

UN PROYECTO CONSTITUCIONAL PARA LA GENERACION DEL BICENTENARIO: IGUALDAD Y DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS EN CHILE*

Pablo Ruiz-Tagle Vial**

Universidad de Chile

RESUMEN: La Constitución chilena vigente, influenciada por “doctrinas pontificias” y por una concepción constitucional intuitiva, totalizante y jerarquizada de los derechos fundamentales, debe superar obstáculos en aras de acercarse en pleno a una concepción democrática liberal, así como a una noción de los derechos fundamentales que se condiga con los principios de libertad, igualdad, dignidad y democracia representativa. Dicho esfuerzo institucional, debe acometerse a través de la internalización de una visión dogmática de los derechos fundamentales que los sitúe al centro del sistema jurídico y suponga obligaciones para gobernantes en sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales y autónomas, entendiendo a los derechos fundamentales como elementos constitutivos de un bloque constitucional, en donde se diluye la jerarquización para dar paso a la ponderación en la solución de conflictos, junto con la inclusión de los derechos económicos y sociales. De esta forma, será posible avanzar en un proyecto constitucional chileno para el Bicentenario.

PALABRAS CLAVES: *Constitucionalismo Republicano - visión democrática liberal - derechos fundamentales, derechos económicos y sociales.*

ABSTRACT: The current Chilean constitution, influenced by “pontifical doctrines” and by an intuitive, totalizing and hierarchal of Rights constitutional conception, must overcome obstacles in order to fully come closer to a liberal-democratic conception, as well as to a notion of fundamental Rights that agrees with the principles of liberty, equality, dignity and representative democracy. Such effort must be undertaken through the internalization of a dogmatic vision of fundamental Rights that situates them in the center of the legal system and that assumes obligations for leaders in their executive, legislative, judicial and autonomous functions, understanding fundamental Rights as elements that constitute a constitutional bloc ,where the hierarchy of Rights is diluted to give way to weighing in the solution of conflict, together with the inclusion of economic and social Rights. Through this moving towards a Chilean constitutional project for the bicentennial will be possible.

* En la revisión de este trabajo han participado los ayudantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Diego Gil y Valentina Martínez.

**Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídica y Sociales de la Universidad de Chile y profesor de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudio.. Obtuvo el grado de Master en Derecho en 1988 en la Universidad de Yale y el grado de Doctor en Derecho en 1995. Autor de una profusa bibliografía dedicada a los derechos fundamentales, dogmática constitucional y derecho público en general.

KEY WORDS: *Republican Constitutionalism - democratic liberal vision - fundamental Rights - economic and social Rights.*

Agradezco la invitación a esta hermosa actividad organizada por un grupo entusiasta y coordinado de estudiantes. Lo que corresponde plenamente con uno de los rasgos distintivos del constitucionalismo, que es su carácter colectivo. El constitucionalismo no es posible sin un amplio grupo de personas que lo respalde, pues para subsistir, requiere del esfuerzo de varias generaciones. Así, el Primer Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, con la asistencia de cientos de estudiantes y decenas de profesores de todo el país, para sorpresa de muchos, -entre los que me incluyo- llenó el Edificio Diego Portales hace seis años atrás y marcó con fuerza a toda una nueva generación de juristas chilenos. El Segundo Congreso amplió su esfera de influencia a todas las facultades de Derecho del país e incluso a buena parte de la región latinoamericana. El entusiasmo de las nuevas generaciones y la participación de las delegaciones regionales se han acentuado en esta tercera convocatoria.

Para comenzar con mi exposición, quisiera advertir que la he dividido en cuatro partes. La primera explica el contexto del constitucionalismo chileno actual y el sentido de un proyecto vinculado al refuerzo de los ideales republicanos, la igualdad y los derechos económicos y sociales. La segunda explora la vinculación de los derechos fundamentales con ciertos valores, y las características esenciales que ellos adoptan, en particular los derechos económicos y sociales, en el proyecto del constitucionalismo republicano. La tercera propone respuestas y observaciones a la convocatoria que se ha hecho para esta sesión plenaria. Por último, este trabajo finaliza con diez tesis sobre los derechos fundamentales en el derecho positivo chileno.

1. El proyecto del Constitucionalismo Republicano

En primer término, en cuanto al contexto del constitucionalismo chileno, me parece que ya es tiempo que trabajemos en la definición de proyectos (énfasis en el plural) de derecho constitucional que puedan inspirar a los juristas de la generación del bicentenario de la República de Chile. El ambiente es propicio si entendemos que el año 2010 no celebraremos el surgimiento del Estado o de Chile, pues también existieron durante la Colonia. Tampoco celebraremos la belleza del paisaje, nuestras comidas o bebidas, algunas batallas o natalicios ilustres, ni siquiera la permanencia de ciertos rasgos de carácter. Lo que celebraremos el año 2010 es el proceso que inicia la formación, lenta y sostenida, del proyecto republicano. Un ideal republicano se expresa en un gobierno sometido al Derecho, una libertad que se logra a través de las leyes, una división de funciones del poder, el ideal de la no dominación, los conceptos de ciudadanía y su carácter más o menos inclusivo, la participación de las minorías, y las formas de combatir la concentración del poder. La República que se constituye de acuerdo con estos ideales es, sin duda, el principal concepto político y el más exitoso en la historia de Chile, y es aquello lo que corresponde celebrar el año 2010. Celebraremos la valiosa pluralidad que constituyen nuestras repúblicas chilenas, que son hasta ahora cinco experiencias políticas diversas. Cada una con sus formas jurídicas y políticas

propias, pero todas ellas vinculadas a su vez al momento constitutivo de 1810, que con toda su ambigüedad fundacional, inaugura las experiencias republicanas en nuestro territorio.¹

En este contexto, qué mejor propósito puede proponérsele a la generación del bicentenario que revisar los fundamentos de nuestra vida constitucional. Porque sabemos que los ideales republicanos que hemos mencionado suponen una crítica al neoliberalismo de los derechos y al neo-presidencialismo autoritario que caracteriza la política de la quinta república que surge en 1990. La parte dogmática de la Constitución vigente es la menos afectada por los principios republicanos y constitucionalistas, y allí subsiste todavía buena parte de la concepción de Carl Schmitt² que sirve de inspiración al “pinochetismo” neoliberal. El “pinochetismo jurídico” todavía campea en una jurisprudencia que devalúa el principio y el derecho de igualdad constitucional y que piensa la forma de los derechos exclusivamente como garantías de no interferencia estatal y como expresión de libertad negativa. Esta jurisprudencia neoliberal todavía mira con ojo cíclope los derechos económicos y sociales a la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social, la sindicalización, etc. Por eso, para terminar de una vez con el “pinochetismo jurídico” es que los invito a todos ustedes a trabajar en la revisión sistemática del estatus de los derechos económicos y sociales en la Constitución chilena.

Este proyecto puede inspirar a la generación de juristas chilenos del bicentenario y seguir vigente por muchas generaciones más. Pensemos con perspectiva histórica. Lo que animó el desarrollo de la generación de 1842, esa generación política e intelectual que dominó el siglo XIX, fue la polémica sobre civilización y la barbarie, la constatación de la pobreza de las letras en el Chile del siglo XIX, la discusión sobre el clasicismo y el romanticismo, la reyerta sobre las influencias españolas, francesas o norteamericanas³. Nosotros, como parte de un proyecto generacional más amplio, podemos reflexionar sobre cómo reforzar la igualdad como principio rector del gobierno republicano y asentar nuevas bases y dar sustento de los derechos económicos y sociales. Este es un proyecto noble y de extenso espectro en una sociedad tan injusta y desigual como la nuestra.

La revolución de los estudiantes -que los neoliberales han querido identificar como “revolución pingüina” para denostarlos-, las revueltas por la subcontratación y las mejoras laborales, las iniciativas por una seguridad social más equitativa, son parte de este esfuerzo por reconfigurar los derechos económicos y sociales en Chile, y en esto no debemos restarnos. Dar sustento normativo al derecho a la salud, la seguridad social, la educación, la sindicalización, el trabajo, es el proyecto a construir, consolidando las bases del Estado Social y Democrático de Derecho, al que podemos volcar nuestras mejores energías y talentos. Esa es mi invitación; un proyecto en donde cabemos todos.

2. Derechos fundamentales y derechos económicos y sociales en el Constitucionalismo Republicano

¹CRISTI, RENATO Y RUIZ - TAGLE, PABLO. *La República en Chile, Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*. Santiago, Editorial LOM, 2008, Cap. 4.

²SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1995, pp.164-185.

³PINILLA, N. *La generación chilena de 1842*. Santiago, Ediciones Universidad de Chile, 1943, pp.227.

En esta segunda parte de la exposición pasaré a argumentar la vinculación de los derechos fundamentales con ciertos principios y valores. A este respecto, debo señalar que comparto con Cruz Villalón la idea que la concepción de los derechos fundamentales se presenta como derecho positivo relacionado con los principios de vinculación general, eficacia directa, contenido esencial y tutela judicial. En Chile, los derechos fundamentales se deben vincular con la idea de solidaridad y ciudadanía, que son manifestación del principio y valor de la igualdad, y con las disposiciones constitucionales más generales que reconocen la protección de su esencialidad, su proporcionalidad y las restricciones a su abuso, tales como el artículo 19 No.26 de nuestra carta fundamental. Es posible en Chile pensar en una dogmática general de los derechos fundamentales que se refiera tanto a su evolución histórica como a sus distintas nociones, así también como a los modelos, críticas y negaciones de estos y a sus funciones: universalidad y reconocimiento en el derecho positivo, la garantía, interpretación y límites, y finalmente a sus estados de excepción⁴ También es posible pensarlos en Chile como vinculados a una parte especial, que comprende la clasificación y solución de conflictos entre ellos, al estudio de las acciones constitucionales, la explicación sobre su contenido de igualdad, libertad y otros, y por último al análisis del sistema chileno en el contexto americano y europeo de los derechos fundamentales.

Sostengo también, que los derechos fundamentales son fuente de validez de la norma constitucional y que se vinculan con una idea de la justicia, que desde un punto de vista democrático y liberal se reconoce en la teoría de la justicia de John Rawls⁵. Coincido además con Peces-Barba en que los derechos fundamentales forman un subsistema jurídico, cuestión que no concuerda con la teoría general de Robert Alexy, cuya concepción de los derechos fundamentales sólo distingue normas, principios de derechos fundamentales y situaciones de hecho.⁶ Además, entre las normas del subsistema de derechos me parece que debemos considerar aquellas que regulan la producción de los mismos, las que establecen poderes para acceder a su titularidad, las que fijan su contenido y las normas de garantía.⁷ Por otra parte, estimo que también debemos integrar dentro de la concepción de los derechos fundamentales los derechos sociales y económicos, que constituyen formas particulares de derecho subjetivo expresadas en derechos de prestación de características especiales.⁸ Comparto también la idea de Martín que la retórica y la lógica sobre los derechos envuelven un discurso y un curso de acción conocido, una especie de ritual que parece perfectamente válido.⁹ También acepto su idea que la existencia de un derecho no siempre supone una obligación correlativa.¹⁰ Estos pueden adoptar la forma de privilegios o potestades entre otras muchas expresiones jurídicas,

⁴RUIZ - TAGLE, P. "Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la constitución del bicentenario". En *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Coordinador Andrés Bordalí) Santiago de Chile, 2006, pp.69-128

⁵RUIZ - TAGLE, P. "La Prioridad del Derecho sobre la concepción moral del bien en la Teoría de la Justicia de John Rawls", *Revista del Centro de Estudios Públicos*. Centro de Estudios Públicos, (No.35): pp.147-167, 1999

⁶ PECES-BARBA, G. y otros. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, p.356.

⁷PECES-BARBA, G. *op. cit.* (n. 6), p.376.

⁸ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, con prólogo de Robert Alexy. Bogota. Colombia, Legis, Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp.56-57.

⁹ MARTÍN, R. *Un sistema de derecho*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2001, p. 42.

¹⁰MARTÍN, R. *op. cit.* (n. 9), p.44.

porque los derechos fundamentales no sólo se limitan por la lógica o por criterios de racionalidad, sino también por argumentos de conveniencia y porque entran en conflicto y/o deben ser ponderados con otros derechos o con intereses legítimos del Estado o de otros entes colectivos.

Considero que los derechos fundamentales evolucionan históricamente y actualmente se aseguran mediante su consagración constitucional, lo que significa que no requieren ley o regulación inferior que los reconozca y reglamente para que tengan plena validez. Su límite son los intereses y el contorno de los otros derechos y están sujetos a un proceso continuo de legitimación y definición por especificación. Los titulares de los derechos fundamentales pueden ser nacionales y extranjeros y no sólo deben proteger a las personas naturales, sino también en muchos casos, a entes colectivos o personas jurídicas. También coincido en reconocer los derechos fundamentales como la base del Estado Democrático de Derecho.

Pienso que los derechos fundamentales se incorporan gradualmente en la constitución y los tratados y así adquieren un reconocimiento internacional y constitucional. De este modo, me parece que la dogmática de Alexy a veces es poco concreta y se enfrasca una y otra vez en la discusión de teorías jurídicas muy abstractas para explicar cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales. Es así como incluso se oscurece su idea de los derechos fundamentales al explicar la relación entre estos y las normas, los principios, los valores y los derechos subjetivos. Además, su utilización de un lenguaje difícil enfatiza la taxonomía formal. Adicionalmente, la formalización del derecho constitucional que ha propugnado Alexy, parece tener una pretensión de influir más allá de lo que el mismo ha postulado, que han de ser las explicaciones dogmáticas de una constitución determinada y sus tratados.

En cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares, comparto el punto de vista de Peces-Barba al respecto, pero no estoy de acuerdo en la forma en que entiende las ideas de Wroblewsky, porque le atribuye un concepto muy limitado de la interpretación jurídica, en circunstancias que para este autor la interpretación constitucional es un género de la interpretación legal, que está determinada por su capacidad pragmática¹¹. Esta relación entre lo pragmático y la interpretación constitucional que Wroblewsky reconoce en su obra, no aparece suficientemente destacado en la explicación de Peces-Barba, a mi juicio.¹²

Me parece que lo más controvertido es determinar si los derechos fundamentales son universales. Este problema se hace más difícil de resolver, pues la doctrina constitucional actual reconoce la validez de los derechos económicos y sociales, muchos de los cuales cambian en cada sistema jurídico en cuanto a su reconocimiento y su aplicación de acuerdo a las circunstancias. Por eso es que estimo que los derechos fundamentales se vinculan a los valores de la igualdad, libertad, dignidad y democracia, en cuanto sirven de efectiva garantía y aplicación directa de estos valores (y principios) en todo el ordenamiento jurídico.

Tengo diferencias con algunas de las propuestas de Peces-Barba, entre ellas su inclusión de los valores de solidaridad y seguridad que yo percibo como manifestaciones de la igualdad. Además, dudo de su idea de dignidad en cuanto no aparece claramente como un valor autónomo y se concibe como una simple expresión de la libertad, o como el resultado de los

¹¹ WROBLEWSKY, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, España, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1988, pp.21-26.

¹² PECES-BARBA, G. *op. cit.* (n. 6), p.570.

cuatro valores anteriores.¹³ También me parece discutible su afirmación que asigna a la libertad el primer lugar de importancia entre los valores constitucionales.¹⁴

Me parece, en cambio, que la libertad, la igualdad, la dignidad y la democracia deben tener igual importancia en tanto que son valores jurídicos referidos a los derechos fundamentales. Difiero que la igualdad sea un principio que se interpreta a partir de la libertad,¹⁵ y me resulta difícil aceptar la distinción que realiza Peces-Barba entre la igualdad formal o ante la ley (esta última incluye igualdad ante la ley, de procedimiento, de trato formal) y la igualdad material (que se identifica con la seguridad jurídica) porque me parece que la igualdad es un principio que se expresa también de otras maneras que, por ejemplo, exceden la seguridad jurídica.

No me convence el argumento de Peces-Barba que vincula el derecho a la vida exclusivamente a la libertad, aunque se haya basado en Hohfeld¹⁶. Creo que el derecho a la vida es una forma de igualdad especial, una igualdad básica de los seres humanos que, por consiguiente, se vincula a la noción de dignidad individual. Por otra parte, las ideas de José Joaquín de Mora me sirven de inspiración en el tema de la seguridad, considerando así este valor como una expresión de la igualdad ante la ley que genera confianza en las expectativas, tranquilidad y paz social¹⁷.

Se equivoca Peces-Barba al pensar el valor de la solidaridad como vinculado al principio de la diferencia de Rawls, ya que es posible también concebirlo como ligado a la idea de la igual libertad que expresa el primer principio rawlsiano. Y no debemos olvidar que Rawls pretende aquí elaborar un sistema justo construido sobre la base de iguales libertades que benefician a todos los ciudadanos.¹⁸

El valor de la dignidad, sea en su primera versión utópica renacentista o su versión moderna posterior, está vinculada al valor de la igualdad. Pienso la dignidad, en primer término, como una forma de especificar la igualdad entre los individuos de la especie humana, cuyo primer efecto es reconocer que todos tienen el mismo derecho a concebir y promover su propio proyecto o un plan de vida que realice su felicidad personal. La dignidad, en segundo término, supone reconocer la igualdad que existe entre personas nacionales y extranjeras, entre todos los individuos de la especie humana, sea que pertenezcan o no a la comunidad política en que habitamos. Finalmente, la idea de dignidad se vincula a la noción democrática y republicana que rechaza toda concepción estamental o estatutaria de la sociedad, lo que supone que no hay personas más importantes que otras debido a su nacimiento o posición. La dignidad, en esta tercera formulación, se compromete con la noción de ciudadanía, cuya base es la igualdad en el mérito por el sólo hecho de nuestro nacimiento, y la idea que sólo nuestra conducta personal puede hacernos perder esta forma fundamental de igualdad.

Comparto la posibilidad de utilizar casi todas las ideas de Favoreu sobre los derechos fundamentales al derecho chileno. Conuerdo también con Alexy en pensar que los derechos

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ PECES-BARBA, G. *op. cit.*, (n. 6), p.210.

¹⁵ *Ibid*, p.284.

¹⁶ *Ibid*, p.223.

¹⁷ MORA, J. J. *Curso de derecho del Liceo de Chile*, 1830, Santiago, Chile. pp.8-17, 34-39.

¹⁸ PECES-BARBA, G. *op. cit.*, (n. 6), p.281.

fundamentales pueden ser pensados como libertades e igualdades, y agrego a estos dos valores las ideas de dignidad y democracia. Y en cuanto al proyecto del garantismo como forma de perfeccionamiento del Estado Social de Derecho, acepto la fórmula que propone Ferrajoli¹⁹ de usar las normas y principios del estado liberal democrático para ordenar y dar garantía de eficacia a los derechos económicos y sociales. Este mecanismo me parece muy útil para ser aplicado al caso chileno. Pienso que se trata de una forma eficaz de afirmar los valores de la libertad, la igualdad, la dignidad y la democracia. Discrepo con Hesse en relación con su reconocimiento de autonomía sistemática total del derecho privado y, en cambio, acepto las explicaciones de Prieto Sanchís, Peces-Barba y Schneider, que tienen una posición más moderada y que propone una mejor integración del derecho público y privado.

Un rasgo de nuestra forma constitucional actual en Chile, es que la propiedad ocupa un lugar principal, limitándose la garantía judicial de los derechos sociales y económicos.²⁰ El lugar privilegiado de la propiedad en Chile no sólo se mantiene por la fuerza del proyecto original de Jaime Guzmán y sus seguidores, que se encarnó en el texto constitucional sancionado por la dictadura,²¹ también se explica porque la doctrina del derecho público chileno todavía no ha podido organizar una explicación sistemática y coherente de la frondosa jurisprudencia que ya existe en nuestro país en materias de dignidad, igualdad, libertad y democracia.²²

Resulta importante destacar cómo con respecto a la regulación de los derechos económicos y sociales, la Constitución chilena es contradictoria, porque afirma el contenido esencial de todos los derechos y al mismo tiempo dispone que algunos de ellos no tienen igual protección jurisdiccional o garantía judicial. El contenido esencial de los derechos en Chile se ha identificado con una concepción restringida de los derechos subjetivos y que limita la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. A diferencia de este enfoque, que es restringido y que limita la eficacia directa de los derechos fundamentales, desde una perspectiva democrática y liberal, debemos estar conscientes de la convertibilidad de los derechos, esto es, que los derechos a la salud, a la educación o al trabajo se alegan como formas “convertidas” de propiedad, libertad o igualdad y que esta “convertibilidad” es más que simple “propietarización”. Además supone considerar la infinita posibilidad combinatoria de los derechos y tener muy en cuenta las acciones constitucionales en los cuales se presentan sus conflictos. Hay esbozos del reconocimiento de estos derechos en la Constitución de Weimar para, en el siglo XIX, comenzar con fuerza a ser incorporados en los demás textos constitucionales, incluidos en consecuencia en Constituciones europeas y en una serie de tratados internacionales.

Existen sectores que los consideran como derechos de tercera generación, lo que conlleva a establecer una concepción jerárquica y rígida de los derechos fundamentales. Son derechos pues generan obligaciones exigibles al Estado. En paralelo a las obligaciones

¹⁹ FERRAJOLI, L. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría y Filosofía Política, 2002, pp.65-145.

²⁰ NAVARRO, E. “Justicia constitucional en Chile y protección de derechos”. En *Estado de Derecho y Reformas a la Justicia*, Universidad de Heidelberg, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp.46-54.

²¹ Ver introducción a CRISTI, R. *Propiedad y derecho subjetivo*. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Publicaciones Programa de Doctorado, Año 1, No.2, 2005, pp.3-6. Constitución vigente, artículos 19 N° 23, 24 y 25.

²² RUIZ - TAGLE, P. “Apuntes sobre el principio de igualdad constitucional en Chile”, En: *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, Argentina: pp. 19-48, 2000.

negativas del Estado, que implican la no interferencia de la acción estatal, existen estos derechos que constituyen obligaciones positivas para el estado de promoción, regulación, administración etc. Para cumplir esos objetivos y obligaciones el Estado también crea organismos y procedimientos administrativos. Con estas obligaciones, me refiero a las de proteger los derechos de los ciudadanos, garantizarlos, promoverlos y respetarlos. En cuanto a la exigibilidad judicial, creo que tenemos que tener en consideración, que los derechos sociales son derechos complejos y que existen muchas vías para protegerlos. Considero que NO se puede condicionar su existencia a la falta de recurso judicial o a las restricciones que puedan existir respecto de estos. Para la satisfacción de estos derechos el Estado no siempre debe realizar prestaciones; también puede establecer regulaciones como la que en Chile existe en salud, AFP, etc. También pueden establecerse disposiciones que limiten ciertos aspectos, como lo es la discriminación positiva en el SERVIU, el salario mínimo, etc. Además, el Estado provee servicios en forma directa como en el caso de la educación, planes de alimentación escolar, etc.

Los aportes concretos de estos derechos es que sirven como modelo correctivo de las diferencias que se producen mediante la asignación de recursos que realiza el mercado, introducen una dirección colectiva en pleno desarrollo, reconocen la existencia de Se agregó la sangría correspondiente y se eliminó el espacio innecesario entre los párrafos.desigualdades materiales, lo que introduce nuevas normas y principios interpretativos y reglas procesales particulares, reconocen la existencia de limitaciones a la autonomía de la voluntad, actualizando compromisos con ciertos valores (dignidad, salud, etc.), y desmercantilizan determinadas áreas ampliando las funciones estatales e incorporando acciones populares respecto de ciertas materias, tales como el derecho a la salud y el medio ambiente, pudiéndose esta forma de concebir estos derechos ampliarse a otras materias como el derecho a la vivienda, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, etc.

En Chile han perdido fuerza estos derechos por influencias foráneas. Derechos que son sociales, se han transformado en libertades debido a la influencia neoliberal. La garantía judicial de éstos ha derivado en la convertibilidad constitucional, donde se protegen unos derechos con otros.

También la explicación sobre los derechos fundamentales, desde una visión democrática y liberal, debe abordar los problemas que surgen en la actualidad en Chile y en el mundo, tales como los referidos al terrorismo y la pobreza. A partir del nuevo momento constitucional chileno del año 2005, podemos reflexionar sobre las reformas al artículo 8, 10, 11, 13 inciso final, 17 No.3, 19 No.4 inciso final, 19 No.4 y No.7 letra e y 19 No.16, 20 inciso final, 39 y 44, 93 No.13 y considerar de modo crítico como esas nuevas disposiciones constitucionales pueden servir para reforzar la dignidad, la igualdad, la libertad y la democracia.

Como lo hemos esbozado en varias instancias, el derecho fundamental al sufragio, el acceso a los cargos públicos, la igual ciudadanía y nacionalidad deben pensarse como vinculados a los demás derechos fundamentales. Porque una nueva visión democrática y liberal de los derechos de la Constitución del Bicentenario debe proponerse librar al sufragio de gran parte de las limitaciones existentes en las disposiciones constitucionales chilenas. El sufragio, la ciudadanía y la nacionalidad no son institutos separados de los demás derechos fundamentales. El sufragio debe ser tanto o más importante que la propiedad en una sociedad

como la chilena, que tiene tanta desigualdad. La vinculación que supone la noción constitucional y política de ciudadanía y su prioridad sobre la noción de nacionalidad, también es parte de una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales.

Adicionalmente, el catálogo de derechos chileno tiene ciertos elementos progresistas como son el derecho al medio ambiente²³ y el límite a la soberanía que se ha establecido en virtud de los derechos reconocidos en los tratados internacionales.²⁴

Pienso que una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales en Chile también debe criticar las confusiones a que pueden dar origen las categorías doctrinarias de “subsidiariedad” y “orden público económico” y debe abogar por la necesidad de su sustitución a la luz de la primacía de los valores de la igualdad y la libertad constitucional.²⁵

Favoreu distingue dos tipos de garantías de los derechos fundamentales: garantías de fondo y garantías jurisdiccionales. Con garantías de fondo se refiere a mecanismos de protección insertos en el contenido de los derechos fundamentales, que son: aplicación directa de la Constitución, reserva legal, garantía de la esencia de los derechos e irretroactividad, carácter excepcional de las restricciones y mecanismos estrictos de reforma constitucional. Las garantías jurisdiccionales incluyen el control abstracto y concreto, control judicial especializado y las garantías aseguradas por la justicia ordinaria.²⁶

Adicionalmente, García Enterría considera los derechos fundamentales como susceptibles de tutela judicial reforzada y como materia de reserva de ley orgánica²⁷. Todas estas formas de concebir las garantías de los derechos fundamentales podemos encontrarlas en el derecho público chileno y, en consecuencia, estas mismas explicaciones pueden ser usadas por nuestra doctrina y jurisprudencia para entender mejor el subsistema de nuestros derechos fundamentales.

Peces-Barba distingue garantías generales y específicas, y entre estas últimas, garantías de desarrollo, de control y fiscalización, de regulación, de interpretación (esta tiene, según Peces-Barba, un criterio universal que emana de la Declaración de 1948), garantías internas al derecho o respeto al contenido esencial, garantías judiciales ordinarias y especiales o constitucionales.²⁸ Argumenta, además, que la exclusividad y la unidad de la jurisdicción son condición eficaz de la protección de los derechos fundamentales y especifica las garantías de los derechos fundamentales que pueden darse en el proceso. Agrega al tratamiento anterior, las garantías internacionales, entre las que distingue las universales, que emanan de la declaración de 1948, y las garantías que han surgido a nivel regional.²⁹ Y sólo a modo de un enunciado para los efectos de este trabajo podemos reconocer también que en Chile es posible identificar garantías en los mismo términos que las ha expresado Peces-Barba y agregar que nuestro país integra progresivamente el sistema de garantías internacionales de los derechos fundamentales y que sus vínculos regionales son con el sistema interamericano que,

²³ Constitución Chilena vigente artículo 19 No.8.

²⁴ Constitución Chilena vigente artículo No. 5.

²⁵ RUIZ-TAGLE, P. *op. cit.* (n. 22), pp.48-65.

²⁶ FAVOREU, L. et al. *Droit Constitutionnel*. Paris, Dalloz, 1998, pp.795-802.

²⁷ PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Debate, 1990, p.485.

²⁸ PECES-BARBA, G. *op. cit.* (n. 6), pp.501-568.

²⁹ *Ibid.*, pp.547-568. Ver RUIZ-TAGLE, P. “Los derechos fundamentales en el siglo XXI y la disminución de su efecto mariposa”. En: *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, (Vol. XV): pp.181-190, 2003.

comparado con el europeo, tiene algunos rasgos especiales, como es su protección especial de la libertad de expresión y el derecho de asilo.

Ahora bien, con respecto a la interpretación de los derechos fundamentales, podemos decir con Peces-Barba, que este proceso no consiste en una respuesta correcta para cada caso y que la tarea constitucional debe profundizar, junto con los elementos de interpretación, un criterio general de interpretación pro democrática, de desarrollo y promoción de los valores de dignidad, igualdad y libertad junto con el respeto del principio de legalidad. Asimismo, la interpretación constitucional de los derechos fundamentales se vincula al tema del resguardo del contenido esencial y de los límites a los derechos fundamentales, que son en gran medida problemas de interpretación. Por ejemplo, el tema de los límites excluye el problema de los límites de hecho de los derechos fundamentales y se concentra en los límites jurídicos a los mismos tal y como ha propuesto en esta materia Haberle.³⁰ Adicionalmente, en el tema de la interpretación es necesario distinguir entre abuso del derecho y falta de supuesto de hecho o delimitación del derechos fundamentales en los términos de de Otto.³¹ Y en cuanto a los límites a los derechos fundamentales, debemos tener en cuenta en Chile la idea de Peces-Barba, que propone que dichos límites pueden tener su origen en el derecho en general, en el subsistema de derechos fundamentales o pueden referirse a uno en particular.³² Un ejemplo de esto, es el caso de los derechos fundamentales que asumen la forma preferente de no interferencia; se limitan por los derechos propios y de terceros. Peces-Barba trata, además, la doctrina de los “preferred rights” o “positions”³³ que versa sobre la importancia de la ponderación en un caso concreto de conflicto entre un derecho fundamental y otro, teniendo suma relevancia ser considerada esta forma de pensar la colisión de derechos para la resolución de un caso particular en el subsistema jurídico chileno, actuando así conforme a una visión democrática y liberal. La ponderación por lo tanto, consiste en una forma de considerar el caso y los derechos afectados de una manera óptima y proporcional que supone ser idónea y necesaria³⁴. Desde luego supone abandonar toda concepción intuitiva y absoluta de jerarquía entre los derechos³⁵.

Para entender mejor el subsistema chileno de los derechos fundamentales, también conviene tener presente, como en el derecho norteamericano, que la solución de conflictos y la interpretación de los derechos fundamentales se vincula principalmente a la idea del control judicial de la producción legislativa. Así se han desarrollado diversos criterios en cuanto a identificar los derechos fundamentales. Estos consisten en aplicar un “test” de escrutinio estricto o intermedio o de racionalidad que junto con una idea de proporcionalidad, sirven para determinar si dicha afectación es adecuada³⁶. Esta forma de pensar los derechos nos

³⁰ PECES-BARBA, G. *op. cit.*, (n. 6), p.588.

³¹ *Ibid.*, p.589.

³² *Ibid.*, p.590.

³³ *Ibid.*, p.594.

³⁴ ALEXY, R. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Presentación de F. Rubio Llorente. Madrid, España, Centro de Estudios, Fundación Beneficentia et peritia juris, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p.38.

³⁵ RUIZ-TAGLE, P. *Propiedad Intelectual y Contratos*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p.179-199.

³⁶ CHEMERYNSKY, E., *Constitutional Law*. New York, USA, Aspen Law, 2001, pp.695-701. Ver también GARVEY, J., et al., *Modern Constitutional Theory: A Reader*. West Publishing Co., St. Paul, Minn (1999), pp.608-656.

puede parecer en principio, difícil de aplicar en Chile. Y lo que puede ser aún más complicado de aceptar es que toda esta forma de raciocinio se aplique por los jueces a derechos no listados en el texto constitucional, tal como sucedió para el caso del derecho de privacidad.³⁷

Adicionalmente, para los efectos de analizar nuestro sistema de derechos desde un punto de vista comparado, conviene tener presente que en el caso de derechos de participación se pueden limitar sus titulares, como en el caso del sufragio a los extranjeros, y en el caso de los derechos de prestación, sus límites -que son más bien de hecho- pueden referirse particularmente a los medios para satisfacerlos. Podemos decir también, que desde el punto de vista comparado la función social es concebida y predicada como una característica de todos los derechos, no sólo de la propiedad como se ha dispuesto en Chile.³⁸ En definitiva, es importante considerar que el subsistema jurídico de los derechos fundamentales chileno es parte de un conjunto mayor que se forma por una serie de subsistemas que coexisten en el tiempo y que se retro alimentan entre sí, porque tal como lo ha explicado Haberle, existe una sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales.³⁹ Concluyendo, Favoreau y Cruz Villalón parecen ser los autores más adecuados al sistema chileno en su definición y explicación de los derechos fundamentales. En Peces-Barba y Alexy también podemos encontrar elementos que permiten enriquecer nuestra concepción constitucional, pero algunas de sus ideas se perciben más difíciles de conciliar con las formas que ha asumido nuestra jurisprudencia.

3. Preguntas y Respuestas sobre los derecho sociales

En esta tercera parte hago una crítica a diversas nociones sobre los derechos económicos y sociales. Estas ideas erradas, que incluso se han manifestado en la convocatoria de este panel, cuyo lenguaje y concepción me parece vago y en algunas de sus partes sesgado, hacen surgir ciertas preguntas al respecto que me parece necesario aclarar.

¿Es posible concebir a los derechos económicos y sociales como reclamaciones sociales, que han sido comprendidas como derechos de segunda categoría?

Este lenguaje se funda en la traducción equivocada de un anglicismo derivado del término “claim”, que en una de sus tantas acepciones significa demanda, y suena en nuestro contexto a queja y molestia infundada. La idea de categorías de derecho, o que existan derechos de segunda categoría es tan errada como suponer que existan jerarquías o grupos de derechos que son preferidos a otros.

¿Cómo se constituyen y reconocen los derechos económicos y sociales?

La convocatoria también recuerda al lenguaje del “pinochetismo jurídico” al decir que los derechos socio económicos: “*suelen aparejarse con posturas políticas progresistas y socio-liberales sobre la educación, la salud y otros.*” La Constitución de Weimar de 1919, la Declaración de los

³⁷ Ver Novena Enmienda, Constitución Norteamericana.

³⁸ PECES-BARBA, G. *op. cit.* (n. 6), p. 610.

³⁹ *Ibid.*, p.613.

Derechos Humanos de 1948 y una serie de tratados y textos constitucionales con sus respectivos desarrollos jurisprudenciales son partes constitutivas del desarrollo de los derechos sociales y económicos. Desde el constitucionalismo de mediados del siglo veinte en adelante se reconocen, como parte integrante del derecho positivo, los derechos sociales y económicos a la salud, al trabajo, la educación, la seguridad social, la sindicalización, etc. No se trata de una postura política progresista, ni menos socio liberal, salvo que con esos términos se quiera designar el derecho constitucional vigente. En nuestros días, los derechos fundamentales se refieren a una cuestión que expresa un triple dualismo: el primero a nivel constitutivo, el segundo sustantivo y el tercero orgánico: (i) El primer tipo de dualismo es constitutivo, porque se hace cargo de la diferencia que debe existir entre la creación y la implementación normal de los derechos. El proceso de creación es diferente al proceso normal de implementación de los derechos a nivel judicial o administrativo. Sin embargo, la creación de derechos debe cumplir requisitos democráticos mínimos; (ii) El segundo tipo de dualismo es sustantivo y reconoce el proceso de retroalimentación y mutua influencia que es propio de los textos constitucionales que rigen en el territorio de un Estado nación y el creciente papel de los tratados internacionales en la definición del contenido de los derechos fundamentales; (iii) El tercer tipo de dualismo constitucional es orgánico, y toma en cuenta que los derechos fundamentales se consolidan por la interacción que existe entre los tribunales internacionales y los órganos y tribunales internos. No son posturas, sino un complejo subsistema jurídico que conecta el derecho constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos.

¿A qué se refiere cuando se habla de (neo) constitucionalismo, y que este haya planteado los derechos económicos y sociales como exigencias de las capas menos privilegiadas? ¿Es correcto considerarlos de esta manera?

El término “neo-constitucionalismo” a veces refiere al derecho público que surge en la post guerra; otras, es usado para identificar aquellos que propugnan una mayor intervención judicial en el control constitucional; o para distinguir todo aquello que no corresponda a una particular comprensión del positivismo. En todo caso, no creo que exista un autor de derecho constitucional en nuestros días, por más retardatario y fascista que sea, que se refiera a los derechos sociales como “*exigencias de las capas menos privilegiadas*” que son los términos que usa la convocatoria. Esa forma de expresarse exhibe una concepción vergonzante que corresponde a una idea geológica de la sociedad, que la imagina como sedimentaciones sucesivas. Nada hay más opuesto al proyecto del constitucionalismo que clasificar la sociedad en capas, en estamentos. Precisamente de lo que se trata con el constitucionalismo es de terminar con esa forma de pensar nuestra vida en común. Es inaceptable por eso que la convocatoria mencione la idea de “*capas menos privilegiadas*”.

¿Cómo se lleva a cabo la creación de los derechos económicos y sociales para que finalmente sean reconocidos?

⁴⁰ COURTIS, CHRISTIAN. *Los derechos sociales como derechos*, Iquique, SELA, 2000.

La convocatoria dice que la finalidad de los derechos sociales es: “*dota(r) de acciones a las personas para reclamar sus derechos sociales ante un tribunal y por la otra, se dan atribuciones a los tribunales para intervenir dentro de la asignación de recursos a fin de corregir las desigualdades*”. Me parece que dotar de acciones para reclamar derechos sociales no necesariamente es una alternativa a la intervención en la asignación de recursos. Por eso, esta limitada y restringida dicotomía que presenta la convocatoria no parece acertada. Los programas sociales y sistemas de protección social muchas veces han sido implementados, en una etapa inicial, por la vía administrativa. Los derechos fundamentales pueden constituirse como tales a partir de una estrategia o medida, de un programa social o resolución, que se consolida con alguna forma de tutela judicial y en un punto de contacto con las garantías constitucionales que todos atribuimos a dichos derechos. En esto consisten los programas de salud, educación, trabajo, seguridad social, etc., que son propios no sólo del poder legislativo o el judicial, sino también en el ámbito de la Administración Pública y que hacen realidad el mandato de desarrollar, promover y proteger los derechos fundamentales. Un mandato que alcanza a todas las personas públicas y privadas. Luego son recogidos en la sede legislativa, en la cual se consolidan como derechos y en algunas estrategias, programas o políticas sociales del gobierno. Adicionalmente, estos derechos, que emanan en su origen de programas sociales, pueden ser reconocidos y garantizados por los tribunales chilenos y hechos valer ante organismos públicos y/o privados con lo que se completará para estos casos un proceso de creación o especificación de derechos fundamentales. Esto puede terminar o no con su reconocimiento expreso, o con la vinculación jurídica de esos derechos al texto constitucional, o a un tratado internacional de derechos humanos. En esto consiste una de las formas que tiene el proceso de creación de derechos fundamentales en Chile. Un proceso mucho más complejo que la simple dotación de acciones o la intervención en la asignación de recursos, como plantea en la convocatoria.

Ahora responderé cada una las preguntas y en su mismo orden que se me ha pedido abordar como participante del panel:

¿Pueden los tribunales comprender el lenguaje de estos derechos?

La respuesta a esta pregunta es afirmativa. Los tribunales, al menos en Chile, comprenden el lenguaje de los derechos sociales y económicos en el ejercicio diario de la jurisdicción y de las acciones constitucionales, a pesar que nuestro país tiene el más neoliberal de los sistemas jurídicos del mundo, lo que por cierto no es ningún mérito, sino que parte del lastre que no hemos podido superar del “pinochetismo constitucional”. A pesar del neoliberalismo que domina la dogmática constitucional chilena, existe una frondosa jurisprudencia judicial y administrativa existente en materias del derecho a la igualdad, del derecho a la salud, del derecho a la educación, del derecho al trabajo, la sindicalización, el derecho a la seguridad social, entre otros derechos, que se consideran sociales y económicos. A partir de esa jurisprudencia debemos construir una o más visiones sistemáticas de los derechos fundamentales y de los derechos sociales y económicos como parte principal de los mismos.

¿Son los derechos sociales un paso adelante en la igualdad material?

Agregando la convocatoria que: *“suele mostrarse a los derechos sociales íntimamente ligados con la igualdad, como un instrumento que permite corregir la distribución injusta de ciertos bienes... como una forma de acercar la igualdad material al liberalismo mediante la posibilidad de volver justiciables, por ejemplo, inequidades sobre la salud o la educación.”*

En estas afirmaciones sí podemos estar de acuerdo, y no vemos inconveniente en que el programa del liberalismo se extienda a nuevas áreas de igualdad material, con tal que se conserve la separación y el carácter específico de lo público y lo privado.

¿Puede el derecho entender estas aspiraciones o ellas deben ser enfrentadas desde el campo político?

La política no está separada del derecho. Concebir el derecho como separado de la política es afirmar una nemotecnia pedagógica como forma constituyente de la realidad social. El constitucionalismo supone dar una respuesta a la relación entre el derecho, la política y sus instituciones. Tal como he explicado en un trabajo previo⁴¹, el concepto de "política" es más amplio que el de "derecho", en el sentido que incluye aspiraciones que no pueden ser impuestas coercitivamente. Una decisión basada en un criterio político toma en cuenta intereses no representados ante el órgano que decide por ninguna de las partes involucradas en el caso, y puede incluso darles preferencia. En este sentido, la idea de derecho es más restringida que la idea de política, ya que considera fundamentalmente los intereses individuales. Sin embargo, el Derecho y las políticas interactúan moldeándose mutuamente. Así, algunas políticas no pueden ser llevadas a cabo cuando existen determinadas disposiciones legales, y algunas leyes no se hacen nunca cumplir debido a la existencia de políticas que impiden su aplicación. Desde otra perspectiva, la idea de derecho es más amplia que la idea de política. Desde luego, los propósitos del derecho no sólo son propósitos de grupo como los que caracterizan a las políticas. La palabra "derecho" implica la resolución de disputas y conflictos entre individuos con propósitos, preferencias o intereses distintos. Para ilustrar la relación entre Derecho y políticas, podemos imaginarlas como dos círculos que se intersectan. Cada uno intenta incluir al otro sin lograr abarcarlo en forma plena. Sin embargo, derecho y política se fusionan al punto que podría decirse que el Derecho es una política sancionada o autorizada públicamente. También es importante notar que existen significativas diferencias comparativas en el modo en que el derecho y las políticas son percibidos en Europa, y por cierto en Latinoamérica, en Inglaterra y EE.UU. En este último país, el Derecho no es percibido tanto como un cuerpo de doctrina (como Europa e Inglaterra), sino como un instrumento de las políticas económicas y sociales. En definitiva, las formas en que las políticas se incorporan al Derecho varían de acuerdo a las características de cada sistema legal. La política y el derecho se vinculan en un punto que da origen a un conjunto determinado de instituciones. Las instituciones del constitucionalismo republicano chileno han servido para dar orientación a la conducta humana, para generar coherencia y estabilidad, y para implementar determinadas leyes o políticas, e incluso en algunos casos, para ser capturadas con un propósito o interés particular como puede suceder en toda organización.⁴²

Al reconocer la precariedad de la experiencia constitucional chilena, es importante considerar que el constitucionalismo chileno no es un fenómeno aislado, porque como ya

⁴¹ RUIZ-TAGLE, P. *Propiedad intelectual y contratos*, (n. 35), p.55-56.

⁴² *Ibid.*, p.57.

hemos dicho, está expuesto a un proceso continuo de influencias mutuas. De partida, los inicios del derecho constitucional son comunes a América y Europa. Este desarrollo simultáneo del derecho constitucional se explica por la influencia que reconoce el constitucionalismo europeo de la experiencia norteamericana. Sin embargo, ni los europeos ni los norteamericanos reconocen la influencia del constitucionalismo latinoamericano. A este respecto, solo consideran como relevante la Constitución de Querétaro adoptada en México en 1917. El texto de Querétaro es reconocido por su esfuerzo de nacionalización de los recursos naturales, su temprana separación de la Iglesia y del Estado y por su reconocimiento de los derechos sociales y económicos (Krauze 1997:229-238). A diferencia de esta omisión, la influencia de Europa y de los Estados Unidos de Norteamericana en materias constitucionales es ampliamente reconocida en los países latinoamericanos.

¿Rompen los derechos sociales con la racionalidad interna del derecho común?

Me parece que la respuesta a esta pregunta es negativa, porque los derechos sociales son expresión fundamental de las cuestiones a que se refiere el derecho público y privado. Comprendo que los derechos económicos y sociales sólo deben incorporarse y garantizarse en las constituciones cuando existe un consenso o acuerdo importante en la sociedad sobre la forma en que son ejecutables. En caso contrario, pueden debilitar el carácter jurídico de las constituciones. La eficacia de los derechos económicos y sociales inciden en la imposibilidad de acceder a la propiedad, en la irresponsabilidad contractual y en la precariedad de las relaciones de familia, por lo que el derecho privado debe considerar las circunstancias en que se fundan, entendidas éstas como indigencia, exclusión y marginalidad. Me parece también que a veces el derecho privado puede ser de tal modo arcaico y excluyente que los ciudadanos no pueden acceder a su comprensión y uso razonable. Por eso, el carácter autónomo del derecho privado no puede suponer blindar nuestra argumentación y hacer oídos sordos a la influencia de los derechos económicos y sociales. Los derechos fundamentales supone que se incluyan de manera unificada los derechos civiles y políticos junto con los derechos económicos, sociales y culturales. Por eso no me parece que debamos hacer la extrapolación conceptual que han planteado algunos⁴³ de pensar que con ello se ha desarrollado un nuevo modelo de derecho “social”, que es correctivo del modelo del derecho privado clásico, porque enfatiza la acción colectiva por sobre la individual, porque acepta límites a la racionalidad y a la voluntad del sujeto de derecho, porque incorpora nociones de equidad e igualdad, y acepta el conflicto como parte de la vida social y multiplica las funciones del Estado. Pienso que en el origen del paradigma clásico del derecho público y privado están presentes los rasgos que se presentan como “derecho social”. Otra cosa es que hayamos olvidado el tratamiento de estas cuestiones en la dogmática y quizá entendido estas materias de una manera que no es suficientemente ordenada.

A modo de conclusión: Diez tesis sobre la concepción de los derechos fundamentales en el derecho positivo chileno actual.

1. El concepto de los derechos fundamentales es una categoría dogmática del derecho positivo que supone la conexión entre el derecho constitucional y el derecho internacional

⁴³ COURTIS, C. *op. cit.* (n. 40).

- de los derechos humanos y que se diferencia del derecho natural, de la noción de derecho subjetivo, de la idea de derecho y garantía constitucional, de las libertades públicas y de la noción de derecho moral. La noción dogmática de los derechos fundamentales constituye el centro de todo sistema jurídico y supone obligaciones para gobernantes en sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales y autónomas y también para las personas privadas en una relación que es tanto vertical como horizontal o del tipo “Drittwirkung”.
2. La introducción de la categoría dogmática de los derechos fundamentales en el derecho chileno supone considerar nuestra historia constitucional y el derecho comparado. También implica pensar nuestro derecho constitucional en el contexto de diversas interpretaciones tales como las siguientes: 1) una ius naturalista que en alguna de sus versiones es pontificia; 2) una tradición democrática liberal y, 3) una concepción constitucional social demócrata o socialista. Estas concepciones compiten entre sí por expresar en su mejor versión los principios y normas de la carta fundamental, de un modo semejante a como sucede en el derecho comparado, por ejemplo en Alemania. Las concepciones sobre los derechos fundamentales no se agotan en estas tres interpretaciones que se identifican como los más influyentes en la actualidad. Por ejemplo, perfectamente puede surgir una interpretación de la izquierda extraparlamentaria que nos obligue a repensar las bases de la Constitución chilena.
 3. Una noción de derechos fundamentales desde una perspectiva democrática y liberal considera la interpretación constitucional de acuerdo a los valores de dignidad, igualdad, libertad y democracia representativa.
 4. El concepto de bloque constitucional a partir de una visión democrática y liberal sirve de regla de reconocimiento del subsistema constitucional de los derechos fundamentales e incluye al menos las disposiciones contenidas en prácticamente todos los capítulos de la carta fundamental y se refieren al menos a sus capítulos y artículos, respectivamente: 1) Bases de la Institucionalidad: 1,5,9; 2) Nacionalidad y ciudadanía: 10,11,12,13,14,15,16,17,18; 3) Derechos y deberes constitucionales: 19,20,21, 22 y 23; 4) Gobierno: 38, 39,40,41,42,43,44, 45; 5) Congreso Nacional: 52 No.1 letra c), 6) Poder Judicial: 76, 7) Ministerio Público: 83, 8) Tribunal Constitucional: 93; 9) Justicia Electoral: 95 y 96; 10) Contraloría: 98; 11) Fuerzas Armadas y de orden: 103; 12) Banco Central: 109 y finalmente, 15) Reforma de la Constitución: 127. También debe considerar la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de San José o Convención Americana, la Convención contra la Tortura, los Convenios de Ginebra sobre trato de prisioneros y sobre Genocidio, la Convención contra las formas de Discriminación de la Mujer. Debe incluir también para configurar adecuadamente los derechos fundamentales en el contexto del derecho positivo las leyes interpretativas, las leyes orgánicas y las demás leyes que los regulan, limitan o garantizan. También debe considerar su regulación y su aplicación judicial, parlamentaria y administrativa en el contexto del desarrollo jurisprudencial y dogmático que se inicia en 1990 en el gobierno constitucional chileno que continúa hasta el siglo XXI.
 5. La vinculación que admite una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales con la noción constitucional y política de ciudadanía se define como la igualdad de acceder a los cargos públicos y el derecho de sufragio. La omisión de esta vinculación sirve de verdadero “test de embarazo” para detectar las concepciones no democráticas de

los derechos como aquella que postuló C. Schmitt, que enunciada en el principio de distribución es en verdad una negación parcial de los derechos fundamentales, particularmente en el terreno de la dogmática y las acciones constitucionales que por desgracia tanta influencia ha tenido en Chile, a través de lo que hemos denominado en otros trabajos las doctrinas pontificias de los derechos fundamentales. Esta misma idea admite diferencias no discriminatorias entre nacionales y extranjeros, pero aboga por una concepción de ciudadanía amplia y de base igualitaria que no admite una fragmentación o balcanización del ejercicio del sufragio y el acceso a los cargos públicos, como la que actualmente existe en nuestro país. También pensar la mayor afinidad de los países americanos del sur como aquellos a partir de los cuales se puede aprender mejor a superar nuestros obstáculos al constitucionalismo y abogar por trabajar en forma conjunta, sin perjuicio de pensar la pertenencia a la comunidad internacional como una forma privilegiada de proteger los derechos fundamentales en momentos de extravío de las mayorías o de locura de las autoridades de un Estado nacional, como sucedió durante la era de las dictaduras latinoamericanas o recientemente con los desvaríos del Presidente Bush en Guantánamo.

6. El estudio de los derechos y deberes fundamentales en Chile desde una perspectiva democrática y liberal supone estar consciente de la convertibilidad de los derechos, es decir que los derechos que no tienen adecuada garantía o protección en el sistema de acciones judiciales muchas veces se conviertan en otros para efectos de su protección. Esto explica porque en Chile los derechos de educación, salud y trabajo se han convertido en derechos de propiedad ante los tribunales. La convertibilidad es más que simple “propietarización” y reflexiona para los efectos de la delimitación de los derechos fundamentales en la medida que estos entran en potenciales conflictos o se refuerzan mutuamente entre sí y analiza como se produce una infinita posibilidad combinatoria de estos.
7. Las tesis que defendemos también tienen muy en cuenta las acciones constitucionales en los cuales se presentan sus conflictos, porque la sustancia de los derechos fundamentales positivos se define por el procedimiento en el cual son invocados. A este respecto, conviene pensar que el derecho a la defensa que afecta todos los derechos y que es un derecho económico y social fundamental, en el contexto chileno, debe incluir lo civil, laboral, administrativo, constitucional, contractual y no solo lo penal como se aprecia en la práctica de la defensa de las personas menos aventajadas en Chile. Debe hacerse cargo a su vez, de los defectos del sistema de acciones constitucionales en Chile que muchas veces no permiten al ciudadano común entender las formas en que puede ejercer la garantía de sus derechos.
8. Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales critica la confusión y el uso equívoco de las categorías doctrinarias de “subsidiariedad” y “orden público económico” y respalda la necesidad de su sustitución a la luz de la primacía de los valores de la igualdad y la libertad constitucional. También el principio constitucional de solidaridad que tiene reconocimiento en nuestro derecho positivo constitucional y ha sido desarrollado por la doctrina, debe servir de guía para resolver cuestiones que se han pensado equivocadamente como parte de una concepción neoliberal de la “subsidiariedad”.

9. Desde una visión democrática y liberal los conflictos que pueden suscitarse en relación con los derechos fundamentales deben solucionarse por la vía de la ponderación que tiene especial consideración particular del caso y de los derechos afectados y en todo caso supone abandonar toda concepción intuitiva y absoluta de que pueda existir en el derecho positivo, que implica una jerarquía entre los derechos. La ponderación no sólo es un método que aplican los tribunales de justicia, sino que también debe aplicarse por todas las instancias administrativas, legislativas y académicas que consideran cuestiones relativas a derechos fundamentales.
10. Finalmente, una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales también debe abordar el terrorismo y la pobreza en Chile. A partir de una visión democrática y liberal y del nuevo momento constitucional chileno del año 2005 podemos reflexionar sobre las reformas al artículo 8, 10,11,, 13 inciso final,17No.3,19No4 inciso final,19No. 4 y No. 7 letra e y 19 No.16, 20 inciso final, 39 y 44, 93 No.13. Esta reflexión nos lleva a considerar cómo esas nuevas disposiciones constitucionales pueden servir para reforzar la dignidad, la igualdad, la libertad y la democracia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

ALEXY, R. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Presentación de F. Rubio Llorente. Madrid, España, Centro de Estudios: Fundación Beneficentia et peritia juris, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Con prólogo de Robert Alexy. Bogota, Colombia, Legis, Universidad Nacional de Colombia, 2005.

CHEMERYNSKY, E., *Constitutional Law*. New York, USA, Aspen Law, 2001.

COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos*. Iquique, SELA, 2000.

CRISTI, R. *Propiedad y derecho subjetivo*. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Publicaciones Programa de Doctorado, Año 1, No.2, 2005.

CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo, *La Republica en Chile, Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*. Santiago, Editorial LOM, 2008.

FAVOREU, L. et al. *Droit Constitutionnel*. Paris, Dalloz, 1998.

FERRAJOLI, L. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría y Filosofía Política, 2002.

GARVEY, J., et al., *Modern Constitutional Theory: A Reader*. West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1999.

MARTÍN, R. *Un sistema de derecho*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2001.

MORA, J. J. *Curso de derecho del Liceo de Chile*. Santiago, Chile, 1830.

NAVARRO, E. “Justicia constitucional en Chile y protección de derechos” en *Estado de Derecho y Reformas a la Justicia*, Universidad de Heidelberg, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

PECES-BARBA, G. y otros. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999.

PINILLA, N. *La generación chilena de 1842*. Santiago, Ediciones Universidad de Chile, 1943.

PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Editorial Debate, Madrid, 1990.

RUIZ - TAGLE, P. “Apuntes sobre el principio de igualdad constitucional en Chile”, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, Argentina, 2000.

_____. “Los derechos fundamentales en el siglo XXI y la disminución de su efecto mariposa”. En: *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XV (Diciembre 2003).

_____. “Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la constitución del bicentenario”. En: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Coordinador Andrés Bordalí) Santiago de Chile, 2006.

_____. *Propiedad Intelectual y Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile , 2001.

_____. “La Prioridad del Derecho sobre la concepción moral del bien en la Teoría de la Justicia de John Rawls”. En: *Revista del Centro de Estudios Públicos*, No.35, Centro de Estudios Públicos, Santiago, Chile, 1999.

SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1995.

WROBLEWSKY, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, España, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1988.