formas diversas. Por una parte, podría insistir en la entrada en vigencia de la misma ley que ha sido impugnada por parte del TC; o, por la otra, podría recoger a lo menos parte de la declaración de inconstitucionalidad e insistir con un nuevo proyecto de ley que incluyera algunas modificaciones respecto de aquél presentado originalmente a control. La elección de uno u otro mecanismo por parte del legislador debiera ser una cuestión contingente, dejada a su discrecionalidad política. Por ende, el establecimiento de algún tipo de responsabilidad por la elección de uno u otro mecanismo, debiera ser una cuestión dejada a los electores a efectos de que se pronuncien en la próxima elección.

Por otra parte, una práctica aún más consistente con la teoría que se ha venido sosteniendo, es la de los *consejos o recomendaciones* al legislador, la cual, como ha sostenido

³¹⁰ ATRIA, Fernando, “Legalismo, derechos y política”, en: *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, (SELA), 2001b, p. 119.

³¹¹ En este sentido, se propone una tesis más restrictiva de las competencias del TC que aquella que, por ejemplo, propone Habermas, quien sostiene que “[m]ientras ese control de normas se ejerza en el marco del derecho de revisión judicial y sólo conduzca al rechazo de normas, pero no a encargos al legislador, razones pragmáticas y de política jurídica pueden hablar a favor de la distribución institucional de competencias que se da en la República Federal de Alemania y en Estados Unidos”. HABERMAS, *op. cit.* en nota 63, p. 335.

³¹² Sobre la “respuesta legislativa”, ver FERRERES, *op. cit.* en nota 168, pp. 43 y ss. Según el autor, “la «respuesta legislativa» es particularmente necesaria, para posibilitar los cambios jurisprudenciales favorables al legislador, allí donde existe un único Parlamento con competencia legislativa sobre una materia, y un Tribunal Constitucional que enjuicia en exclusiva y en abstracto la validez de las leyes. En estos sistemas, la ausencia de una fuerte doctrina del precedente facilita que una eventual «respuesta legislativa» pueda provocar la reconsideración por parte del Tribunal Constitucional de su anterior jurisprudencia” (*id.* p. 46).

ZAPATA, no ha estado ausente dentro de la justicia constitucional en Chile³¹³. Esta práctica permite la intervención del TC dentro del proceso político como una especie de órgano consultivo o asesor en materias constitucionales, dejándole la última palabra en la configuración de la política a los representantes del pueblo³¹⁴.

En cuanto a su oportunidad, estos consejos o recomendaciones podrían efectuarse tanto antes de la entrada en vigencia de la ley, como con posterioridad a ella, esto es, cuando las políticas impulsadas por el legislador ya hayan producido resultados y efectos susceptibles de crítica. Asimismo, podrían plantearse tanto frente a eventuales normas legales que, desde el particular punto de vista de los miembros del TC, supusieran la infracción de derechos de defensa, como frente a las omisiones en materia de derechos de prestación. Así, el TC podría tener un rol particularmente activo en la promoción de lo que constituye su concepción de los derechos fundamentales, efectuando denuncias y sugiriendo planes y programas, en una especie de diálogo continuo con el legislador.

En definitiva, bajo estos presupuestos, el TC, cuando se trata del control de constitucionalidad en base a los *principios* constitucionales, debiera actuar como una especie de *tercera cámara*, con competencias para intervenir en el proceso de producción legislativa esgrimiendo las contra razones que, desde su particular concepción política, desaconsejan la implementación de un proyecto de ley determinado. Sin embargo, y como ya se ha sostenido, esta facultad no debiera venir acompañada de la potestad de decidir, en definitiva, si un proyecto de ley determinado deberá o no entrar en vigencia. Eso es algo que, en último término, le corresponderá determinar al propio legislador.

³¹³ Al respecto, ver ZAPATA, *op. cit.* en nota 193, pp. 341-344, quien señala que algunos ejemplos de consejos o recomendaciones al legislador se pueden apreciar en los autos rol 141, rol 257, rol 276 y rol 304.

³¹⁴ Estas *recomendaciones* al legislador por parte de otros órganos del Estado, no son del todo extrañas dentro del sistema jurídico chileno. A modo de ejemplo, el N° 4 del artículo 18 del DL 211 establece que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene dentro de sus atribuciones, proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

Por cierto, un modelo como el que se sugiere, parece ir contra la corriente. Sin embargo, lo cierto es que mecanismos de control constitucional de la legislación semejantes al que se propone han sido adoptados en diversos sistemas jurídicos occidentales. Así, por ejemplo, se han desarrollado sistema de protección de los derechos fundamentales en que éstos son resguardados a través de una ley que, en principio, puede ser modificada por el legislador (Israel); en que los jueces sólo se encuentra autorizados a “recomendar” al Parlamento que revise una ley supuestamente violatoria de derechos fundamentales (Nueva Zelanda); y en que el Parlamento puede decidir por mayoría simple que una ley considerada inconstitucional puede continuar en vigor por el plazo de 5 años (Canadá)³¹⁵.

Como se puede apreciar, estos modelos de justicia constitucional, se caracterizan por el hecho que resguardan la posibilidad que sea el legislador el que actúe como órgano de decisión final en lo que dice relación con los asuntos políticos, posibilitando que sean los ciudadanos, a través del voto, los que controlen la corrección de las decisiones adoptadas, desde un punto de vista sustantivo.

4. Hacia la reapropiación de la política

Como se puede concluir a partir de lo que se ha expuesto en las secciones precedentes, finalmente se ha terminado realizando una elección. Así, frente a la disyuntiva de quién debe tener la última palabra o quién debe actuar como órgano de decisión final en materia política, se optó por uno de los mecanismos alternativos, sosteniéndose que la primacía le corresponde al legislador. Asimismo, se señaló que dicha elección descansa en el hecho que el legislativo cuenta con una legitimidad democrática superior a la del TC en términos políticos, en la medida que es el órgano del Estado que mejor conecta con los intereses y el control que puede ejercer la ciudadanía a través del voto.

³¹⁵ Estas referencias han sido tomadas de BREYER, *op. cit.* en nota 296, p. 54; de BAYÓN, *op. cit.* en nota 217, p. 234; y de FERRERES, *op. cit.* en nota 168, p. 43. Por su parte, y en concordancia con la tesis propuesta, Gargarella ha sostenido que “[l]a pregunta que uno debe hacerse en este punto, es la de si existe o no alguna otra forma de proteger los derechos que resulte menos ofensiva o costosa frente a aquel principio mayoritario. Obviamente, si no la hay, luego, no nos queda más que optar entre dos alternativas igualmente discutibles, al abrir la posibilidad de abusos sobre uno u otro de los extremos en juego sacrificando algún derecho o alguno de nuestros acuerdos democráticos. Tentativamente, sugeriría que sí es posible pensar en alternativas preferibles al control judicial, que pueden ir desde formas de “reenvío” judicial a los órganos democráticos; a instancias de control más sensibles a la discusión pública; o recortes estrictos en cuanto a los alcances o al ámbito posible de la decisión judicial”. Ver GARGARELLA, *op. cit.* en nota 268, p. 16.

La réplica inmediata frente a una sugerencia como ésta es que la política no puede quedar sin sujeciones; que debe existir algún límite institucional a lo que puedan decidir las mayorías que vaya más allá de la deliberación que pueden desarrollar con un órgano independiente; en fin, que la historia reciente ha demostrado cómo puede desarrollarse el terror frente a un sistema político que no cuente con ciertas ataduras impuestas por el Derecho. Esta posibilidad del terror frente a una mayoría sin frenos y contrapesos es a la que hace referencia ROBERT BURT cuando señala que:

(...) imagínese que usted está conmigo y con otra persona en una habitación. Esta persona y yo decidimos que usted debe entregar su vida por nosotros. ¿Esta decisión es legítima? ¿Tiene usted obligación de obedecer simplemente porque constituimos una mayoría dentro de dicha habitación?³¹⁶

Como se dijo con anterioridad, precisamente los presupuestos del actual modelo de justicia constitucional se pueden encontrar en una reacción institucionalizada contra una hipótesis como la de BURT. De hecho, la refundación europea tras los abusos e injusticias cometidas por los totalitarismos de mediados del siglo XX tuvo precisamente como uno de sus primeros objetivos el garantizar una especie de nunca más. En este contexto, la principal preocupación consistía en limitar los excesos a los que había llegado la política e inmunizar ciertos principios generales de justicia. Así, en lo inmediato, nuevos órganos se encargarían de la defensa y protección de estos principios consagrados en los textos constitucionales. Fue así como los TC, los nuevos guardianes de la Constitución, estarían encargados de defender los valores y principios constitucionales, de hacer eficaz el principio de supremacía constitucional y de custodiar la conformidad de las normas legales con dichos valores y principios. Con ello, se esperaba, finalmente el terror encontraría límites.

Sin embargo, cabe preguntarse si este tipo de decisiones como a las que BURT hace referencia son adoptadas normalmente por parte de la política. En otras palabras, ¿corresponde este tipo de abusos a la forma natural de operar del sistema político? Con total realismo frente a esta interrogante, ATRIA ha sostenido que:

³¹⁶ BURT, *op. cit.* en nota 9, p. 52.

Los actos de flagrante injusticia que constituyen violaciones de derechos (deberes) fundamentales no se cometerán bajo condiciones de política normal (...). Y cuando esas violaciones se cometen (*i.e.*, si la política normal se quiebra) lo más probable es que una corte constitucional no sea una contención efectiva³¹⁷.

En efecto, como plantea ATRIA, en contextos en que surge el terror de manera generalizada, en que la violencia estatal se vuelve normal, el sistema jurídico, en general, y los tribunales constitucionales, en particular, es poco lo que pueden hacer con el fin de evitar las violaciones de los derechos básicos. De hecho, como la historia lo ha demostrado, en condiciones de quiebre institucional el TC se vuelve inoperante. Por ello, según ATRIA la “moraleja de esta historia es ésta: la posibilidad de un quiebre total de las instituciones, de un *rechtsstaat*, no puede ser descartada”³¹⁸.

Si ello es así, el precio que los sistemas democráticos han debido pagar para intentar hacer frente al terror ha sido demasiado alto. Y ello por cuanto a pesar que los tribunales constitucionales han demostrado ser inoperantes frente a los abusos que ocurren en periodos de quiebre institucional, se ha producido una apropiación de la política por parte de ellos, convirtiéndose en órganos que, por lo general, deciden o tienen incidencia fundamental en los asuntos de mayor relevancia política dentro de una comunidad determinada.

Sin embargo, el asunto parece ser aún más complejo. De hecho, existen voces que ya se han alzado precisamente para denunciar que el desplazamiento de lo político a órganos alejados de la voluntad ciudadana, paradójicamente puede contribuir al surgimiento de aquel terror que los defensores de un constitucionalismo radical pretenden evitar.

En este sentido, CHANTAL MOUFFE ha dado cuenta de un fenómeno preocupante. Según la autora, en la actualidad es posible percibir un desmoronamiento de los discursos políticos al que, en parte, ha contribuido el hecho que las decisiones sean tomadas por órganos que se

³¹⁷ ATRIA, *op. cit.* en nota 310, p. 125.

³¹⁸ ATRIA, *id.* p. 126.

encuentran alejados de la arena política³¹⁹. Según MOUFFE, este alejamiento de lo político, ha causado, a su vez, la pérdida de identidades políticas de parte de importantes sectores de la ciudadanía, consolidándose un creciente desinterés o apatía por los asuntos políticos.

Pero eso no es todo. Sostiene la autora que dado que los antagonismos son consustanciales a toda comunidad de individuos, si dichos antagonismos no son capaces de ser expresados en términos políticos, encontrarán otros cauces alternativos para manifestarse. En palabras de MOUFFE, ante la incapacidad del sistema político de ofrecer formas de identificación, “las pasiones no cuentan con una salida democrática y el terreno queda preparado para la emergencia de variadas formas de política articuladas alrededor de identidades esencialistas de tipo nacionalista, religioso o étnico, y para la multiplicación de las confrontaciones en torno a valores morales innegociables”³²⁰. Es decir, a falta de expresión política, los antagonismos reaparecen en otras formas que no pueden ser encausados en clave democrática.

Aunque se carece de antecedentes empíricos que puedan corroborar la tesis de MOUFFE, lo cierto es que su diagnóstico hace sentido respecto a algunos fenómenos que se están desarrollando en la realidad política chilena.

En este sentido, actualmente resulta indudable que en Chile existe cada vez mayor desinterés por los asuntos políticos, lo cual se ve reflejado, a lo menos en parte, por la escasa participación política, sobre todo de los sectores más jóvenes de la población. Al respecto, no puede descartarse que una de las causas de dicho fenómeno sea precisamente el hecho que la población entienda que en el Congreso no se adopta ninguna decisión verdaderamente importante y que, por ello, el voto posee escasa trascendencia.

³¹⁹ Según Mouffe, “[e]ste desplazamiento de lo político a lo jurídico es muy claro, por ejemplo, en la obra de John Rawls, quien menciona a la Corte Suprema como el mejor ejemplo de lo que él denomina el “libre ejercicio de la razón pública”, que es desde su perspectiva el modelo mismo de la deliberación democrática. Otro ejemplo puede hallarse en la obra de Ronald Dworkin, quien en muchos de sus ensayos otorga primacía al poder judicial independiente, un poder que él considera el intérprete de la moralidad política de una comunidad. Según él, todas las cuestiones fundamentales a las que ha de enfrentarse una comunidad política en el terreno del empleo, la educación, la censura, la libertad de asociación, etc., son mejor resueltas por los jueces, en la medida que interpreten la constitución haciendo referencia al principio de la igualdad política”. MOUFFE, Chantal. *Democracia y pluralismo agonístico. Derecho y Humanidades*, N° 12, 2006, p. 19.

³²⁰ MOUFFE, *id.* p. 22.

Asimismo, hoy es posible observar en Chile la aparición de grupos descontentos que no expresan sus intereses e identidades a través de la deliberación política, sino que a través de mecanismos radicales, muchas veces violentistas. Así, el incipiente movimiento anarquista manifiesta precisamente la suplantación de un modelo de deliberación política en que las posiciones antagónicas se manifiestan entre adversarios que, aunque discrepan, consideran que sus diferencias resultan legítimas; por otro en que las diferencias se conciben de un modo eminentemente hostil.

Si bien en estos fenómenos influyen diversos factores -de hecho, la propia CHANTAL MOUFFE sostiene que quizás el más importante de ellos es la existencia de un consenso, de un discurso dominante que sostiene que no existen alternativas posibles al modelo capitalista neoliberal³²¹- no puede descartarse la influencia que tiene el hecho que los espacios de participación y deliberación democrática aparezcan cada vez más reducidos para la mayor parte de la población.

Así, es también por ello que en esta memoria se ha defendido un modelo de Estado de Derecho que sea respetuoso del principio democrático, pues se pretende que la ciudadanía pueda tener un mayor nivel de injerencia –a través de sus representantes- en los asuntos políticos. Sin duda, ello implica tomar distancia de todos aquellos planteamientos que sugieren que un grupo de privilegiados –aquellos jueces con competencia para controlar y dejar de aplicar la ley por motivos constitucionales– debe tener la última palabra en materia política.

³²¹ Según Mouffe, “la creencia en la posibilidad de un consenso racional universal ha colocado al pensamiento democrático en el camino equivocado. En lugar de intentar diseñar instituciones que, mediante procedimientos supuestamente “imparciales”, reconciliarían todos los intereses y valores en conflicto, la tarea de los teóricos y políticos democráticos debería consistir en promover la creación de una esfera pública vibrante de lucha “agonista”, donde puedan confrontarse diferentes proyectos políticos hegemónicos”. Ver MOUFFE, Chantal. En torno a lo político. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 11.

Conclusión

Como se puede apreciar a partir de lo expuesto, los presupuestos que conforman el Estado de Derecho han sido objeto de una profunda transformación en el transcurso de los dos últimos doscientos años. A nivel constitucional ello se expresa a través de diversas manifestaciones que permiten aseverar que, en la actualidad, la manifestación típica es la de un Estado Social y Constitucional de Derecho.

Sin embargo, producto de esta transformación, se ha desarrollado un fenómeno adicional, como es el hecho que los jueces han adquirido una preponderancia inusitada en lo que dice relación con la determinación y configuración de los asuntos de carácter político. En este sentido, en virtud del Estado Social, se pretende con recurrencia que sean los tribunales de justicia los que hagan efectiva la realización de la igualdad material en sociedades que aún deben convivir con altos índices de pobreza. Asimismo, en virtud de una interpretación radical de aquello que conforma un Estado Constitucional, se pretende que los jueces sean los intérpretes últimos de la moralidad política.

Como se ha podido ver en esta memoria, el anterior no sólo es un privilegio que detentan los miembros de los Tribunales Constitucionales o de los tribunales superiores de justicia, sino que, en virtud de una interpretación extensiva del principio de fuerza vinculante de la Constitución, también está pasando a serlo de la totalidad de los jueces existentes en el ordenamiento.

De este modo, el actual modelo del Estado de Derecho que está siendo defendido en sistemas jurídicos como el chileno, se encuentra con el grave problema de que está sacrificando uno de los presupuestos originales que lo conformaron, como es el principio democrático. En efecto, como se intentó demostrar en el transcurso de esta memoria, los alcances que pretenden otorgárseles a diversas manifestaciones normativas del Estado Social y Constitucional de Derecho, implican derechamente relativizar la relevancia que le cabe al legislador –y, en último término, a los ciudadanos que lo eligieron a través del voto- en la configuración de los asuntos políticos.

En razón de lo anterior, uno de los principales desafíos en materia de política constitucional es diseñar un modelo de Estado de Derecho que junto con resguardar una esfera de autodeterminación de los individuos a través de la protección de sus derechos básicos, rescate también la primacía que le cabe al legislador en el diseño de los asuntos políticos.

Desde ya, ello implica promover una tesis de constitucionalismo moderado en virtud de la cual se entienda que, salvo en el procedimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, los jueces no se encuentran facultados para dejar de aplicar, por aparentes motivos constitucionales, las normas legales que gobiernan el caso concreto. Asimismo, ello significa implementar una serie de reformas constitucionales tendientes a moderar el rol que le cabe al TCCh en sede control constitucional de normas, de modo tal que este órgano deje de tener el rol de privilegio que ocupa en el proceso de deliberación política.

En suma, de lo que se trata es de rescatar una teoría constitucional que defienda la legitimidad de los procesos de socialización y constitucionalización del Derecho, pero que, junto con ello, reafirme el valor de la ley como manifestación de la voluntad soberana. Eso ha sido lo que, a grandes rasgos, se ha pretendido mediante esta memoria: sugerir una serie de acomodados que permitan que, junto con el carácter social y constitucional del Estado de Derecho, se exprese también su vertiente democrática.

Bibliografía

- **Doctrina**

ABENDROTH, Wolfgang. El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político. En: ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOEHRING, Karl. El Estado Social. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. 2ª ed. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2004.

ALDUNATE, Eduardo. Derechos fundamentales. Santiago, LegalPublishing, 2008.

----- El efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En: La constitucionalización del derecho chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 13-38.

----- La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, volumen XX, 1999, pp. 225-242.

ALEGRE, Marcelo. Vulgarización y deterioro del derecho democrático. Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 177-189.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2ª ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

----- Derechos individuales y bienes colectivos. En su: El concepto y la validez del derecho. Barcelona, Editorial Gedisa, S.A., 2004a, pp. 179-208.

----- El concepto y la validez del derecho. En su: El concepto y la validez del derecho. 2ª ed. Barcelona, Editorial Gedisa, 2004b, pp. 13-157.

----- Sistema jurídico y razón práctica. En su: El concepto y la validez del derecho. 2ª ed. Barcelona, Editorial Gedisa, 2004c, pp. 159-177.

AMAR, Akhil. Cuarenta acres y una mula: una teoría republicana acerca de los derechos básicos. En: GARGARELLA, Roberto (compilador). Derecho y grupos desaventajados. Barcelona, Editorial Gedisa, 1999, pp. 33 y ss.

ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Colombia, Editorial Legis, 2005.

----- Derechos, constitucionalismo y democracia. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 33, 2004.

ATIYAH, Patrick. Introduction to the Law of Contracts. 5ª ed. Oxford, Oxford Clarendon Press, Clarendon Law Series, 1995.

ATRIA, Fernando. La forma del derecho (inédito).

----- ¿Existen derechos sociales? [en línea] *Discusiones*, N° 4, 2004, pp. 15-59, <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>> [consulta: 12 octubre 2009].

----- La hora del derecho: Los “derechos humanos” entre la política y el derecho. *Estudios Públicos*, N° 91, invierno, 2003a, pp. 45-90.

----- Ubi ius, ibi remedium?, la relevancia jurídica de los derechos humanos. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3, 2003b, pp. 35-47.

----- Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo. *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, agosto 2001a, pp. 119-156.

----- “Legalismo, derechos y política”, en: *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, (SELA), 2001b, pp. 107-139.

----- Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional. *Cuadernos de análisis jurídico*, N° 36, 1997.

BALDASARRE, Antonio. Los derechos sociales. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 20, 2001.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. *En*: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 259-278.

BARROS, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

----- Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho. *En*: *Derecho y Humanidades*, N°7, 1999, pp. 11-37.

BASCUÑÁN, Antonio. Derechos fundamentales y Derecho penal. *En*: ALEGRE, Marcelo y otros. *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, pp. 319-342.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. *En*: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 211-238.

BENDA, Ernesto. El Estado Social de Derecho. *En*: BENDA, MAIHOFER, VOGER, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, pp. 487-559.

BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de libertad. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1997.

BERNAL, Carlos. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. [en línea] *Discusiones*, N° 4, 2004, p. 99-144, <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12937957558077187421624/015573.pdf?incr=1> [consulta: 22 de noviembre 2009].

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá, Editorial Temis, 1987.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho. En su: Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid, Editorial Trotta S.A., 2000, pp. 17-45.

----- Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución. En su: Escritos sobre Derechos Fundamentales. Germany, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993a, pp. 72-83.

----- Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental. En su: Escritos sobre Derechos Fundamentales. Germany, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993b, pp. 95-138.

BORDALÍ, Andrés. El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XIX, N° 2, diciembre 2006, p. 205-228.

----- Tribunal Constitucional Chileno. ¿Control Jurisdiccional de Supremacía Constitucional? Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, Volumen XII, agosto 2001, pp. 47-73.

BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 25, 2003.

BRAVO, Bernardino. El Estado de Derecho en la historia de Chile: por la razón o la fuerza. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.

BREYER, Stephen. “Revisión judicial: la perspectiva de un juez”. *Estudios Públicos*, N° 75, 1999, pp. 49-66.

BREWER-CARÍAS, Allan. América Latina: retos para la Constitución del siglo XXI. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Buenos Aires, Konrad - Adenauer - Stiftung A.C., 2000, pp. 13-33.

BURT, Robert. Constitución y conflicto. Buenos Aires, Eudeba, 2000.

CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.

----- Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

COHEN, Gerald. ¿Por qué no el socialismo? En: GARGARELLA, Roberto y OVEJERO, Félix. Razones para el socialismo. Barcelona, Editorial Paidós, 2001, pp. 63-85.

COLOMBO, Juan. Protección Jurisdiccional de la Constitución. La Declaración Judicial de Inconstitucionalidad. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, agosto 2001, pp. 9-30.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)consitucionalismo: un análisis metateórico. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 75-98.

CORREA, Rodrigo. En defensa de una aplicación exclusivamente vertical de los derechos fundamentales”. En: Congreso Mundial de Derecho Constitucional (VI, Santiago de Chile, 13 de enero de 2004), inédito.

----- Vulgarización por constitucionalización. Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 161-175.

CORREA, Rodrigo y SANDROCK, Jorge. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Adolfo Ibáñez, número 1, 2004, pp. 589-597.

CORREA, Sofía, FIGUEROA, Consuelo, JOCELYN-HOLT, Alfredo, ROLLE, Claudio y VICUÑA, Manuel. Historia del siglo XX chileno. Santiago, Editorial Sudamericana, 2001.

CRUZ PARCERO, Juan. Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (réplica a Fernando Atria). [en línea] Discusiones, N° 4, 2004, pp. 71-98,

<<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15572>> [consulta: 07 octubre 2009].

DE LUCAS, Javier. Las minorías: de los derechos individuales al estatuto jurídico. [en línea] Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 3, 1995, pp. 71-108, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01371963122385973092257/isonomia03/isonomia03_04.pdf?portal=4> [consulta: 07 octubre 2009].

DE PÁRAMO, Juan Ramón. Derecho Subjetivo. En: GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco (editores). El derecho y la justicia. 2ª ed. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2000, pp. 367-394.

DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes. Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1987.

DI TELLA, Torcuato S. Historia de los partidos políticos en América Latina, siglo XX. Santiago, Fondo de Cultura Económica, Breviarios, 1993.

DWORKIN, Ronald. El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona, Ariel S.A., 1994.

----- El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Barcelona, Gedisa, 1988.

ELY, John Hart. Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional. Universidad de los Andes, Colombia, Siglo del Hombre Editores, 1997.

EVANS, Enrique. Los derechos constitucionales. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

FARREL, Martín. ¿Hay derechos comunitarios? [en línea] Doxa, N° 17-18, 1995, pp. 69-94, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_04.pdf> [consulta: 07 octubre 2009].

FAVOREU, Louis. La constitucionalización del Derecho. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, agosto 2001, pp. 31-43.

- FERRADA, Juan Carlos. Los derechos fundamentales y el control constitucional. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, Volumen XVII, diciembre 2004, pp. 113-137.
- FERRADA, Juan Carlos, BORDALÍ, Andrés y CAZOR, Kamel. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, Volumen XIV, julio 2003, pp. 67-81.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 4ª ed. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2004.
- Pasado y futuro del Estado de derecho. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 13-29.
- FERRERES, Víctor. La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares. En: ALEGRE, Marcelo y otros. Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, pp. 41-52.
- Una defensa de la rigidez constitucional. [en línea] Doxa, N° 23, 2000, pp. 29-48, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_02.pdf> [consulta: 08 octubre 2009].
- FIOVARANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de la constituciones. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 1996.
- FISS, Owen. El inmigrante como paria. En su: Una comunidad de iguales. Madrid, Miño y Dávila editores, 2002, pp. 23-39.
- Grupos y la Cláusula de Igual Protección. En: GARGARELLA, Roberto (compilador). Derecho y grupos desaventajados. Barcelona, Editorial Gedisa, 1999, pp. 137-167.
- FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del Estado Social. En: ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOEHRING, Karl. El Estado Social. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986a, pp. 43-67.
- GARGARELLA, Roberto. Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860). Madrid, Siglo XXI Editores, 2005.
- Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia. En: ALEGRE, Marcelo y otros. Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, pp. 3-18
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa. Madrid, Alianza Editorial, S.A., 1994.

- GÓMEZ, Gastón. Derechos fundamentales y recurso de protección. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005.
- GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2006.
- GUASTINI, Ricardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 49-73.
- GUZMÁN, Alejandro. Presentación. En: Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 11-22.
- HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 4ª ed. Barcelona, Editorial Trotta, S.A., 2005.
- HOBBS, Thomas. Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- HOBBS, Thomas. La era de la revolución, 1789-1848. 5ª ed. Buenos Aires, Editorial Crítica, 2006.
- La era del capital, 1848-1875. 4ª ed. Buenos Aires, Editorial Crítica, 2005.
- La era del imperio, 1875-1914. 4ª ed. Buenos Aires, Editorial Crítica, 2004.
- HOFFMANN, W.N. Conceptos jurídicos fundamentales. 5ª ed. México, D.F., Distribuciones Fontamara, S.A., 2001.
- KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? En: SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid, Tecnos, 2009
- Teoría Pura del Derecho. 4ª ed. Buenos Aires, Eudeba, 2005.
- KIMLICKA, Will. Ciudadanía Multicultural. Barcelona, Editorial Paidós, 1996.

JANA, Andrés. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En: ALEGRE, Marcelo y otros. Los derechos fundamentales. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2003, pp. 53-70.

JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos. Recurso de Protección y Contratos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

MAC-CLURE, Lucas. Práctica Judicial, Derecho a la Honra y Libertad de Expresión. Un Análisis de la Jurisprudencia Constitucional Chilena. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007.

MANIN, Bernard, Los principios del gobierno representativo. Madrid, Alianza, 1998.

MICHELON, Claudio. Introducción: derechos sociales y la dignidad de la igualdad. [en línea] Discusiones, N° 4, 2004, pp. 7-13, <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01316120833915845867680/015569.pdf?incr=1>> [consulta: 11 octubre 2009].

MOUFFE, Chantal. En torno a lo político. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.
----- Democracia y pluralismo agonístico. Derecho y Humanidades, N° 12, 2006, pp. 17-27.
----- La paradoja democrática. Barcelona, Gedisa, 2003.

NÚÑEZ, Manuel. Los instrumentos procesales para la protección de los derechos humanos. En: GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín; MARTÍNEZ, Ignacio; NÚÑEZ, Manuel Antonio. Lecciones de Derechos Humanos. Valparaíso, Edeval, 1997, pp. 315-330.

PÉREZ LUÑO, Antonio. Dimensiones de la igualdad. 2ª ed. Madrid, Editorial Dykinson, 2007, pp. 53-54.
----- Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 7ª ed. Madrid, Editorial Tecnos, 2001.

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2007, p. 19.
----- Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. [en línea] Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 15, oct. 2001, pp. 81-107, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15_03.pdf> [consulta: 07 octubre 2009].

- PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés. Valparaíso, Edeval, 1978.
- POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambiguo. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 187-210.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2003, pp. 123-158.
- RAZ, Joseph. Multiculturalismo: una concepción liberal. La ética en el ámbito público. Barcelona, Editorial Gedisa, 2001.
- ROSENCRANTZ, Carlos. La pobreza, la ley y la Constitución. En: BULLARD, Alfredo y otros. El derecho como objeto e instrumento de transformación. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l./SELA, 2002, pp. 241-257.
- RUIZ-TAGLE, Pablo. La vulgarización como slogan y los derechos fundamentales. Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 151-159.
- SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 123-147.
- SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, S.A., 1982.
- SIERRA, Lucas. La constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo. Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, pp. 105-110.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- SIMON, Helmut. Los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de derecho. En: THESING, Josef (comp.). Estado de Derecho y democracia. Buenos Aires, Konrad – Adenauer - Stiftung A.C., 1999, pp. 181-203.
- SQUELLA, Agustín. Derechos económicos, sociales y culturales. ¿Nadando contra la corriente? Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N° 17, 1999, pp. 395-402.

TOCQUEVILLE, Alexis de. La Democracia en América. 2ª ed. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1957.

VERDUGO M., Mario, PFEFFER U. Emilio, NOGUEIRA A., Humberto. Derecho Constitucional. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

VILLEY, Michel. Los orígenes de la noción de derecho subjetivo. En su: Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 23-57.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 6ª ed. Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2005.

ZAPATA, Patricio. Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

- **Sitios www**

GOBIERNO DE CHILE. [en línea] <www.gobierno.cl/verdadhistorica/presentacion.html> [consulta: 10 julio 2009].

RUIZ TAGLE, Pablo. La Constitución del Bicentenario. [en línea] □<http://www.pablorigtagle.cl/blog/2008/12/03/la-constitucion-del-bicentenario-propuesta-de-reforma-constitucional-del-senador-eduardo-frei-en-la-comision-especial-sobre-regimen-politico-de-la-camara-de-diputados-de-la-republica-de-chile-3-de-d/>□ [consulta: 25 de diciembre de 2009].