

**LA DEFORMACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA
IGUALDAD
UN ARGUMENTO EN CONTRA DE LA EXIGIBILIDAD
DIRECTA DE LA IGUALDAD DE HECHO ***

*Felipe Leiva Fadic***

1. Introducción; 2. Capítulo I: La tesis del principio general de igualdad en sentido amplio: 2.1. *La paradoja de la igualdad;* 2.1.1. *La tesis de una nueva tipología de derechos;* 2.1.2. *La tesis de los principios;* **3. Capítulo II: Los riesgos de un derecho a la igualdad en sentido amplio:** 3.1. *La inseguridad del reconocimiento;* 3.2. *La frustración de expectativas;* 3.3. *La objeción democrática. Parte I;* **4. Capítulo III: La igualdad como política;** 4.1. *La limitación política de derechos individuales;* 4.2. *La objeción democrática. Parte II;* 4.3. *Los mandatos constitucionales de acción política;* 4.4. *Los derechos sociales como concreción del mandato de estado social.*

1. Introducción

Hoy es un hecho que parte importante de los juicios de justicia política que realiza el ciudadano común se fundamentan, en mayor o menor grado, en el principio de igualdad, transformándose con ello en una herramienta evaluativa general en términos políticos. Lejos está el tiempo en que en virtud de él sólo se exigía la mera proscripción de privilegios o sólo la superación de la esclavitud. Al contrario, la demanda de igualdad se ha vuelto cada vez más exigente y compleja. Basta observar sólo la realidad política actual, que muestra a todos los partidos políticos y candidatos a Presidente de la República ofreciendo fórmulas de diverso tipo para hacer frente a las graves inequidades del Chile actual. Hoy, todos aparecen enarbolando la bandera de la igualdad, aunque sin dejar del todo claro en qué tipo de igualdad están pensando, es decir, sin dar a entender cuál es la especial concepción de la igualdad que pretenden defender y que la distingue de las restantes. En otras palabras, en la discusión actual parece ser que aún no se logra diferenciar el concepto de igualdad de las diferentes concepciones que sobre ella existen. Ello trae como consecuencia que el ciudadano poco pueda discriminar entre las *ofertas* que cada uno de los aspirantes a representante realiza.

* El siguiente artículo corresponde a una parte de una memoria de licenciatura actualmente en preparación. Una versión preliminar de él fue presentado en el II Congreso de Derecho y Teoría Constitucional, celebrado en agosto del 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la que será publicada en el N° 12 de la revista Derecho y Humanidades.

Agradezco los comentarios, observaciones y críticas que a una primera versión de este documento realizaron Santiago Montt Oyarzún y Lucas Mac-Clure Brintrup. Ambos me hicieron ver varias de las incoherencias e incompletitudes que presenta este trabajo. Lamentablemente, creo que muchas de ellas no alcanzaron a ser debidamente subsanadas. Importantes me resultaron también las conversaciones que, sobre algunos de estos temas, tuve con Rodrigo Correa González y Guillermo Jiménez Salas. A ellos también mis agradecimientos.

**Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2004).

Por otra parte, en virtud de que nuestro texto constitucional consagra un derecho fundamental a la igualdad, las exigencias terminan haciéndosele, por lo general, a la propia Constitución, más aún cuando existe la posibilidad garantizada de recurrir ante los tribunales de justicia cuando se estime que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales se sufre una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho fundamental a la igualdad¹.

Dada esta pretensión amplia de que en virtud del derecho fundamental a la igualdad se resuelvan los más variados problemas sociales, resulta relevante precisar qué es lo que garantiza concretamente la norma contenida en el artículo 19 N° 2 CPR. Porque si bien cada vez son mayores las demandas de igualdad, también es mayor la confusión existente en relación al contenido y alcance de este derecho fundamental. Así, no es de extrañar que esta garantía se haya querido entender como un derecho a la igualdad absoluta, a la igualdad relativa, a la igualdad de oportunidades, a la igualdad en los puntos de partida, a la igualdad en los puntos de llegada, a la igualdad como no discriminación, a la igualdad como proscripción de privilegios, a la igualdad como proscripción de arbitrariedad, a la igualdad formal, a la igualdad material, a la igualdad de hecho, a la igualdad de derecho, al igual tratamiento, o a ser tratado como igual.

Esta multiplicidad de voces, y por ende de contenidos, que se asocian a este derecho fundamental permite sostener, con razón, que nos encontramos frente a un derecho fundamental *equoco* o *reloaded*². No obstante, gran parte de estos conceptos pueden ser entendidos desde una única diferencia: la existencia de una igualdad jurídica, y de una igualdad fáctica. En efecto, la mayoría se retrotraen a uno de los polos de ella.

Dado este estado de cosas, este artículo tiene principalmente el objetivo de analizar esa diferencia, con el fin ulterior de determinar qué es lo que garantiza el artículo 19 N° 2 CPR, para precisar con ello, qué es lo que efectivamente le podemos exigir a la Constitución que nos rige como miembros de una comunidad política.

Para abordar dicho propósito, este artículo se divide en tres capítulos.

El capítulo I comienza con una descripción del derecho fundamental a la igualdad como un derecho que, dadas las consecuencias del paradigma del Estado

¹ Ver al respecto, el artículo 20 CPR, que consagra la denominada acción de protección en el sistema jurídico chileno.

² Mientras que la primera denominación se la oí por primera vez a Pablo Ruiz-Tagle, la segunda la escuché en una conferencia realizada hace un par de años atrás por el profesor Patricio Zapata en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

A diferencia de lo que hago aquí, ambos ocupaban el adjetivo para caracterizar a la Constitución en general, y no sólo a un derecho fundamental inserto en ella.

social, ha comenzado a interpretarse por buena parte de la doctrina tanto como derecho de defensa como un derecho general de prestación (es decir, como un derecho de doble faz). Luego, se señala que dicha interpretación implica una paradoja, ante la cual se han sugerido diversas tesis con el fin de superarla. Luego de describirlas, se pretende demostrar que ninguna de ellas cumple de manera adecuada con el fin propuesto.

En el capítulo II, se pretende refutar la tesis que interpreta el derecho fundamental a la igualdad como derecho subjetivo de doble faz, señalando que una tesis como ella debe enfrentarse a lo menos a tres tipos de objeciones. Luego de enunciarlas se concluye que la exigibilidad directa del derecho fundamental a la igualdad sólo puede fundamentarse cuando se entiende a la igualdad como un derecho de defensa, siendo necesario dejar la faz prestacional de la igualdad a la realización política.

Finalmente, en el capítulo III, luego de sugerir que los derechos fundamentales en general, así como el derecho fundamental a la igualdad pueden ser limitados vía control constitucional por aspiraciones comunitarias como la idea de igualdad material, se plantean brevemente algunas formas de restricción al discurso que, en materia de igualdad, puede tener un tribunal constitucional. Por último, se concluye que la opción por la tesis restrictiva que se sigue en el capítulo anterior, no implica en modo alguno que la igualdad en sentido material no resulte constitucionalmente relevante. Por el contrario, se señala que ésta se rescata a través de especiales arreglos institucionales que se establecen bajo el paradigma del Estado social, como son el mandato jurídico de estado social y los derechos sociales.

2. Capítulo I. La tesis del principio general de igualdad en sentido amplio

En virtud de la asunción y generalización de las premisas del Estado social, la forma de entender los derechos fundamentales ha cambiado drásticamente. No sólo se ha ampliado el catálogo de aquellos derechos que se consideran como fundamentales, de modo tal que han pasado a entenderse como tales el derecho a la sindicación, a la huelga, a la salud o a la educación, sino que además algunos derechos, como la igualdad, han comenzado a interpretarse de modo más inclusivo, ampliando con ello lo que se consideraba como fundamental.

Es así como no debe resultar extraño que hoy buena parte de la doctrina 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 diferencien a las personas, grupos de personas o estados de cosas, sino que además se tomen las medidas necesarias para que las desigualdades que existen de hecho desaparezcan. Esto hace que el derecho

fundamental a la igualdad sea considerado por muchos como un *derecho de doble faz*, cuyo cumplimiento se puede exigir tanto negativa como positivamente.

Así, por ejemplo, la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución Federal de los EE.UU.³ ha sido entendida por algunos de los autores más reconocidos de ese país, como consagratoria de igualdad fáctica. Por ejemplo, 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 grupos desaventajados⁴. Dicha interpretación tiene, por una parte, un fundamento originalista⁵, 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 respaldado por el modo en que los tribunales habrían interpretado históricamente la cláusula. En base a estas premisas, FISS reconstruye la Décimo Cuarta Enmienda, el equivalente a nuestro 19 N° 2 CPR, desde presupuestos comunitaristas, 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 legislador, el que debería responder tanto por sus acciones como por sus omisiones⁶. De este modo, FISS no sólo considera que la igualdad fáctica es reconducible al derecho fundamental a la igualdad norteamericano, sino que además la propone como la forma desde la cual debe interpretarse dicho derecho.

En este mismo sentido, en “El inmigrante como paria”, FISS analiza la situación de los inmigrantes en EE.UU. y realza el rol que ha jugado la Corte Suprema norteamericana con el fin de igualar a los inmigrantes⁷. Así, FISS se muestra plenamente de acuerdo con la resolución a la que arribó dicha Corte en el caso *Plyler v. Doe*⁸, en el sentido de interpretar la Décimo Cuarta Enmienda no sólo como un principio de no discriminación, sino que desde un enfoque estructural, el

³ 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”.

⁴ En un sentido semejante se pronuncia Amar (1999, p. 33 y ss.) al invitar 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”.

⁵ Acerca del originalismo como forma de interpretación constitucional y las críticas que se le pueden hacer al mismo, ver Dworkin (1988) y Ely (1997).

⁶ Fiss (1999: p. 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, termina de todos modos señalando que está dispuesto a “asumir que la estrategia que sugiero 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.

⁷ Ver al respecto, Fiss (2002: p. 23-39).

⁸ En este caso, lo que estaba en discusión era la constitucionalidad de una disposición del Estado de Texas, por la cual se entendía que los niños que resultaban ser inmigrantes ilegales no tenían acceso a la educación primaria o secundaria.

que finalmente fue proporcionado al caso por el juez BRENNAN. Según su interpretación, 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 además 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”⁹.

Por su parte, en el ámbito de la tradición continental, ALEXY señala que si bien existen cuestiones problemáticas al plantear el derecho fundamental a la igualdad como consagratorio de igualdad fáctica, de todos modos resulta preciso reconocer que al menos un caso en que la existencia de tal derecho a la igualdad de hecho es innegable, es cuando lo que se pretende asegurar es un mínimo vital. En palabras de ALEXY, “la máxima de la igualdad de hecho puede fundamentar, en casos referidos al mínimo vital, derechos concretos definitivos a la creación de igualdad de hecho”¹⁰.

Y sin ir más lejos, en el primer Congreso de Derecho y Teoría Constitucional, celebrado en Santiago el año 2003, ROBERTO SABA vino a sugerirnos una *forma estructural* de entender el derecho de igualdad¹¹, que se acercaría, en sus palabras, a las versiones de la igualdad que tienen autores como FISS, POST, SIEGEL o MACKINNON . En virtud de ella nos señalaba que la versión individualista–formal de la igualdad se presentaba como una versión insuficiente o incompleta de la igualdad, en tanto descontextualizada de la situación de cada individuo, siendo contraria a “una visión sociológica o contextualizada 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”¹². En términos concretos, estas premisas se traducen en el hecho de que existiría un derecho a ser privilegiado en la toma de decisiones sociales cuando se pertenece a un grupo que se ha visto sometido históricamente a una exclusión sistemática, tanto en términos sociales como políticos.

⁹ Fiss (2002: p. 34).

¹⁰ Alexy (2001: p.414).

¹¹ Saba (2005: p. 123-147).

¹² Saba (2005: p. 138).

2.1. La paradoja de la igualdad

Si bien estas posiciones cuentan cada vez con mayor legitimidad en el discurso público, lo cierto es que resultan discutibles y problemáticas. Más aún cuando dicha interpretación ampliada va acompañada de la interpretación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos. El problema, en un sentido amplio, radica en la conciliación entre el Estado de Derecho liberal, en virtud del cual se entendía a los derechos fundamentales como derechos de defensa, y el Estado social de Derecho, que pone acento en la faz prestacional de los derechos. Como lo ha señalado FORSTHOFF, en último término la cuestión 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”¹³.

En concreto, respecto a la interpretación amplia del derecho fundamental a la igualdad el problema que se presenta es que sirve de fundamento normativo tanto para exigirle directamente al Estado, a través de sus tribunales, que no realice tratamientos diferenciados entre los individuos, como para exigirle que los realice cuando existan razones justificadas para ello. Estas razones estarían dadas por las injusticias históricas que han vivido ciertos grupos, por la necesidad de asegurar un mínimo vital a los individuos, por el imperativo ético de solidaridad con los grupos más desaventajados. Como se podrá apreciar, todas estas concepciones llaman la atención sobre un déficit de justicia material que presentaría el derecho fundamental a la igualdad entendido únicamente del modo liberal.

La contradicción que supone entender a la igualdad como un derecho de doble faz mediante el cual se puedan materializar todas estas pretensiones de justicia, quizás se nota especialmente respecto a los casos de discriminación positiva. Para ilustrarlo, pensemos en el caso *Regents of the University of California v. Bakke*¹⁴ y readecuémoslo a nuestra contingencia. Supongamos, entonces que la

¹³ Forsthoff (1986: p. 45).

¹⁴ 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 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. Finalmente, el juez Powell zanjó la disputa, oponiéndose al 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. Con ello, Bakke fue finalmente admitido en la Escuela de Medicina.

comunidad mapuche, grupo históricamente desaventajado en relación al resto de la sociedad chilena, estima que su derecho a la igualdad no es respetado como tal mientras el Estado no asegure a su grupo ciertos cupos en las carreras más tradicionales de las universidades públicas. Supongamos asimismo que la comunidad misma recurre ante los tribunales de justicia ante la inactividad del legislador por no implementar dichos planes. Si realmente interpretamos el artículo 19 N° 2 CPR como lo hacía FISS con la Décimo Cuarta Enmienda, es indudable que la Corte debiese acoger el recurso y además señalarle a la Administración qué es lo que ella tiene que hacer para que dicho derecho deje de ser vulnerado. Supongamos ahora que el programa se implementa y que en virtud del mismo, ciertos alumnos no pertenecientes a la etnia comienzan a ser rechazados en las universidades, no obstante obtener mejores puntajes en la P.S.U.¹⁵ Supongamos ahora que uno de estos alumnos rechazados decide recurrir ante la Corte por cuanto los programas violan su derecho fundamental a la igualdad entendido en su faz negativa, esto es, como un derecho a que el Estado no lo trate desigualmente. Estrictamente, si la Corte considera que esta última dimensión del derecho a la igualdad es relevante, debiera acoger nuevamente el recurso y declarar como inconstitucionales los programas que pretendían favorecer a los mapuches. Y así sucesivamente¹⁶.

Este ejemplo demuestra que si se adscribe al artículo 19 N° 2 CPR un principio de la igualdad jurídica como también un principio de la igualdad de hecho, “se produce ya dentro del marco de la máxima de igualdad una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un tratamiento igual es, según el otro, un tratamiento desigual y viceversa. Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio amplio de la igualdad implica una *paradoja de la igualdad*”¹⁷. En otras palabras, el problema que se presenta es que tanto liberales como comunitaristas conciben la interpretación contraria respecto al derecho fundamental a la igualdad como atentatoria de dicho derecho.

Como resultará evidente, la resolución de dicha paradoja resulta ser una de las cuestiones más inquietantes y uno de los puntos de oposición intelectual entre ambos “bandos”. Por lo mismo, las posibilidades de solución son diversas.

En primer lugar, una alternativa para superar la paradoja consiste en sugerir que la distinción entre derechos de defensa y derechos de prestación no es omnicompreensiva, que los derechos de igualdad no pueden identificarse con ninguna de las dos categorías y que, en definitiva, los derechos de igualdad deben entenderse como una categoría dogmática compleja, cuyo análisis debe efectuarse

¹⁵ P.S.U.: Prueba de selección universitaria. Es el mecanismo que se utiliza en Chile para seleccionar a los estudiantes que pueden ingresar a la universidad.

¹⁶ En este caso, el argumento ha sido llevado al absurdo. Lo más probable es que una cuestión así no sucederá en la práctica. Seguramente, la Corte optaría por una de las interpretaciones con el subsecuente costo que ello significa para quienes defiendan la posición contraria.

¹⁷ Alexy (2001: p. 404).

de un modo especialmente diferenciado. Un intento de fundamentar algo así lo realiza BOROWSKI en *La estructura de los derechos fundamentales*.

En segundo lugar, se encuentra la alternativa fundada en la teoría de los principios, que señala que en estos casos de contradicción entre dos diversos derechos de igualdad, lo que existe es una contradicción *prima facie*, pero que luego de que el adjudicador realice la respectiva ponderación entre los derechos en juego, dicha contradicción desaparece.

En tercer lugar, se encuentran las más obvias alternativas de todo o nada, consistentes en (i) la renuncia a la interpretación del derecho fundamental como un derecho a la igualdad de *facto* en sentido positivo; o en (ii) renuncia a la interpretación del derecho fundamental a la igualdad como un derecho a la igualdad jurídica en sentido negativo.

Para comenzar el análisis de estas alternativas, partiremos de la premisa de que la última no resulta sensata. En efecto, como señala ALEXY, esta alternativa debe ser evitada no sólo porque no existen dudas de que al menos ese tipo de igualdad sí se encuentra garantizada por la Constitución, sino que porque (i) la igualdad de *iure* es un valor en sí que fundamenta la necesidad de un orden normativo de la vida social que tome al individuo en serio, y porque (ii) el principio de la igualdad de *iure* puede ser aplicado con mucha mayor facilidad y certeza que el de la igualdad de hecho¹⁸.

Si bien esta preeminencia que señala ALEXY de lo que él llama igualdad en sentido negativo es justificada, además de los argumentos valorativos y prácticos que señala, existen fundamentos dogmáticos para sostener que es primeramente la igualdad jurídica lo que pretenden garantizar las constituciones en general, así como nuestro 19 N° 2 CPR en particular. No obstante, para llegar a esa conclusión, es necesario analizar primero el resto de las alternativas.

2.1.1. La tesis de una nueva tipología de derechos

BOROWSKI, al igual que la generalidad de la doctrina constitucional, distingue en el ámbito de los derechos fundamentales, entre derechos a defensa y derechos a prestación. Sin embargo, luego de realizar un análisis de ambos tipos de derechos, identifica una especial estructura para los derechos de igualdad, la que sería especial y diferenciada tanto de los derechos a defensa como de los derechos a prestación¹⁹.

¹⁸ Al respecto, ver Alexy (2001: p. 405).

¹⁹ Me refiero aquí de derechos a defensa y derechos a prestación, en el entendido de que Borowski, al igual que Alexy, consideran los derechos fundamentales como *derechos a algo*. No obstante, en lo que sigue, y al igual como lo he venido haciendo a lo largo de este trabajo, hablaré indistintamente de derechos a defensa o a prestación como a derechos *de* defensa o *de* prestación.

En primer lugar, según BOROWSKI, si bien “existen numerosos intentos de comprender los derechos de igualdad como una especie de los derechos de defensa [y que] como fundamento de esta posibilidad se aduce que los derechos de igualdad son ‘derechos de defensa modales’ o ‘derechos de defensa materiales’, y que frente a ellos lo debido es una omisión de conductas estatales que sean violatorias de la igualdad”²⁰, tal equiparación entre los derechos de igualdad y los derechos de defensa es inadecuada pues “soslayaría algunas destacables diferencias que subsisten en el fondo del asunto”, como es principalmente que los derechos de defensa garantizan lo que en la terminología de JELLINEK se conocen como derechos de *status negativo*, mientras que los derechos de igualdad garantizarían derechos que, en una amplia gama de casos, pertenecen al *status positivo*²¹. De este modo, según BOROWSKI, los derechos de igualdad podrían también denominarse como “derechos modales de prestación”, y como tales exigirían un tratamiento diferenciado por parte del Estado que sea capaz de satisfacer las exigencias de los derechos de igualdad. En virtud de estas consideraciones, BOROWSKI concluye que los derechos de igualdad demandan *algo más* que los derechos de defensa. Ello, sin embargo, dice bastante poco respecto a lo que sí sería el derecho a la igualdad.

Como se podrá apreciar, esta complejidad que nota BOROWSKI en relación a los derechos de igualdad se debe a que también trata de fundamentar el derecho fundamental a la igualdad de la Constitución Alemana como un principio general de igualdad, en virtud del cual se puede demandar tanto la igualdad formal o de *iure* (igualdad en su faz negativa) como la igualdad material o de *facto* (igualdad en su faz positiva). Es por eso que nota que en virtud de dicho derecho, se puede demandar al Estado no sólo que omita conductas violatorias de la igualdad, sino que además, a través de su acción, satisfaga las exigencias fácticas que dicho derecho implicaría.

En segundo lugar, BOROWSKI es aún menos convincente respecto a su pretensión de diferenciar los derechos de igualdad cuando los trata de distinguir de los derechos de prestación. Para llevar a cabo dicha distinción se vale de la dicotomía entre derechos de prestación originarios y derechos de prestación derivados²². Mientras que en relación a estos últimos BOROWSKI señala que ellos “atribuyen pretensiones a participar en el disfrute de instituciones ya existentes o a gozar de prestaciones que se han garantizado ya a otros individuos que se encuentran en la misma situación, [de modo tal que] la razón decisiva que subyace a estos derechos estriba en el argumento de otorgar un trato igual [y por ello puede

²⁰ Borowski (2003: p. 117).

²¹ Sobre la distinción de Jellinek, ver Alexy (2001: p. 247-266).

²² Esta distinción entre derechos de prestación originarios y derivados es una distinción generalizada en la doctrina constitucional alemana. Mientras los primeros son entendidos como aquellos derechos a prestaciones cuando aún no se encuentran creadas las condiciones para satisfacerlos, los segundos son aquellos derechos a prestaciones que se tienen cuando los sistemas de prestación ya se han creado y sólo se han asegurado los derechos de unos pocos. En este sentido el derecho a prestación derivado se entiende como un derecho a obtener las mismas prestaciones que se le otorgan a los demás. Al respecto, ver Hesse (2001: p. 95-97).

decirse] que los derechos fundamentales de prestación de carácter derivado representan derechos de igualdad en el ámbito prestacional”²³, respecto a los primeros BOROWSKI se limita a señalar que “en el examen jurídico que se realiza respecto a ellos no se lleva a cabo una comparación sobre el trato de personas, grupos de personas o estados de cosas [...] en tanto existe con independencia de que otros también hayan podido recibir ese algo”²⁴.

No obstante estas consideraciones, el intento de BOROWSKI de hacer sinónimos los derechos de igualdad con los derechos de prestación derivados es inaceptable. Los derechos de prestación aunque tengan el carácter de derivados no representan más que simples derechos de prestación. Otra cosa muy distinta es que cuando un individuo estime que sus derechos a prestaciones en sentido derivado no se encuentren asegurados, pueda exigirlos en virtud de que estima que lo están discriminando. Pero el derecho que tiene ese individuo es un derecho a que lo traten tal como al resto y que le aseguren sus prestaciones al igual que los demás. Es decir, ese derecho no es otro que el antiguo derecho a igualdad formal. Así, tratar de relacionar de un modo especial los derechos de prestación derivados con los derechos de igualdad y de ver en éstos ciertas especificidades que los transforman en una especial categoría de derechos resulta injustificado.

Finalmente, un último intento de diferenciar a los derechos de igualdad de las otras categorías de derechos, BOROWSKI lo lleva a cabo cuando señala que 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 se debe llevar a cabo para constatar la violación de derechos de defensa o de prestación. Sin embargo, tratar de estructurar los derechos de igualdad como categoría dogmática distinta a los derechos de defensa y de prestación por el ejercicio comparativo que se debe realizar por quien pretende constatar su vulneración, resulta inadecuado. En efecto, esta categoría de análisis no ha sido ocupada para conceptuar ni a los derechos de defensa ni a los derechos de prestación, pues unos y otros se distinguen por la especial exigencia que implica su cumplimiento (una omisión o una acción). Así, la exigencia de comparación, mal puede ser utilizada como categoría de análisis para sugerir una tipología general de derechos que considerare como especial a los derechos de igualdad.

En conclusión, todo este intento de diferenciación que realiza BOROWSKI para situar a los derechos a igualdad como distintos a los derechos a defensa y los derechos a prestación, presenta múltiples imprecisiones, y lleva a reafirmar que la verdadera y general distinción entre derechos es la que diferencia entre derechos de defensa y derechos de prestación. Respecto a la igualdad, su análisis nos lleva a concluir lo que ya veníamos sosteniendo: que mientras se siga interpretando como un derecho de doble faz, la paradoja no puede ser superada. Volvamos entonces a analizar las otras alternativas posibles.

²³ Borowski (2003: p. 118-119).

²⁴ Borowski (2003: p. 119).

2.1.2. La tesis de los principios

Lo que hace ALEXY, luego de haber enunciado el problema, es tratar de solucionarlo a través de la segunda alternativa, esto es, *desde adentro*, conciliando ambas igualdades y demostrando que la paradoja es sólo aparente o *prima facie*.

En este sentido, ALEXY parte de una preferencia básica a favor del principio de igualdad de *iure*, de modo tal que la igualdad de hecho se hace valer como una *razón suficiente* tanto para una permisión como para una imposición de un tratamiento desigual. Así, en el caso de una permisión la igualdad de hecho jugará el papel de una razón de restricción con respecto al derecho general a la igualdad jurídica, mientras que en el caso de una imposición, la igualdad de hecho jugará el papel de una razón para un derecho a un tratamiento desigual de *iure*, fundamentándose un derecho subjetivo a la creación de una porción de igualdad fáctica. Como se podrá apreciar, ALEXY un vez más se funda en la teoría de los principios, y en el correlato de la necesidad de ponderación para concluir que la adscripción de un derecho a la igualdad fáctica al derecho fundamental a la igualdad en sentido amplio, es enteramente posible. No obstante, para justificar dicha tesis ALEXY parte de premisas discutibles, cuya crítica nos demuestra que lo más aconsejable es terminar renunciando a cualquier pretensión de entender al derecho a la igualdad como un derecho subjetivo también a la igualdad fáctica.

3. Capítulo II. Los riesgos de la igualdad en sentido amplio

Como se pretende demostrar a continuación, una tesis como la de ALEXY, así como cualquier otra que pretenda interpretar el derecho fundamental a la igualdad como un derecho subjetivo en sentido amplio, debe enfrentarse a ciertos problemas o dificultades necesarias que acarrea la especificidad del sistema jurídico. Todos ellos se relacionan entre sí. En primer lugar, dicha teoría, debe enfrentarse al hecho de que la igualdad fáctica tiene un grado de abstracción tal, que resulta difícilmente concretable en derechos específicos. Luego, está el problema de que el reconocimiento de estos derechos implica necesariamente reconocer la existencia de recursos materiales para la satisfacción de los mismos. Y lo cierto es que no serán raras las ocasiones en que el Estado será incapaz de proveerlos. En tercer lugar, un derecho a la igualdad material, amplía las competencias de los tribunales constitucionales a ciertos límites que parecen inaceptables desde un punto de vista democrático.

A estas tres dificultades me referiré a continuación.

3.1. La inseguridad del reconocimiento

En primer lugar, cuando ALEXY sugiere su interpretación ampliada del derecho fundamental a la igualdad, señala que si bien “la idea de igualdad de hecho

es una base demasiado insegura para un reconocimiento judicial de derechos concretos a la igualdad de hecho”²⁵, en tanto existe una pluralidad de teorías sobre distribución, ello no permite concluir la inexigibilidad directa de los derechos sociales. Otros autores, en cambio, consideran que este problema implica un argumento definitivo para negar a la igualdad material su estatus de derecho fundamental directamente exigible. En este sentido, ROSENCRANTZ, en su intento de des-constitucionalizar los derechos sociales, ha señalado, citando a ACKERMANN, que “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 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 nuestra sociedades”²⁶.

A ello se suma el hecho de que, dadas las condiciones de la sociedad pluralista en la que vivimos, resulta complejo sino imposible, coincidir en aquello que requiere la justicia distributiva. Es así como sostiene que “[e]n virtud de que no aceptamos las mismas verdades, la inclusión de derechos distributivos en la Constitución necesariamente producirá cismas entre nosotros que harán más difícil la construcción de una polis democrática e inclusiva”²⁷.

Al respecto, pensemos en la idea de ATRIA de que un compromiso verdadero con la igualdad exige la creación de un sistema universal de salud, gratuito al momento de su uso, combinado con impuestos progresivos y con regulaciones que hagan imposible o al menos disuasivamente caro para los ricos excluirse y contratar seguros privados²⁸. Esta exigencia de igualdad en la que piensa ATRIA, ¿es unánimemente compartida? ¿Es un sistema que estarían dispuestos a implementar los tribunales? ¿Qué dirían los ricos ante ella? ¿No es acaso contraria a la libertad de elección que debiera ser asegurada a cada ciudadano?

3.2. La frustración de expectativas

En segundo lugar, cuando ALEXY pretende establecer un derecho fundamental a la igualdad en sentido amplio en virtud del cual se pueda tener un derecho subjetivo a exigirle al Estado el cumplimiento de medidas destinadas a proteger a aquellos más desposeídos o desaventajados, olvida quizás lo más importante: que en la mayoría de esos casos, dichos derechos no son *realmente*

²⁵ Alexy (2001: p. 410).

²⁶ Rosencrantz (2002: p. 247).

²⁷ Rosencrantz (2002: p. 249).

²⁸ Atria (inédito).

exigibles. No sólo por el hecho ya analizado de que ellos “dependen en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que por naturaleza corresponden a los poderes políticos”²⁹, sino que por el más sencillo hecho de que muchas de esas veces el Estado simplemente no podrá garantizarlos, por más que los tribunales lo soliciten una y otra vez. Si realmente creemos que tenemos un derecho para exigirle al Estado que asegure al grupo al que pertenezco una vivienda digna, un cupo en las universidades públicas o un número de asientos en el Congreso para que mi grupo sea representado, lo cierto es que sólo pecamos de ingenuidad. Si realmente creemos que un derecho como ése existe, la práctica política defraudará dicha creencia.

Estas consideraciones llevan a ROSENCRANTZ a concluir que los derechos sociales son *per se* derechos no exigibles de manera directa. Dada esta conclusión, ROSENCRANTZ se encuentra con una disyuntiva: (i) o acepta que existan derechos no exigibles directamente, o como él señala, no ejecutables en el texto constitucional; (ii) o acepta la idea de que los derechos constitucionales deben ser siempre ejecutables directamente. Para él, esta segunda alternativa es la adecuada. Por ende, es necesario sacar a los derechos sociales del texto de la Constitución. La razón de fondo estriba en que para él, el hecho de que los derechos sociales sean promesas incumplidas, lleva a devaluar todas las restantes promesas que la Constitución realiza. En sus propias palabras, “la existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la Constitución”³⁰.

No obstante, esta tesis resulta criticable desde un doble punto de vista. Por una parte, se apoya en un supuesto débil: la creencia de que el único modo de proteger los derechos fundamentales está dado por la exigibilidad directa de los mismos. Ciertamente es que ROSENCRANTZ reconoce que dicha creencia es contingente y que bien puede ser que en algunas sociedades la existencia de un derecho no se encuentre supeditada a su exigibilidad. Sin embargo, cambiar dicha creencia es precisamente el rol del jurista. Es éste el que debe encargarse de hacer presente que la exigibilidad directa no es sino uno de los variados mecanismos de protección de los derechos fundamentales. En este sentido, en el capítulo que sigue se tratará de demostrar que los derechos sociales, aún sin ser exigibles, generan diversos efectos normativos que justifican su constitucionalización.

Por la otra, la tesis de ROSENCRANTZ parece políticamente inconveniente. Si realmente la Constitución es la fundación de la comunidad política, y si realmente creemos que dicha comunidad está compuesta por diversas personas con diversos modos de ver la vida, la Constitución no puede limitarse a recoger en su texto los derechos que interesan sólo a algunos de los miembros de dicha comunidad.

²⁹ Abramovich y Courtis (2002: p. 44).

³⁰ Rosencrantz (2002: p. 247).

Algunos, sin ofrecer soluciones tan extremas como la de ROSENCRANTZ, y fundamentando aún la exigibilidad de los derechos sociales y de un supuesto derecho a la igualdad material, terminan concediendo, tal como ALEXEY, que la máxima de la igualdad de hecho puede fundamentar derechos concretos definitivos en casos referidos al *mínimo vital*. Otros, como ABRAMOVICH y COURTIS, señalan que los derechos sociales se pueden exigir judicialmente en caso de violación del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho, es decir por satisfacer más las necesidades de unos que de otros. Esta es la misma idea de BOROSWIKI en relación a los derechos de prestación derivados. Y al analizarla, me referí que en último término esa exigibilidad no encuentra su fundamento en la violación del derecho de prestación, sino que en la violación del derecho a la igualdad en sentido formal.

En suma, cuando quienes pretenden fundamentar la exigibilidad de los derechos sociales, y en este sentido, de la igualdad material, se enfrentan con los problemas ya señalados, terminan reconduciendo la cuestión a algo bien distinto de lo que, en principio, pretendían consagrar.

3.3. La objeción democrática. Parte I

En tercer lugar, existe una objeción democrática a la interpretación del derecho fundamental a la igualdad como un derecho subjetivo a la igualdad material, dado que con una interpretación como esta debe reconocerse que aumenta el ámbito de aquello que puede ser exigido legítimamente por los ciudadanos a los tribunales constitucionales. Con ello, dichos tribunales aumentarán su trabajo pero especialmente su poder en términos de configuración social, reemplazando al menos en parte las tareas que han sido encomendadas al legislador. Este conflicto que se suscita entre liberalismo y democracia si bien se aprecia en cada caso de aplicación judicial de derechos fundamentales, lo cierto es que, cuando lo que se invoca es la igualdad material, dicho conflicto es quizás cuando puede apreciarse con mayor notoriedad. En efecto, dado que el concepto de igualdad material es el ejemplo paradigmático de textura abierta del lenguaje, y que a diferencia de lo que sucede con el derecho a la igualdad formal o con otros derechos fundamentales, carece de un desarrollo dogmático que la concrete, los tribunales en virtud de ella tienen una base de justificación que resulta en extremo amplia para la toma de decisiones.

Así, si realmente se piensa, como FISS, que el derecho fundamental a la igualdad debe entenderse en un sentido amplio, debe asumirse necesariamente que ello implica un aumento de las competencias y del poder que tienen los tribunales para decidir sobre asuntos que, en general, han sido considerados como eminentemente políticos.

Para FISS, esto sin duda no resulta problemático -o al menos no parece serlo -, pues su discurso sobre la igualdad se apoya en la idea de un fuerte activismo judicial, al punto de llegar a declarar que la Corte Suprema

norteamericana es la encargada de salvar a la República antes de que degenera en una sociedad de ciudadanos miembros que dominan a una clase oprimida³¹. Sin embargo, a esta conclusión no se arriba de manera tan fácil en la tradición continental, pues como lo ha puesto de manifiesto BÖHMER, en ella existe una mayor sospecha acerca de la legitimidad democrática de los jueces cuando intervienen en cuestiones de carácter político³². Para muchos, esta intervención es, sin embargo, parte de la esencia de la justicia constitucional. En efecto, según la crítica tradicional, cuando el juez aplica aquellos conceptos abstractos, vagos e indeterminados que son los derechos fundamentales, necesariamente debe complementarlos con lo que son *sus* concepciones de dichos derechos y, en ese sentido, lo que termina haciendo el juez necesariamente es política³³. En otras palabras, para buena parte de la doctrina, ya sea en mayor o menor grado, los tribunales constitucionales actúan *siempre* arrogándose facultades del legislador, sin importar si el control de constitucionalidad dice relación con derechos de defensa o con derechos de prestación o si se trata de casos de control concreto o abstracto

³¹ Respecto a esta idea, ver Fiss (2002), y el prefacio que los editores Joshua Cohen y Joel Rogers hacen al mismo libro (2002: p. 18). Un punto de vista similar al de Fiss, según Mouffe (2003: p. 128), tendría Ronald Dworkin, “quien afirma la primacía de un poder judicial independiente, un poder que él considera el intérprete de la moralidad política de una comunidad.” Según Mouffe, para Dworkin, “las cuestiones fundamentales a las que ha de enfrentarse una comunidad política en las áreas del desempleo, la educación, la censura, la libertad de asociación, etcétera, quedan mejor resueltas si los jueces intervienen, con tal de que interpreten la constitución haciendo referencia al principio de la igualdad política. Se le deja muy poco espacio al debate político.”

³² Böhmer (2000: p. 116). En sus propias palabras, “la idea de que el Poder Legislativo tiene preeminencia sobre el judicial [...] remite a la idea de los revolucionarios franceses y se contrapone con la tradición burkeana del respeto por el pasado”.

Además, en la historia constitucional, EE.UU. se vio enfrentado antes que cualquier otro país a la técnica del control constitucional, el que no sólo fue justificado en *El Federalista 78* (“*Los jueces como guardianes de la Constitución*”), sino que además posteriormente reafirmado por el fallo del caso *Marbury v. Madison*, en 1803. A propósito de ello, Tocqueville (1957: p. 107) señala que mientras el juez norteamericano está revestido de un inmenso poder político gracias a la posibilidad de declarar inconstitucional una ley, no sucede lo mismo con el juez francés o inglés. En sus palabras, mientras que “[e]n Francia, la constitución es una obra inmutable o reputada como tal. Ningún poder puede cambiarle nada: tal es la teoría admitida”, en “Inglaterra se reconoce al Parlamento el derecho a modificar la constitución. En Inglaterra la constitución puede, pues cambiar sin cesar o más bien, no existe. El Parlamento, al mismo tiempo que un cuerpo legislativo, es un cuerpo constituyente”. Quizás el hecho de que fuera EE.UU. el primer país con un control constitucional, ha llevado a una mayor aceptación institucional del mismo.

Por último, una cuestión que hace más importante la objeción democrática en la tradición continental, es que mientras EE.UU. presenta un modelo de control concreto, buena parte de Europa tiene un modelo de control abstracto. Y es precisamente respecto a este último tipo de control la objeción democrática es más fuerte. Nuevamente Tocqueville (1957: p. 109) es quien explica de manera brillante la diferencia de grado entre ambos. En sus palabras, “[s]i el juez hubiera podido atacar las leyes de una manera teórica y general [esto es, al modo del control abstracto], si hubiera podido tomar la iniciativa y censurar al legislador, hubiera entrado brillantemente en la escena política convertido en campeón o adversario de un partido, suscitando todas las pasiones que dividen al país a tomar parte en la lucha. Pero cuando el juez ataca una ley en un debate oscuro y sobre una aplicación particular, oculta en parte a las miradas del público, la importancia del ataque. Su fallo sólo tiene por objeto lesionar un interés individual, pero la ley no se siente herida más que por casualidad”.

³³ Al respecto, Atria (inédito).

de normas³⁴. En efecto, pensemos por ejemplo, en lo que sucede respecto a un caso de control constitucional respecto a un derecho típicamente negativo, como es la libertad de expresión. Supongamos que a nivel legal se impusiera la censura a la exhibición cinematográfica de alguna película. Supongamos luego que el Tribunal Constitucional estimara que toda forma de censura previa resulta atentatoria del derecho a la libertad de expresión, y que por ende se requiere la invalidación de dicha ley. Sin embargo, de hecho ocurrirá que el tribunal no se limitará a señalar que dicha ley es inválida, sino que además, a través de sus concepciones, necesariamente concretará el concepto libertad de expresión y señalará cuáles son las formas de adecuado cumplimiento de aquel derecho.

No obstante, cuando de lo que se trata es de la exigibilidad directa de los derechos sociales, el grado de intervención es aún mayor. No sólo por el hecho de que el juez acude a sus concepciones para concretar el derecho, sino porque además en virtud de ellas, exige la satisfacción de determinadas prestaciones, reemplazando con ello de manera doble al legislador. En efecto, si se piensa por ejemplo en el recurso de protección establecido en el sistema jurídico chileno³⁵ y se considera que por la interposición de dicho recurso se busca que, ante la violación de los derechos fundamentales, se adopten de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, ello implica que en caso de que se estimen vulnerados los derechos sociales o un hipotético derecho a la igualdad material, deberá ser el propio adjudicador quien concrete y otorgue las prestaciones necesarias.

Esta mayor intervención que se produce en caso de entender los derechos a prestación como derechos subjetivos se debe a la especial estructura de este tipo de derechos. En efecto, mientras que la posición correlativa de un derecho de defensa es una prohibición de afectación y que, por ende, el restablecimiento del imperio del derecho sólo exige que se omita el acto o se invalide la norma que lo atenta, en los casos de derechos a prestaciones, dado que la posición correlativa es un deber de protección o de realización, no existe una sola forma de protección que se encuentre ordenada. Por el contrario en casos de violación de derechos sociales, el juez tiene múltiples alternativas para establecer la protección del derecho vulnerado.

³⁴ En este sentido, Alexy (2001: p. 454) ha señalado que el problema que se suscita entre los campos de acción del legislador y de los tribunales constitucionales “se presenta de la misma manera en los derechos de defensa y en los derechos a protección. Por cierto, en el caso de los derechos a protección, debido a su referencia hacia el futuro, tiene a menudo un mayor peso; pero, esto fundamenta tan sólo una diferencia gradual”.

³⁵ Según el artículo 20 CPR, el recurso de protección puede interponerlo todo aquel que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de algunos derechos establecidos en el artículo 19 CPR con el fin de que se adopten de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Precisamente debido a esta estructura, que permite un ámbito de discrecionalidad importante para la protección de los derechos sociales, es que se ha entendido en una gran diversidad de ordenamientos, que éstos requieren para su concreción y posterior exigibilidad la intermediación del legislador, pues es éste, el que se encuentra legitimado democráticamente para decidir cuáles son las necesidades más urgentes a las que se les debe hacer frente y cuál debe ser el modo preciso de hacerlo. Comparto entonces lo sostenido por HESSE, en cuanto a que “la regulación de derechos o pretensiones materiales a prestaciones y las cuestiones con ella conexas únicamente puede ser tarea del legislador, no del poder judicial. Las pretensiones individuales a prestaciones deben ser suficientemente precisas y presuponen típicamente una concreción mediante ley, no sustituible por singulares fallos judiciales. Si la Constitución impusiera al proceso de formación política de voluntad no sólo objetivos y directrices sino obligaciones determinadas se contraería el orden democrático de la Ley Fundamental como marco del proceso político en libertad. Ello llevaría a sustituir la política –judicialmente fiscalizada– por una ejecución de la Ley Fundamental y, de este modo, a restringir decisivamente el campo en el que debe formarse la voluntad parlamentaria como fundamento de un orden democrático abierto”³⁶.

Esta conclusión a la que llega HESSE, sólo le quita a la igualdad material su carácter de derecho subjetivo. Como se verá en lo que sigue, en caso alguno ello implica además que dicho derecho sea inexistente, pues bien puede ser considerado un derecho programático o bien las pretensiones de la igualdad material encontrarían de todos modos fundamento normativo en el mandato de estado social, que también puede tener algún peso específico en casos de ponderación.

Sin embargo, con esta conclusión no se resuelve el problema de que la igualdad de hecho, si bien no podría ser directamente exigible por los particulares, bien podría ser invocada en casos de control abstracto por parte del Tribunal Constitucional, ya sea en su faz de derecho programático independiente o en su faz de mandato de estado social. Y por lo tanto, no se soluciona del todo el problema de que siguen siendo los jueces los que podrían seguir conociendo de asuntos para los cuales no está democráticamente legitimado.

No obstante, esta cuestión será analizada en el capítulo que sigue, pues hasta el momento sólo se perseguía el fin más modesto de demostrar la inconveniencia de la exigibilidad directa de un derecho a la igualdad material.

4. Capítulo III. La igualdad como política

Como se podrá apreciar, los problemas de la exigibilidad de un derecho fundamental a la igualdad de hecho son tales, que resulta mucho más sensato

³⁶ Hesse (2001: p. 97).

pensar que el derecho fundamental a la igualdad del artículo 19 N° 2 CPR, se debe limitar a ser entendido como un derecho al estilo liberal, es decir, como un derecho de defensa en virtud del cual se le puede exigir sólo al Estado que no distinga de manera irrazonable a los individuos. Para muchos esto significará el triunfo de las ideas liberales y una postura *egoísta* respecto a los derechos fundamentales.

Sin embargo, el reconocimiento de que en virtud de nuestro derecho fundamental a la igualdad no puede exigirse al Estado el cumplimiento de las más variadas demandas sociales, no puede evaluarse sólo desde premisas políticas. Más relevante, si es que estamos hablando de derechos, es la evaluación dogmática. Ha sido ella la que nos lleva a concluir que en ocasiones el derecho no puede servir a todas las pretensiones de la política o que, como sostiene ATRIA, lo que se juridifica es sólo aquello que puede ser juridificado³⁷, o que en ocasiones, dada la especificidad procedimental del derecho, éste *no resulta suficientemente dúctil*³⁸. Esto nos demuestra una cuestión típica de las sociedades modernas: la existencia de diversos sistemas funcionalmente diferenciados que operan con códigos y lógicas diversas, y que por lo tanto, pretender el cumplimiento de nuestras expectativas políticas a través del derecho, puede resultar inadecuado si no se respeta su propia forma de operar.

Si bien lo expuesto puede llevarnos a denostar al derecho, esa es la alternativa incorrecta. Más sensato es pensar que el déficit de justicia y de igualdad le es imputable principalmente al sistema político, en tanto ha sido éste el que no se ha tomado en serio los graves problemas de desigualdad existentes en nuestro país. Es el sistema político el que no se ha preocupado de otorgar una respuesta adecuada al “problema indígena”, el que no ha podido crear un sistema eficiente de atención jurídica gratuita para los más pobres, el que no ha logrado establecer una educación pública competitiva con la privada, el que ni siquiera ha tematizado la cuestión de los inmigrantes. Ante estas situaciones, pedirle al sistema jurídico

³⁷ Al respecto ver Atria (2003b: p. 43). Profundizando en esta idea y haciendo suyas las palabras de Simone Weil, Atria señala que “si queremos luchar contra la opresión de la mujer, o por la libertad positiva o por la solidaridad, el derecho sólo escucha balbuceos”. Sin embargo, esta cuestión queda aún más clara con otra cita que Atria (2003a: p. 78) hace a “La Persona y lo Sagrado” de Weil: “Se le está haciendo daño a un ser humano cuando grita interiormente: ¿Por qué se me hace daño? Se equivoca a menudo en cuanto intenta darse cuenta de qué mal sufre, quién se lo inflige, por qué se le inflige. Pero el grito es infalible. El otro grito que se oye a menudo, ¿por qué el otro tiene más que yo? Se refiere a los derechos. Debemos aprender a distinguir entre los dos quejidos y hacer todo lo posible, tan amablemente como sea posible, para aquietar el segundo, con la ayuda de un Código de justicia, tribunales ordinarios y la policía. Mentes capaces de resolver este problema pueden ser formadas en las escuelas de derecho.

Pero el otro grito, ¿por qué se me hace daño? Sugiere otros problemas completamente diferentes, para los cuales el espíritu de verdad, justicia y amor es indispensable” (al respecto, ver Weil, Simone, (1950), “La Persona y lo Sagrado”, en: *Escritos de Londres y Últimas Cartas*, Editorial Trotta, Madrid).

³⁸ Atria (inédito).

que subsidie al sistema político en estas deficiencias, es tratar de tapar el sol con un dedo.

Por lo tanto, si realmente queremos tomarnos en serio los graves problemas de desigualdad que innegablemente existen, debemos revertir “la tendencia a privilegiar el campo jurídico y a esperar que el derecho proporcione las soluciones a todos los tipos de conflictos [y a considerar a] la esfera jurídica [como] el terreno en el que los conflictos sociales encuentran su forma de expresión”³⁹, y comenzar a concebir los problemas de la sociedad de una forma políticamente adecuada. Por ello, debe pensarse que junto con los límites que el derecho impone como medio de protección a los derechos fundamentales, es necesario crear las condiciones a través de las cuales se logre una política activa a favor de los mismos. De lo que se trata entonces es que la política no se vuelva sorda a las pretensiones de la legalidad, porque si lo hace, por más resguardos que el derecho imponga, los derechos fundamentales serán igualmente violados⁴⁰. Es necesario entonces que si lo que se pretende es crear ciudadanos independientes sea el Congreso, es decir, el principal órgano de discusión política, el que cumpla con el deber constitucional de implementar tal visión.

4.1. La limitación política de derechos individuales

Como resultará fácil advertir de la conclusión recién expuesta, surge nuevamente el viejo problema de la paradoja de la igualdad, ahora en sede de control abstracto de normas. Porque si bien ya no se trata de una contradicción entre derechos fundamentales, sí es una contradicción entre un derecho a la igualdad en sentido negativo y la aspiración comunitaria de mayor igualdad material. En efecto, si es el legislador el que debe implementar políticas sociales que propendan a una mayor igualdad de hecho entre los diversos miembros de la comunidad política, éste se encontrará con un derecho constitucional de igualdad en sentido negativo que no le permite hacer tratos diferenciados entre dichos miembros. Por ello, dichas políticas bien podrían ser tenidas como inconstitucionales.

Para el análisis de este problema, cobra especial importancia tomarse en serio una distinción que según DWORKIN hasta el momento no ha sido considerada como relevante: la distinción entre igualdad como derecho e igualdad

³⁹ Mouffe (2003: p. 127).

⁴⁰ En este sentido, basta pensar en las palabras que escribió Portales en su carta a Cea. En ella, Portales señalaba “Con los hombres de la ley uno no puede entenderse; y así, ¡para qué carajo! sirven las Constituciones y papeles, si son incapaces de poner remedio a un mal que se sabe existe... en Chile la ley no sirve para otra cosa que no sea producir la anarquía, la ausencia de sanción, el libertinaje, el pleito eterno, el compadrazgo y la amistad... De mí sé decirle que con la ley o sin ella, esa señora que llaman la Constitución, hay que violarla cuando las circunstancias son extremas. ¿Y qué importa que lo sea, cuando en un año la parvulita lo ha sido tantas por su perfecta inutilidad!... A Egaña que se vaya al carajo con sus citas y demostraciones legales”.

como política⁴¹. Según ésta, hay algunas igualdades que son judicialmente exigibles y otras que lo son sólo políticamente.

Esta distinción queda clara cuando a propósito del caso DeFunis⁴², DWORKIN responde a la pregunta “¿Qué derechos a la igualdad tienen los ciudadanos, en cuanto individuos, que puedan frustrar programas orientados a cumplir directrices económicas y sociales importantes, entre ellas la práctica social de mejorar la igualdad general?”⁴³. Por una parte, para DWORKIN se encuentra el *derecho a igual tratamiento*, que según sus palabras es “el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas”. Por la otra, se encontraría un *derecho a ser tratado como igual* que, en último término, es un derecho a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera, de modo tal que la pérdida potencial de algún beneficio “debe ser tratada como un asunto inquietante, pero [...] tal pérdida puede, de todas maneras, ser compensada por lo que gane la comunidad como tal”⁴⁴. Así, según DWORKIN, “[s]i tengo dos hijos y uno se me está muriendo de una enfermedad que apenas si llega a incomodar al otro, no muestro igual consideración si echo cara o cruz la decisión de cuál ha de recibir la última dosis de medicina”⁴⁵. Si se analiza con cuidado, este derecho a ser tratado como igual del que habla DWORKIN, es un derecho que permite justificar de manera amplia el trato favorable a las minorías por parte de la política y que le exige sólo se tome en cuenta como un asunto problemático el sacrificio de ciertos derechos individuales⁴⁶. Lo cierto entonces es que este derecho individual del que habla DWORKIN es también un derecho de defensa frente al Estado en virtud del cual se puede exigir que cuando éste establezca políticas preferenciales para grupos determinados, se considere seriamente al sujeto individual que puede verse

⁴¹ Dworkin (1989: p. 332). En un sentido semejante, Luhmann (2002: p. 169) señala que una de las cuestiones relevantes que aumentan la complejidad cuando hablamos del principio de igualdad dice relación con la necesidad de distinguir entre utilización política o jurídica del principio de igualdad. En este sentido, según Luhmann lo que hace la política es exigirse a sí misma absorber todos los nuevos impulsos de igualdad para transformarlos en derecho: en casos jurídicos.

⁴² Tal como lo señala Dworkin en *Los Derechos en Serio*, “En 1971, un judío apellidado DeFunis se presentó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington; fue rechazado aunque la puntuación de sus pruebas y sus calificaciones universitarias eran tales que habría sido admitido de haberse tratado de un negro, un filipino, un chicano o un indio norteamericano. DeFunis pidió a la Suprema Corte que declarase que la práctica vigente en Washington, que imponía estándares menos exigentes a los grupos minoritarios, violaba los derechos que le concedía la Decimocuarta Enmienda”.

⁴³ Dworkin (1989: p.332).

⁴⁴ Dworkin (1989: p. 333).

⁴⁵ Dworkin (1989: p. 332).

⁴⁶ Precisamente la necesidad de tomar en cuenta el sacrificio que realizan determinados individuos en aras de la comunidad es una de las cuestiones que se ha considerado en las nuevas fórmulas de discriminación positiva que han instaurado algunas universidades norteamericanas en los últimos años. Luego del precedente que sentó el caso Bakke, se ha considerado que el mero establecimiento de cuotas para favorecer a grupos minoritarios resulta ser un sistema rígido que no considera seriamente al individuo que se sacrifica en aras de la comunidad. En virtud de ello, las universidades que establecen programas de admisión sensibles a la raza, han comenzado a ocupar sistemas flexibles, en los que también se consideran factores adicionales como el mérito.

desfavorecido por ellas. Pero lo que en último término este derecho indica es que cuando la política así lo desea, puede legítimamente preterir al individuo en aras de una mayor igualdad de la comunidad.

Este planteamiento comunitarista –o si se quiere, igualitario- de DWORKIN ha sido ampliamente criticado. Por una parte, grupos liberales sostienen que esta concepción de DWORKIN se contradice con la configuración misma de un Estado liberal y democrático de derecho. En él, son los derechos individuales, antes que cualquier política pública, los que deben constituir el principal objeto de protección. En efecto, en el lenguaje liberal la Constitución no protege primariamente bienes o valores, ni establece primariamente deberes, sino que consagra derechos. Así, el concepto primario es el concepto de derecho, en su sentido de derecho subjetivo. Si ello es así, la tesis de DWORKIN resulta contraria a los presupuestos de un Estado liberal y democrático de derecho, y supone, increíblemente que *él no se está tomando los derechos en serio*.

Por otra parte, algunos comunitaristas ven en esta tesis de DWORKIN una contradicción con una de sus principales premisas: que “los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos, cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”⁴⁷. En este sentido, SANDEL ve, por una parte, que DWORKIN defiende la acción afirmativa “sobre la base de que son un medio eficaz, o al menos potencialmente eficaz, de lograr un objetivo social deseable”, siendo “su argumento básico [...] la utilidad social”⁴⁸. Pero, por la otra, SANDEL, destaca que “Dworkin, como Rawls, cree que ninguna política social puede ser justificada, por mucho que contribuya al bienestar general, si viola los derechos individuales”⁴⁹.

En un sentido similar se pronuncia CALSAMIGLIA, quien señala que DWORKIN, “forzando los argumentos justifica con razones utilitaristas las políticas de igualdad que violan el derecho a la igualdad (...). En el propio DWORKIN a veces las consideraciones utilitaristas sirven para negar los derechos individuales y a veces no”⁵⁰.

No obstante, las dos críticas que se le realizan a DWORKIN son erradas. La primera, por cuanto se basa en una particular configuración del Estado que resulta particularmente reducida. La segunda, por interpretar la tesis de DWORKIN de manera exagerada.

⁴⁷ Dworkin (1989: p. 37).

⁴⁸ Sandel (2000: p. 171- 172).

⁴⁹ Sandel (2000: p. 172).

⁵⁰ Calsamiglia (1989: p. 24-25).

En primer lugar, quienes sostienen que el hecho de que DWORKIN esté dispuesto a preterir derechos individuales a favor de políticas sociales contraviene el Estado liberal y democrático de Derecho, parecen darle un peso mucho mayor al elemento liberal que al elemento democrático del Estado. En efecto, el Estado en el que siempre triunfan los derechos individuales, aún contra-mayoritariamente, es *per se* un Estado liberal, pero no un Estado democrático. Además, esta crítica parece obviar el hecho de que en la actualidad el Estado se configura más bien en términos de Estado social, de modo tal que el contenido social de los programas políticos no puede quedar siempre en un segundo orden de consideración.

En segundo lugar, quienes ven en DWORKIN una contradicción, parecen exagerar la tesis que él hace de los derechos individuales como triunfos políticos imposibles de derrotar. En efecto, quienes sostienen que DWORKIN se contradice ven en él la tesis de la *ilimitabilidad de los derechos fundamentales*. Pero lo cierto es que DWORKIN no sostiene esta tesis. Ello no sólo es posible apreciarlo tomando en consideración los últimos trabajos de DWORKIN, en los cuales defiende reiteradamente la *Affirmative Action*, quizás el ejemplo paradigmático de política social que derrota a derechos individuales⁵¹, sino que además es algo que se puede deducir de su propia concepción de los derechos individuales como triunfos políticos. En efecto, como ya señalé, según él, dicha concepción implica que los derechos individuales son tales, si y sólo si las metas colectivas no los pueden derrotar cuando no están *suficientemente* justificadas. Es decir, los derechos individuales más que ser ilimitables, sientan en casos de conflicto, una *precedencia fuerte*⁵².

Pero ello quiere decir que bien pueden existir metas colectivas plenamente justificadas capaces de derrotar derechos individuales. Precisamente una justificación así pretende desarrollar DWORKIN en relación a la discriminación positiva, aceptando que existen ocasiones en que lo que gane la comunidad como tal puede resultar más valioso que lo que pierda un sujeto como tal⁵³.

⁵¹ El último libro de Dworkin, *Sovereign Virtue*, publicado el año 2000, está destinado en parte importante a una defensa de la *Affirmative Action* como forma de política social.

⁵² Esta idea de entender a los derechos individuales con una *precedencia fuerte* y no con *ilimitabilidad* en caso de conflicto con derechos y bienes colectivos se encuentra implícita también en el trabajo de Ruiz Miguel, quien señala que “muy pocos derechos se pueden y suelen citar como absolutos en el sentido de no sometibles a excepción. [Así, derechos como] el derecho a la vida, a la libertad física, religiosa e ideológica, las libertades de expresión, de reunión y de asociación, la libertad de circulación, el derecho al honor y la intimidad [...] tienen límites justificados”. Estos límites según Ruiz Miguel pueden ser normativos (dada (i) la interacción o conflicto entre los propios derechos y; (ii) la existencia de razones de extrema emergencia) o fácticos (dado (i) que ningún derecho puede ser garantizado de manera absoluta frente a eventuales violaciones, tanto oficiales como de particulares; (ii) que incluso en el caso de los *derechos liberales* es necesario contar con recursos materiales, como para financiar, por ejemplo, la asistencia letrada para los detenidos sin abogados, o la organización, policial y judicial que se requiere para la protección de esos derechos).

⁵³ En concreto, Dworkin (1989: p. 333) señala que “[e]l derecho de un individuo a ser tratado como igual significa que su pérdida potencial debe ser tratada como asunto inquietante, pero que tal pérdida puede, de todas maneras, ser compensada por la que gane la comunidad como tal”.

En este sentido DWORKIN se acerca bastante a ALEXY, quien más que defender una tesis relativa a la ilimitabilidad de los derechos individuales, señala que existe una precedencia *prima facie* a favor de ellos. Dicha precedencia, según ALEXY, estaría basada en la “fundamentación pragmático-trascendental de la necesidad de un orden normativo de la vida social que tome al individuo en serio. El concepto de tomar en serio no implica que las posiciones de los individuos no puedan ser eliminadas o restringidas en aras de bienes colectivos pero sí que para ello tiene que ser posible una justificación suficiente”⁵⁴. Es decir, la “precedencia *prima facie* se expresa en una carga de la argumentación a favor de los derechos individuales y en contra de los bienes colectivos”⁵⁵.

Si bien esta tesis para muchos puede parecer polémica, lo cierto es que es la propia realidad la que se encarga de hacernos ver el hecho de que frente a colisiones entre derechos individuales e intereses colectivos, bien pueden ser preferidos estos últimos. En efecto, como señala RODRIGO CORREA, si bien “quisiéramos creer que tales colisiones debieran siempre resolverse a favor de los derechos individuales, [...] un examen detenido demuestra que muchas veces no es así. El ejemplo más obvio se encuentra en el derecho penal [...]”.

Algunos de los casos más extremos de colisión entre fines colectivos y derechos individuales son resueltos explícitamente por la Constitución Política, y por lo tanto no exigen ponderación jurídica, sino simplemente política. Así ocurre con los estados de asamblea, de sitio, de emergencia, o de catástrofe [...].

Sin embargo, la ponderación entre intereses o fines colectivos, por una parte, e intereses o derechos individuales, por la otra, no sólo se presenta en situaciones extremas. En el Estado moderno la colisión entre ambos es *cotidiana*. La necesidad colectiva de tener un uso eficiente y ordenado de las calles se enfrenta con la libertad de movimiento de las personas. Asimismo, la necesidad de adoptar medidas que aseguren una limpieza relativa del aire se opone a la libertad de las personas para encender la chimenea en el invierno, o para conducir su automóvil”⁵⁶.

Ante los casos presentados, uno bien podría señalar que están lejos de ser tajantes, que se ubicarían más bien en el margen de la discusión entre liberales y comunitaristas y, que por ende, bien podrían dejar abierta la misma. Así, por una parte, y como el propio CORREA lo señala, los casos de estados de excepción constitucional y el caso del Derecho Penal son más bien extremos. Este último, en particular, por dos razones. En primer lugar, porque la relación entre Derecho Penal –y el subsecuente discurso de protección de la comunidad– y afectación de derechos fundamentales es especialmente compleja. En efecto, “el ejercicio del *ius puniendi* políticamente legitimado queda sometido a estándares jurídicos de

⁵⁴ Alexy (2004: p. 207).

⁵⁵ Alexy (2004: p. 207).

⁵⁶ Correa (2003: p. 21).

legitimación negativa particularmente estrictos”⁵⁷, que implican arreglos institucionales en pos del control judicial del ejercicio de la potestad punitiva estatal. La especificidad de este discurso hace que la vulneración de derechos individuales por efecto del *ius puniendi*, se encuentre especialmente legitimado. En segundo lugar, por cuanto el Derecho Penal, y más concretamente, el *ius puniendi*, bajo las premisas del paradigma alternativo al paradigma clásico, no sólo es considerado como una fuente de peligro para los derechos fundamentales, sino que además como un medio de protección de los mismos, de modo tal que el ciudadano bien puede exigir al Estado deberes de punición bajo la prohibición de defecto o de infraprotección⁵⁸. Bajo este paradigma entonces el Derecho Penal no sólo protege bienes colectivos afectando derechos individuales, sino que además también protege a estos últimos.

Por otra parte, los casos que CORREA presenta en situaciones de normalidad -del tipo *uso eficiente y ordenado de las calles v. libertad de movimiento de las personas*- son poco relevantes, en tanto el grado de afectación del derecho individual es menor. En efecto, un liberal bien podría pensar que ni la libertad de movimiento ni la libertad de encender la chimenea son de aquellas libertades que consideramos fundamentales, y por ende, bien podría aceptar que sean limitadas, sin considerar que está perdiendo ámbitos importantes de autodeterminación en aras de intereses colectivos.

No obstante, existen otros casos de colisión entre derechos individuales y derechos o intereses colectivos que también se suscitan cotidianamente en condiciones de normalidad y en los cuales el grado de afectación de los derechos individuales es sin duda mayor. En este sentido, típicas son las políticas sociales de preferencia para grupos desaventajados (acciones afirmativas y discriminación positiva), que lesionan el derecho a la igualdad en sentido negativo. Lo particular respecto a ellas es que, a diferencia de lo que sucede con el caso del Derecho Penal, el discurso legitimante no ha alcanzado un nivel de desarrollo importante, y no se ha traducido en arreglos institucionales concretos. Por ello, en este nivel, la discusión sigue siendo eminentemente política.

No obstante esta discusión, de aquí en adelante aceptaré el hecho de que los derechos individuales bien pueden ser derrotados o limitados. Para ello, sin embargo y como bien lo hacía notar DWORKIN, la política requerirá cumplir con

⁵⁷ Bascuñán (2001: p. 319).

⁵⁸ Respecto a estas consideraciones, ver Bascuñán (2001) y Mañalich (2005). Ambos describen una evolución paradigmática del *ius puniendi*. Bajo el paradigma clásico, el *ius puniendi* es considerado una fuente de peligro para los derechos fundamentales, en virtud de lo cual son necesarios arreglos institucionales que posibiliten su control. Bajo el paradigma alternativo, en palabras de Bascuñán, “los derechos fundamentales ya no representan un marco limitativo del ejercicio del *ius puniendi*, sino su impulso [...] De los derechos fundamentales ya no se derivan prohibiciones de su ejercicio, sino deberes de punición”.

estándares de argumentación suficientemente altos⁵⁹. Esa es una manera adecuada de seguir tomándose los derechos en serio y de no amarrar a la política cuando ésta decida cumplir con objetivos de política social. Ciertamente es que esta fórmula resulta contingente. Pero, tal como lo ha manifestado MOUFFE es la contingencia propia y continua que produce el juego entre las tradiciones del liberalismo y de la democracia⁶⁰.

4.2. La objeción democrática. Parte II

Sin embargo, esta contingencia requiere ser al menos probabilizada a través de reglas que permitan que las pretensiones de ambas tradiciones puedan expresarse. Y así, entre otras cosas, se requiere de reglas que limiten la amplitud argumentativa (y en definitiva el poder) de los tribunales constitucionales. De lo contrario, la objeción democrática, esta vez en sede de control abstracto, vuelve a renacer.

Para limitar este poder que se ejerce en sede de control abstracto hay quienes han sugerido que ante un caso de control de normas, el Tribunal Constitucional sólo puede funcionar única y exclusivamente como un legislador negativo. Ello se cumple, en palabras de HABERMAS, “[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”⁶¹. Sin embargo, como ha señalado ATRIA, esto “deja abierto el problema principal, porque nuestro juez puede estar convencido de que sólo tiene autoridad como legislador negativo y aún así revocar la ley [...] todo lo que tendría que hacer es que no puede instruir al legislador [...] pero eso lo dejaría en libertad para declarar inconstitucional toda otra alternativa hasta que el legislador le acierte”⁶². Esto implica que, en definitiva, la objeción democrática prácticamente sigue intacta.

Por esto, la judicialización debe ser justificada de manera particularmente estricta, más aún cuando se trata de derechos de igualdad de hecho pues, como señala ALEXY, en este caso “la intervención en las competencias del legislador sería tanto más grave cuanto que una jurisprudencia judicial que apunte a la igualdad de hecho interviene no sólo en el campo de acción jurídico del legislador sino directamente y en considerable medida en su campo de acción financiero”⁶³.

⁵⁹ En un sentido similar la jurisprudencia alemana, “especialmente la del Tribunal Constitucional Federal, ha desarrollado a tal efecto el principio de que la limitación de derechos fundamentales [...] sólo puede llevarse a cabo de acuerdo con el principio de proporcionalidad: la limitación de los derechos fundamentales sólo puede llegar hasta donde resulte apropiado, necesario y proporcionado en sentido estricto, en orden a la consecución de un fin justificable de interés publicado formulado por la ley limitadora”. Al respecto, ver Böckenförde (1993: p. 102).

⁶⁰ Mouffe (2003: p. 21).

⁶¹ Habermas (2005: p. 334).

⁶² Atria (inédito: p. 121).

⁶³ Alexy (2001: p. 411).

Un intento de justificación de este proceso de judicialización es llevado a cabo por el propio ALEXY. Para justificar esta tesis, parte de lo que él llama *idea rectora*, consistente en que “los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”⁶⁴, puesto que como nadie conoce al futuro legislador y las circunstancias bajo las cuales habrá de actuar, nadie puede estar seguro de que no hará de aquellas libertades y competencias, un uso desfavorable para el individuo. En este sentido, ALEXY concluye que los tribunales constitucionales en modo alguno deben ser impotentes frente a un legislador inoperante⁶⁵.

En virtud de estas premisas ALEXY, aún reconociendo que “[c]on la constatación de derechos a la creación de la igualdad de hecho, un Tribunal Constitucional limita sensiblemente la libertad de normación del legislador, sobre todo porque no sólo le quita la libertad de otorgar o no este derecho, sino porque el otorgamiento de este tipo de derecho incluye, por lo general, el mandato al legislador de facilitar considerables recursos financieros y ello lo priva de la posibilidad de tomar otras medidas”, igualmente concluye que el principio formal de la libertad de normación del legislador democráticamente legitimado es sólo un segundo competidor principal, junto con la igualdad formal, del principio de igualdad de hecho. Y siendo sólo un principio en competencia, puede ser perfectamente preterido por los tribunales cuando producto de sus ponderaciones, estimen que resulta más urgente optimizar el principio de igualdad de hecho. En este sentido, ALEXY deja a manos del Tribunal Constitucional el decidir si en un caso concreto se dejará un margen de decisión al legislador, o si es el mismo Tribunal el que debe decidir.

Por otra parte, para arribar a esta conclusión, por sí misma dudosa, ALEXY se ve en la necesidad de ponderar cuestiones distintas a derechos fundamentales, sugiriendo la ponderación de principios organizativos del Estado de Derecho, como son el principio de separación de poderes y el principio democrático. Y lo cierto es que dichos principios, en tanto son formativos de nuestro orden constitucional, no pueden ser condicionados en su procedencia por las decisiones que tome uno de los órganos de dicho orden. En otras palabras, y a diferencia de lo que sucede con los conflictos entre derechos fundamentales, ese tipo de principios no son ponderables frente a derechos fundamentales, pues se ubican en un orden discursivo diferente.

Sin embargo, no son estas consideraciones, sino más bien su concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, la que permite concluir que ALEXY no justifica la judicialización con la exigencia necesaria. Si realmente estos derechos no son más que valores deontologizados y ello sólo implica que se trata de bienes optimizables que dependen para su concreción de las

⁶⁴ Alexy (2001: p. 432).

⁶⁵ Al respecto, ver Alexy (2001: p. 496).

especiales circunstancias del caso concreto, los jueces prácticamente carecen de límites para determinar si dichos derechos están siendo lesionados. Pues, como ha señalado HABERMAS, “si en caso de colisión *todas* las razones pueden cobrar el carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos cortafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico”⁶⁶. En efecto, pensemos en el ejemplo de ALEXY como forma de solucionar la paradoja de la igualdad. Según él, la contradicción puede ser superada entendiendo que el principio de la igualdad está compuesto de dos partes diversas. Ellas son⁶⁷:

- (i) Si no hay ninguna *razón suficiente* para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.
- (ii) Si hay una *razón suficiente* para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.

Como se podrá apreciar, en caso de colisión entre igualdad formal e igualdad de hecho, y en general en caso de cualquier colisión de derechos fundamentales, en ALEXY la regla de ponderación se transforma en una regla de razonabilidad a secas, de modo tal que el conflicto será resuelto según lo que el juez considere razonable. Y dado que los derechos fundamentales, en ALEXY no son sino valores con forma jurídica, lo que el juez considere razonable será aquello que le resulte valorativamente adecuado. Si ello es así, llegamos al absurdo de que en casos de control constitucional son las concepciones políticas y morales del juez las que derrotan a la mayoría parlamentaria.

Esta inaceptable conclusión es la que ha llevado a ATRIA a plantear una teoría crítica radical del rol de los tribunales constitucionales. Para él, las formas de control constitucional resultan inconvenientes e ilegítimas, y por ello resulta necesaria su supresión⁶⁸.

Sin embargo, si se parte del supuesto de que la justicia constitucional llegó para quedarse, el principal desafío consiste en encontrar algún fundamento democrático que permita enfrentar la objeción. Eso es lo que se ha propuesto, por ejemplo, FERRAJOLI, quien ha señalado que en un Estado de Derecho material o

⁶⁶ Habermas (2005: p. 332).

⁶⁷ Al respecto, ver Alexy (1989: p. 408).

⁶⁸ Marshall (2004: p. 317-318) ha señalado que es posible encontrar al menos cuatro posiciones diversas respecto a la cautela judicial de la constitución. En primer lugar, se encontraría una actitud *acrítica*, dentro de la cual pueden identificarse un actitud *devota* –que toma a la jurisprudencia constitucional como si fuera infalible y racional- y una actitud *independiente* –que pretende formular evaluaciones críticas sobre la jurisprudencia constitucional, sosteniendo hipótesis interpretativas con pretensión de corrección independientes de la interpretación judicial-. En segundo lugar, se encontraría una actitud *crítica*, dentro de la cual se distinguen los planteamientos *moderados* –que plantean críticas a la judicialización, pero no la desaparición de ésta, sino una moderación de sus prácticas contra-mayoritarias- y planteamientos *radicales*, como el de Atria que abogan por la supresión de esta forma de control.

constitucional se requiere de una reinterpretación del concepto de democracia, de modo tal que adquiera relevancia la dimensión material de la democracia o, en sus propios términos, la *democracia sustancial*⁶⁹. Según FERRAJOLI, *la manera formal* de entender a la democracia, esto es, únicamente referida al aseguramiento de la expresión de la voluntad de la mayoría, resulta anacrónica, pues se requiere además de una dimensión que apunte al “*qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla*”⁷⁰. En este sentido, FERRAJOLI propone un concepto de democracia que se halla subordinado a los derechos fundamentales y que justifica el reforzamiento del papel de la judicatura. En efecto, según su concepción, la legitimidad de los jueces constitucionales deriva precisamente de su función de garantía de los derechos fundamentales y no de la representación popular. Así, para FERRAJOLI, si el juez falla de manera contramayoritaria con el fin de garantizar los derechos fundamentales no está fallando además de manera antidemocrática si es que la democracia se entiende también de manera sustancial.

Como se podrá apreciar, si bien con esta teoría FERRAJOLI pretende responder a la objeción democrática, lo hace al precio de dejar a la mayoría en manos de la minoría judicial. En efecto, si según FERRAJOLI “[n]inguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social”, lo cierto es que existen aún menos argumentos para justificar que sea una minoría –el juez y sus valoraciones- el que decida cómo se satisfacen conceptos tan vagos como la vida, la igualdad, el honor o la privacidad. Además, ¿qué asegura que si la mayoría se equivoca sea el juez quien enmiende el error?

Por último, lo cierto es que en FERRAJOLI la idea de democracia sustancial es, en último término, puro constitucionalismo. Con ello, si bien resuelve la contradicción entre constitucionalismo y democracia, lo hace al precio de suprimir uno de los términos en disputa.

Por estos motivos, más que buscar una redefinición del concepto de democracia, lo que se requiere es de formas que limiten la amplitud argumentativa con que cuentan los tribunales constitucionales. En otras palabras, el desafío consiste en crear estándares de argumentación controlables públicamente y en establecer procedimientos que restrinjan la capacidad deliberativa de este tipo de tribunales de modo tal que éstos no puedan fallar de *cualquier* modo⁷¹. Eso es lo que en parte ha realizado, por ejemplo, la Corte Suprema norteamericana, al establecer reglas procedimentales de argumentación basadas en la idea de

⁶⁹ Al respecto, ver Ferrajoli (2004: p. 23 y ss.).

⁷⁰ Ferrajoli (2004: p. 23).

⁷¹ En este mismo sentido, Marshall (2004: p. 328-329).

escrutinios, las que se han ido diferenciando y especificando, logrando superar, al menos en parte, la indeterminación de la regla de razonabilidad que existe tras el modelo de la ponderación de ALEXY.

Una postura similar se aprecia en J. H. ELY, quien sugiere un control constitucional de *carácter participativo* que tienda no a reemplazar los valores comunitarios por los valores del juez, sino a controlar el buen funcionamiento del *proceso* representativo, velando por el hecho de que quienes detentan el poder (i) no bloqueen los canales de cambio político, (ii) no se aseguren de permanecer en el poder excluyendo a los demás, o (iii) no coloquen “en desventaja a alguna minoría por simple hostilidad, o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de interés, y al hacerlo, niegan a aquella minoría la protección suministrada por un sistema representativo a otros grupos”⁷².

Se han ido diferenciando y especificando, logrando superar, al menos en parte, la indeterminación de la regla de razonabilidad que existe tras el modelo de la ponderación de ALEXY.

A estas reglas de control argumentativo, uno podría agregar además otras formas de control orgánico, tendientes a evitar que los principios que el juez interpreta y aplica sean los que surgen del consenso de la comunidad y no los suyos⁷³.

Ambos mecanismos, en conjunto, quizás puedan lograr que la dicotomía entre liberalismo y democracia sean más bien un complemento.

4.3. Los mandatos constitucionales de acción política

Esta argumentación que se ha desarrollado hasta el momento, que entiende que el derecho fundamental a la igualdad debe interpretarse sólo en sentido negativo y que otorga una preferencia al legislador, para que sea éste el que determine cuándo y cómo se otorgan mayores niveles de prestaciones para alcanzar la igualdad material, no obsta a que ésta sea considerada como constitucionalmente relevante. Al contrario, lo es a tal punto, que la propia Constitución establece un mandato de Estado social al legislador en los términos del artículo 1 CPR⁷⁴. Pero además, la Constitución establece una serie de derechos

⁷² Ely (1997: p. 130).

⁷³ Así, por ejemplo, y tal como lo ha puesto de manifiesto Ferreres (2000: p. 43), “en el Reino Unido [...] ciertos tribunales tienen competencia para declarar la incompatibilidad entre una ley y la *Human Rights Act* de 1998, siendo el Parlamento quien decide en último término sí, a la vista de una declaración judicial de incompatibilidad, la ley debe ser modificada o no”. En tanto, en el sistema canadiense se permite “al Parlamento aprobar una ley idéntica a la que fue invalidada por un juez, e inmunizarla frente a un ulterior control judicial, a través de una explícita declaración a tal efecto”.

⁷⁴ Esta disposición en su inciso 4 establece que “[e]l Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor

programáticos, como son los derechos económicos, sociales y culturales, que las más de las veces, se relacionan con formas específicas de igualdad material, que si bien no son exigibles, siguen siendo normas relevantes que le recuerdan al Estado que existen determinados programas con los que se debe cumplir.

Para muchos, este carácter programático carece totalmente de relevancia y de sustantividad. Es más, incluso ello ha llevado a algunos a sostener que los derechos sociales, mientras sean considerados únicamente con ese carácter no pasan de ser meras declaraciones románticas.

Sin embargo, lo cierto es que no es posible concluir que dado que ni el mandato de estado social ni los derechos sociales son capaces de fundamentar derechos subjetivos, sean incapaces de producir *algún* efecto relevante. Por el contrario, tanto el uno como los otros, son capaces de fundamentar deberes de realización o de prestación en el sentido de ALEXY. Dependiendo de qué es lo que ello significa, pueden deducirse que existen diversos efectos en materia constitucional⁷⁵.

En primer lugar, uno podría entender que se produce un inequívoco *efecto político*, consistente en que en tanto los individuos encuentran en la propia Constitución regulaciones que afectan la totalidad de sus intereses, tienen mayores posibilidades de sentirse miembros integrados a la comunidad política a la que pertenecen. En este sentido, la existencia de estos deberes de realización implica una apertura a diversas ideologías y concepciones de aquello que resulta verdaderamente relevante y aumenta la legitimidad democrática de la Constitución en tanto representativa de una más amplia diversidad de intereses⁷⁶.

En segundo lugar, estos deberes producen sin duda *efectos jurídicos*.

Primero, tales deberes tienen un efecto orientador de la acción estatal futura, formulando una serie de objetivos con los cuales el Estado debiese cumplir. En este sentido, los deberes de prestación vinculan a los poderes públicos, aunque les permiten un amplio margen de discrecionalidad en cuanto al momento de su implementación y a los medios adecuados para su realización.

realización material y espiritual posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que [la] Constitución establece”.

⁷⁵ Para el análisis que sigue a continuación me baso principalmente en Hesse (2001: p. 98-101) y su análisis acerca de las normas definidoras de tareas del Estado, y en Bascañán (2004: p. 64-65) y su análisis acerca de las consecuencias que se derivarían del deber de protección del *nasciturus* consagrado en el artículo 19 N° 1 inc. 2 CPR.

⁷⁶ En este sentido, la tesis de Rosencrantz de des-constitucionalizar los derechos sociales debe asumir un costo político relevante. Como ha señalado Atria (inédito: p.158), “[u]na constitución como la que defiende Rosencrantz, en la que los derechos sociales no son reconocidos, sería sin duda el paradigma de una constitución de derecha. Ni la constitución chilena de Pinochet llegó tan lejos como el argumento de Rosencrantz sugeriría”.

Segundo, tales deberes al ser el correlativo de derechos consagrados constitucionalmente, tienen asegurada primacía jerárquica frente a disposiciones legales contradictorias. En este sentido, el legislador no podría desatender por completo sus deberes y dejar de otorgar las debidas prestaciones de manera absoluta, injustificada o arbitraria.

Tercero, uno podría señalar además que dado que “[l]os objetivos prescritos constitucionalmente gozan de preferencia frente a objetivos meramente políticos son, [en consecuencia], factores de observancia obligatoria en los necesarios procesos de ponderación y optimización para las decisiones del legislador en casos de conflictos de objetivos”⁷⁷, y así los deberes de prestación bien podrían tener un peso específico en caso de colisión de deberes constitucionales con deberes simplemente legales o inclusive con otros derechos fundamentales.

4.4. Derechos sociales como concreción del mandato de estado social

Hasta el momento he sugerido que tanto los derechos sociales como el mandato de estado social fundamentan un mismo tipo de deberes y que, por ende, producen idénticos efectos jurídicos. No obstante, esta idea puede ser relativizada al hacer una distinción más fina entre ambos tipos de normas. Esta distinción está dada por el grado de generalidad del deber correlativo a la norma. En efecto, por una parte, el mandato de estado social tiene como correlativo un deber amplio de actuación del legislador, estableciendo un objetivo general de hacer justicia social conciliando la diversidad de intereses que existe en la comunidad, pero sin establecer un orden de prioridades respecto a cuáles de esos intereses son los que requieren de mayor protección. Por la otra, los derechos sociales implican deberes ya especificados de actuación, y en este sentido bien pueden ser considerados como concreciones del mandato de estado social y, en este sentido, implican el establecimiento de ciertas prioridades de entre las múltiples necesidades sociales. Es por ello que BENDA ha estimado que “los derechos fundamentales sociales [...] no tendrían mayor eficacia que la cláusula del Estado social”⁷⁸.

Esta diferencia entre la generalidad del deber correlativo al mandato de estado social y la especificidad de los deberes que emanan de los derechos sociales, explica además que ambos tipos de normas se distingan por el grado de expectativas que generan en la comunidad, por la magnitud del coste para la democracia, y por el distinto peso específico de cada una en casos de ponderación.

i) *El grado de expectativas que genera en la comunidad.* Una consecuencia directa del grado de generalidad que tiene el deber de realización, es el grado de expectativas que se generan en la comunidad de que las prestaciones que implica el mandato de estado social y los derechos sociales lleguen a materializarse. En otras palabras, la

⁷⁷ Hesse (2001: p. 99).

⁷⁸ Benda (2001: p. 546).

promesa implícita que se halla en cada una de estas normas es bastante diferente. Y esto no es menor en caso de que las expectativas resulten finalmente frustradas en caso de que la realización de determinadas tareas rebase la capacidad del Estado, pues el grado de tensión entre la Constitución y la comunidad será distinto según el grado de frustración de esta última por el incumplimiento de sus expectativas. Es por esto que HESSE ha señalado que “[e]s preferible seguir invocando como hasta ahora el mandato del Estado social, que en su transparencia y flexibilidad ya incluye el contenido de [los derechos sociales]. [Y], dado que con él se renuncia a una mayor concreción de los objetivos sociales perseguibles, reduce además el riesgo de despertar falsas expectativas”⁷⁹.

ii) *El grado de afectación de la democracia.* Una de las consecuencias más obvias de estos mandatos dirigidos al legislador es que se reduce la libertad de éste, pues aquello que se encuentra decidido constitucionalmente implica en forma necesaria una sustracción a la decisión de los poderes públicos. En este sentido, ambos tipos de mandatos le imponen al legislador una serie de tareas que no pueden ser desconocidas sin más. No obstante, el nivel de discrecionalidad que posee el legislador ante el deber de realización que impone la cláusula del estado social es sin duda más flexible que el que se deduce de los derechos sociales.

iii) *El distinto peso específico en casos de ponderación.* Por último, y a pesar de que en la sección anterior se concluyó que los deberes de realización constitucional permitirían fundamentar *algún* peso específico en casos de colisión con otros deberes o derechos concurrentes, uno bien podría diferenciar dicho peso según el grado de especificidad del deber en cuestión. Así, un deber amplio de hacer justicia social o de propender al bien común puede que sea más fácilmente preterido en casos de conflictos con deberes o derechos en contrario, que deberes concretos de realización.

⁷⁹ Hesse (2001: p. 101). Como se podrá deducir, a esta misma idea apuntaba Rosencrantz cuando señala con la constitucionalización de los derechos sociales se pone en duda la credibilidad de toda la Constitución. Al respecto ver el apartado 3.1.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002), *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Editorial Trotta, Madrid.
- AMAR, Akhil, (1999), “Cuarenta acres y una mula: una teoría republicana acerca de los derechos básicos”, en: *Derecho y grupos desaventajados*, gedisa editorial, Barcelona, pp. 31-39.
- ALEXY, Robert, (2001), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- (2004), “Derechos individuales y bienes colectivos”, en: *El concepto y la validez del derecho*, editorial gedisa, segunda edición, Barcelona, pp. 179-208.
- ATRIA, Fernando, (inédito), *La forma del Derecho*.
- (2003a), “La hora del derecho: Los “derechos humanos” entre la política y el derecho”, en: *Estudios Públicos*, N° 91, invierno, 2003, pp. pp. 45-90.
- (2003b), “*Ubi Ius Ibi Remedium?*, la relevancia jurídica de los Derechos Humanos”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3, Santiago, pp. 35-47.
- BASCUNÁN, Antonio, (2004), “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, en: *Estudios Públicos*, N° 95 (invierno 2004), Santiago, pp. 43-89.
- (2003), “Derechos fundamentales y derecho penal”, en: *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA 2001), Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, pp. 93-118.
- BENDA, Ernesto, (2001), “El Estado social de Derecho”, en: *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., segunda edición, Madrid.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, (1993), “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental”, en: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp. 95-138.
- BÖHMER, Martín, (2000), “La Corte de los 80 y la Corte de los 90. Un diálogo sobre el *rule of law* en Argentina”, en: *Estado de Derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA 2000), Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2001, pp. 93-118.
- BOROWSKI, Martin, (2003), *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- CALSAMIGLIA, Albert, (1989), “Ensayo sobre Dworkin” en: *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, S.A., segunda edición, Barcelona, pp. 7-29.
- CORREA, Rodrigo, (2003), “Criterios de racionalidad en el examen de la constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema de Estados Unidos”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3, Santiago, pp. 21-33.
- DE LA CRUZ, Ernesto y FELIÚ, Guillermo, (Eds.), (1937), “Portales a Cea”, (1822), en: *Epistolario de Diego Portales*, Santiago.
- DWORKIN, Ronald, (1989), *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, S.A., segunda edición, Barcelona.
- (1988), *El imperio de la justicia*, gedisa editorial, Barcelona.
- ELY, John Hart, (1997), *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Colombia.
- FERRAJOLI, Luigi, (2004), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, cuarta edición, Madrid.
- FERRERES, Víctor, (2000), “Una defensa de la rigidez constitucional”, en: *Doxa*, N° 23.
- FISS, Owen, (2002), “El inmigrante como paria”, en: *Una comunidad de iguales*, Miño y Dávila Editores, primera edición, Buenos Aires, pp. 23-39.
- (1999), “Grupos y la Cláusula de Igual Protección”, en: *Derecho y grupos desaventajados*, gedisa editorial, Barcelona, pp. 137-167.

- FORSTHOFF, Ernst, (1986), “Problemas constitucionales del Estado Social”, en: *El Estado Social*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid.
- GARGARELLA, Roberto, (1999), “Introducción” a: *Derecho y grupos desaventajados*, gedisa editorial, Barcelona, pp. 11-30.
- HABERMAS, Jürgen, (2005), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, cuarta edición, Barcelona.
- HESSE, Conrado, (2001), “Significado de los derechos fundamentales”, en: *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., segunda edición, Madrid.
- MAÑALICH, Juan Pablo, (2005), “La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal?”, en: *Derecho y Humanidades*, N° 11, Santiago, pp. 245-258.
- MARSHALL, Barberán, Pablo, (2004), “La política contra el derecho: defendiendo la eficacia jurídica de los derechos fundamentales”, en: *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, Santiago, pp. 317-333.
- MOUFFE, Chantal, (2003), *La paradoja democrática*, gedisa editorial, Barcelona.
- ROSENCRANTZ, Carlos, (2003), “La pobreza, la ley y la Constitución”, en: *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA 2002), Editores del Puerto s.r.l, Buenos Aires, pp. 241-257.
- RUIZ, Alfonso, (1996), “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, en: *Doxa*, N° 19.
- SABA, Roberto, (2005), “(Des)igualdad estructural”, en: *Derecho y Humanidades*, N° 11, Santiago, pp. 123-145.
- SANDEL, Michael, (2000), *El liberalismo y los límites de la justicia*, gedisa editorial, Barcelona.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, (1957), *La Democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, México, D.F.