

## Los límites de la igualdad como derecho fundamental o lo que le podemos exigir a la Constitución sin ser defraudados\*

FELIPE LEIVA FADIC\*\*  
UNIVERSIDAD DE CHILE

**Resumen:** En este trabajo se pretende analizar el contenido del derecho fundamental a la igualdad, retomando la discusión entre quienes entienden que este consagra sólo la igualdad jurídica y quienes señalan que además consagra la igualdad de hecho. Este análisis se realiza con el fin de demostrar que lo que buena parte de la doctrina pretende garantizar por medio de este derecho, es más de lo que el sistema jurídico puede asegurar. En ese sentido, se asume una concepción de la igualdad según la cual ella sólo es exigible directamente antes los tribunales como un derecho de defensa. Sin embargo, se señala que ello no obsta a que las demandas por mayor igualdad de hecho para los individuos tengan de todos modos respaldo constitucional y, por ende, deban ser también satisfechas por parte del sistema político.

**Abstract:** This paper analyzes equality's status as a fundamental right (equal protection). It examines the tension that exists between those who only accept the formal-legal dimension of equality, and those who accept both the formal and substantive dimensions of equality (equality from a material or factual perspective). The main claim defended here is that the excessively broad concept of equality usually defended in the legal academia cannot be properly protected by the judicial system. Based on that idea, this paper presents a theory of equality in which this fundamental right, when presented as an argument by private parties in litigation, should not be recognized as a cause of action but only as a legal defense. But of course However, this is without prejudice for the people's rights to demand a deeper substantial-factual equal protection from the political branches of government, a right that is also part of the concept of equality established by the Constitution.

**Palabras clave:** Derecho fundamental a la igualdad, igualdad formal, igualdad de hecho, mandato de estado social, derechos sociales, derechos de defensa, derechos de prestación.

**Key Words:** Fundamental right to equality, formal-legal equality, substantial-factual equality, social state, social rights, defense rights, benefit rights.

---

\* El siguiente artículo corresponde a una versión preliminar de un capítulo de una memoria de licenciatura actualmente en preparación. Agradezco las críticas que a un primer borrador de este trabajo realizó Lucas Mac-Clure Brintrup. Agradezco también los consejos y comentarios que sobre algunos de los temas que se tratan en este trabajo, recibí de Rodrigo Correa González y Santiago Montt Oyarzún.

\*\* Egresado de Derecho, Universidad de Chile (2004). Correo electrónico: fleivafadic@gmail.com

## 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 éste 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 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, sobre todo en periodos eleccionarios, ofreciendo fórmulas de diverso tipo para hacer frente a las graves desigualdades 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.

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 de la Constitución Política de la República (en adelante, CPR). Porque si bien cada vez son mayores las demandas de igualdad, también es mayor la confusión existente en relación al contenido y alcances 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 *recargado*. No obstante, y a pesar de esta pluralidad terminológica, gran parte de estos conceptos pueden ser entendidos desde una única diferencia, esto es, la que distingue entre igualdad jurídica e igualdad fáctica o de hecho. En efecto, la mayoría de los términos enunciados se retrotraen a uno de los polos de esta dicotomía.

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 se le puede exigir a los tribunales en virtud de aspiraciones igualitarias.

Para abordar dicho propósito este artículo se ha dividido en cuatro secciones. En la primera de ellas se enuncia y explica brevemente la rivalidad histórica entre dos concepciones distintas de entender los derechos fundamentales y el rol del Estado, así como el tránsito a procesos de socialización del Derecho. En la segunda sección, en tanto, se describe cómo estos procesos han influido en la concepción del derecho fundamental a la igualdad y han permitido que en virtud de ella se exija que el Estado adopte preferencias a favor de los más desaventajados. En la sección siguiente, se sugiere que estas dos formas de interpretar el derecho a la igualdad suponen una paradoja. Para resolverla, se describen dos tesis que son analizadas críticamente, luego de lo cual se concluye que resulta inconveniente la exigibilidad directa o judicialización de la igualdad de hecho. Finalmente, en la última sección, se sugiere que a pesar de la conclusión adoptada, la igualdad fáctica sigue siendo un objetivo constitucionalmente relevante y que, por ello, se convierte en un imperativo del cual la política no puede rehuir.

### 1. *Dos conceptos de igualdad*

De acuerdo con la interpretación liberal clásica, los derechos fundamentales han sido entendidos tradicionalmente como derechos cuyo fin es asegurarle al individuo un *coto vedado* frente a la intervención estatal, un ámbito de libertad en el cual el Estado no puede ingresar<sup>1</sup>. En otras palabras, los derechos fundamentales bajo esta concepción han sido entendidos como *derechos de defensa* que el ciudadano tiene garantizados frente a la acción estatal.

Esta interpretación liberal de los derechos fundamentales resulta posteriormente reafirmada históricamente por la especial configuración que adoptaría el *Estado de Derecho*. Este concepto surge en la teoría del Estado del liberalismo temprano como una forma de definir cuáles debían ser los objetivos, tareas y organización que el Estado debía asumir<sup>2</sup>. Naturalmente, y por efecto de las premisas liberales, se entendió que las tareas del Estado estarían limitadas “a la libertad y seguridad de la persona y de la propiedad, esto es, a garantizar la posibilidad de un desarrollo individual desde sí mismo [apareciendo] la autorrealización de la subjetividad individual como sentido propio del orden público estatal”<sup>3</sup>. Este Estado de Derecho surge entonces con las mismas limitaciones que desde antes ya establecían los derechos fundamentales, dadas por la obligatoriedad de respetar un ámbito de autonomía o de autodeterminación de los individuos.

Este modo de concebir los derechos fundamentales y las tareas del Estado, ha sido lo que ha llevado a que hasta el día de hoy sea lugar común el que se entienda que en caso de conflicto entre derechos individuales e intereses o bienes colectivos<sup>4</sup>, existe una *precedencia fuerte* a favor de los primeros<sup>5</sup>. En otras palabras, es precisamente en virtud de esta concepción que se acepta inequívocamente que no sea posible obligar a los mayores de edad, en base al objetivo de aumentar el nivel cultural de la nación, a que terminen la escolaridad completa si prefieren trabajar, o sencillamente si quieren dedicar su vida al ocio.

En este contexto, el derecho fundamental a la igualdad no escapó a estas premisas y fue también concebido como un derecho de defensa. En virtud de él se entiende que el individuo puede exigirle al Estado que no lo trate de un modo especial o distinto que al resto de los miembros de la comunidad política si no se tienen razones especialmente justificadas para aquello. Determinar con precisión qué es lo que ello quiere decir, y cuáles son las consecuencias normativas que de ello se derivan, implica un

<sup>1</sup> En este contexto, John Stuart Mill, expresaba que los derechos fundamentales son un círculo “alrededor de cada ser humano considerado individualmente [...] en el que no debe permitirse que penetre ningún gobierno, sea de una persona, de unas cuantas o de muchas”. MILL, John Stuart, *Principios de economía política. Con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 806.

<sup>2</sup> Tal como señala Böckenförde, “el término “Estado de Derecho” es una construcción lingüística y una acuñación conceptual propia del espacio lingüístico alemán [siendo utilizado] por primera vez [por] Carl Th. Welcker en 1813 [en su libro *Die letzten Grande von Recht, Staat und Strafe*]”. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2000, p. 18-19.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 20-22.

<sup>4</sup> Para una caracterización de los bienes colectivos, ver ALEXY, Robert, “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El concepto y la validez del derecho*, 2ª edición, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004, pp. 179-208. En este artículo, Alexy señala que el concepto de bienes colectivos se puede construir con la ayuda de la idea de *lo no-distributivo*. Así, “[u]n bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos”. De este modo, para Alexy, claros ejemplos de bienes colectivos son la seguridad interna y externa, la prosperidad de la economía, la integridad del medio ambiente y un alto nivel cultural.

<sup>5</sup> Se ha preferido usar el concepto de *precedencia fuerte* y no de *ilimitabilidad* de los derechos fundamentales en su faz individual frente a los derechos y bienes colectivos, pues, como señala Ruiz Miguel, “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”. Al respecto, ver RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Derechos liberales y derechos sociales” en *Doxa*, N° 15-16, 1994, p. 657.

trabajo más amplio que el presente<sup>6</sup>. Sin embargo, sí puede afirmarse con seguridad que esta concepción acerca del derecho fundamental a la igualdad, en primer lugar, no implica un reconocimiento a la esfera positiva del derecho, y que por ende, en virtud del mismo, no resulta exigible un trato especial o favorecido para mejorar las condiciones de vida de aquellos más desaventajados socialmente. Y, en segundo lugar, en los términos de esta concepción de la igualdad es posible sostener que ella no fundamenta el reconocimiento a un sentido colectivo del derecho. En efecto, dado que el liberalismo clásico es marcadamente individualista, y considera que el individuo queda amenazado cuando aparecen instituciones infra-estatales destinadas a actuar en representación de colectivos<sup>7</sup>, tiene ciertas suspicacias al reconocimiento de derechos colectivos, y por ende al reconocimiento de derechos especiales para determinados grupos concretos de personas que se entienden como particularmente desfavorecidos.

Precisamente, debido a estas dos consecuencias hay quienes ven que el paradigma liberal, en último término, resulta ser insuficientemente igualitario<sup>8</sup>.

No obstante lo señalado precedentemente, desde mediados del siglo XIX como fenómeno político y desde mediados del siglo XX a nivel de consagración constitucional, en virtud de este derecho a la igualdad se ha pretendido exigirle al Estado no sólo que no intervenga en el coto vedado de los individuos absteniéndose del trato desigual, sino que además establezca preferencias o desigualdades de trato para asegurar con ello una igualdad fáctica o de hecho entre los distintos miembros que componen la comunidad política.

El énfasis en esta nueva lectura del derecho fundamental a la igualdad se produce luego del quiebre del Estado de Derecho que supuso la segunda guerra mundial y la redefinición posterior del mismo como un *Estado social de Derecho*. Con el advenimiento de este nuevo tipo de Estado se pretende que éste intervenga de mayor modo en la sociedad “[asumiendo] funciones de procura asistencial y de redistribución [con el fin de] que la igualdad jurídica y la libertad individual, incluidos en las garantías del Estado de Derecho, no se conviertan en una fórmula vacía para un número de ciudadanos cada vez más amplio”<sup>9</sup>.

En otras palabras, en virtud de esta nueva configuración del Estado y de la nueva valoración del ser humano se pretende que éste proteja a ciertos grupos que se consideran social o políticamente desaventajados, por cuanto la mera declaración de igualdad en sentido negativo termina siendo insuficiente para dichos grupos. En este sentido se comprende el reclamo de que como sociedad poco hemos ganado con asegurarle tanto al rico como al pobre el hecho de que ambos puedan vivir bajo un

<sup>6</sup> Un estudio al respecto realiza ATRIA, Fernando, “Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, N° 36, 1997. En él, se puede apreciar un especial desarrollo de *criterios interpretativos* acerca de lo que el concepto de igualdad ha significado en la jurisprudencia nacional.

<sup>7</sup> A este respecto, ver GARGARELLA, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2005, p. 260.

<sup>8</sup> Por ejemplo, en ese sentido HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado de derecho en términos de teoría del discurso*, 4ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2005; GARGARELLA, Op. Cit.; BALDASARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

<sup>9</sup> BÖCKENFÖRDE, Op. Cit., p. 35. Esta redefinición de los objetivos y tareas del Estado a la que se refiere el autor es una cuestión generalizada en occidente luego de la segunda guerra mundial, y en caso alguno se limita a la experiencia alemana. Es más, esa reformulación fue incluso más fuerte en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es sí como no debe resultar extraño que en 1951, la Asamblea General de la Naciones Unidas decidiera elaborar en lugar de un Pacto, dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, referidos, a dos categorías diversas de derechos, dotados además de medidas de implementación también diversas: los derechos civiles y políticos considerados tradicionalmente como derechos liberales y los derechos económicos, sociales y culturales.

puente si es que así lo desean. Es por esto que uno de los fines primordiales del Estado social es suprimir la desigualdad social, otorgando porciones de igualdad fáctica a los grupos que se consideran particularmente vulnerables. Para ello, resulta necesario que el Estado vuelque la mirada a los *resultados* de las leyes, políticas, prácticas y programas, y la pose sobre la situación real de las personas para determinar qué medidas se requieren para eliminar o reducir los desniveles reales en sus condiciones de vida.

En este contexto, los derechos fundamentales ya no sólo se entienden como derechos de defensa, sino que también como *derechos de prestación*, es decir, como derechos a acciones positivas (fácticas y normativas) que, en sentido estricto son entendidos como derechos del individuo frente al Estado a un algo que también podría ser obtenido de parte de los particulares si se tuviesen los medios financieros suficientes para hacerlo<sup>10</sup>.

En suma, bajo el paradigma del Estado social lo que ocurre es un proceso de juridificación de las demandas sociales. En efecto, debido a que en el lenguaje liberal se entiende que los derechos, *en principio*, sólo conocen como límites otros derechos, las demandas socialistas “sólo podían reverberar en el discurso liberal si eran manifestadas como derechos, de modo que pudiera decirse que el conflicto entre esas demandas era un conflicto de derecho contra derecho y no derecho contra utilidad general o aspiración comunitaria”<sup>11</sup>. No obstante, lo más importante de este proceso, dadas las consecuencias jurídicas que se producen, es que los comunitaristas, con el tiempo, no sólo pretenden juridificar el conflicto, convirtiendo los intereses sociales en derechos sociales reconocidos constitucionalmente, sino que además pretenden que éstos no sean cualquier tipo de derechos, sino específicos derechos subjetivos, y por ende, exigibles directamente al Estado vía tribunales de justicia. Como ha dicho Atria: *Ubi Ius Ibi Remedium*: donde hay derecho hay acción<sup>12</sup>.

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

En virtud de esta asunción y generalización de las premisas socializantes, la forma de entender los derechos fundamentales cambió drásticamente. No sólo se amplió notablemente el catálogo de aquellos derechos que se consideraban como fundamentales, de modo tal que pasaron 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, comenzaron a interpretarse de modo más inclusivo, ampliándose con ello lo que se consideraba como fundamental de aquel derecho.

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 que 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.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 430.

<sup>11</sup> ATRIA, Fernando (inédito). Citado con autorización del autor.

<sup>12</sup> ATRIA, “*Ubi Ius Ibi Remedium? La relevancia jurídica de los Derechos Humanos*”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, N° 3, pp. 35-47. En este trabajo, Atria realiza una crítica al consenso existente sobre el modo de entender a los derechos humanos, en cuanto hoy parece pacífico el hecho de que si se reconoce la importancia fundamental de los derechos humanos, necesariamente debe reconocérseles eficacia jurídica directa. Así, según Atria, los abogados han asumido que “*Ubi ius ibi remedium*: donde hay derecho hay acción. Sólo si hay eficacia jurídica directa de los derechos humanos podemos decir que [...] son reconocidos en una comunidad política determinada”.

Así, por ejemplo, la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución Federal de los EE.UU. ha sido entendida por algunos de los autores más reconocidos de ese país, como consagratoria de igualdad fáctica<sup>13</sup>. 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<sup>14</sup>. Dicho fundamento, en cierta medida, es *originalista*, 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 omisiones<sup>15</sup>. 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.

Alexy, en el ámbito de la tradición continental, señala por su parte 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”<sup>16</sup>.

Y sin ir más lejos, en el primer Congreso de Derecho y Teoría Constitucional, celebrado en Santiago el año 2003 en Santiago, Roberto Saba sugirió una *forma estructural* de entender el derecho de igualdad, que se acercaría, en sus palabras, a las versiones de la igualdad que tienen autores como Fiss, Post, Siegel o MacKinnon<sup>17</sup>. En virtud de ella, señalaba que la versión individualista de la igualdad se presentaba como una versión insuficiente o incompleta, en tanto descontextualizada de la situación de cada individuo, siendo contraria a “una visión 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”<sup>18</sup>. En términos concretos, estas premisas se traducen en el hecho de que existiría un derecho constitucional a ser privilegiado en la toma de decisiones sociales cuando se pertenece a un grupo que se ha visto históricamente sometido a una exclusión sistemática, tanto en términos sociales como políticos.

<sup>13</sup> Dicha enmienda, entre sus normas, dispone que “ningún Estado podrá privar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales de la igual protección de la leyes”.

<sup>14</sup> En un sentido semejante se pronuncia Amar 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”. AMAR, Akhil, “Cuarenta acres y una mula: una teoría republicana acerca de los derechos básicos”, en *Derecho y Grupos desaventajados*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1999, p. 33.

<sup>15</sup> Fiss, 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 es algo que está dispuesto a asumir. En sus palabras, “la estrategia que sugiero va a someter a los jueces a un gran esfuerzo, requiriéndoles la utilización de cuantiosos recursos, imaginación y aún paciencia”. FISS, Owen, “Grupos y la Cláusula de Igual Protección”, en *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1999, p. 159.

<sup>16</sup> ALEXY, Op. Cit., en nota 10, p. 414.

<sup>17</sup> SABA, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en *Revista Derecho y Humanidades*, Santiago, N° 11, 2005, p. 123-147.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p. 138.

### 3. La paradoja de la igualdad

No obstante estas posiciones, tanto Fiss como Alexy y Saba terminan reconociendo que ellas resultan discutibles y problemáticas. Más aún cuando dicha interpretación va acompañada de una concepción de los derechos fundamentales según la cual sólo son derechos propiamente tales cuando son exigibles ante los tribunales de justicia. El problema, en abstracto, 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”<sup>19</sup>. En concreto, y referido exclusivamente al derecho fundamental a la igualdad, el problema que se presenta es que éste sirve de fundamento normativo tanto para exigirle al Estado 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 puede 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.

Esta contradicción que supone entender a la igualdad como un derecho de doble faz mediante el cual se puedan materializar todas estas pretensiones de justicia, se nota especialmente en los casos de discriminación positiva. Para ilustrarlo, piénsese en el caso *Regents of the University of California contra Bakke*<sup>20</sup> readecuado a nuestra contingencia. Supóngase entonces que la 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. Supóngase asimismo que algún miembro de la comunidad recurre ante los tribunales de justicia ante la inactividad del legislador por no implementar dichos planes. Si realmente se interpreta 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 Prueba de Selección Universitaria. Supóngase ahora que uno de estos alumnos rechazados decide recurrir ante la Corte por cuanto los programas violan su derecho fundamental a la igualdad

<sup>19</sup> FORSTHOFF, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado Social”, en *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45.

<sup>20</sup> *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). 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, considerando legítima la discriminación positiva pero no así el plan de cuotas instaurado por la Universidad. Según él, si bien los planes de admisión sensibles a la raza no violan la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución, dichos planes no pueden utilizar cupos rígidos para algún grupo o raza, sino que ésta sólo debe ser tomada en cuenta como un factor más entre otros.

entendido en su faz negativa, esto es, como un derecho a que el Estado no lo trate desigualmente. Estrictamente, la Corte debiera acoger nuevamente el recuso y declarar como inconstitucionales los programas que pretendían favorecer a los mapuches. Y así sucesivamente<sup>21</sup>.

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 amplió de la igualdad implica una *paradoja de la igualdad*”<sup>22</sup>.

Como resultará evidente, la resolución de dicha paradoja es una de las cuestiones más inquietantes tanto para liberales como para comunitaristas, siendo uno de los puntos de oposición intelectual radical 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 último término, los derechos de igualdad deben entenderse como una categoría dogmática compleja, cuyo análisis debe efectuarse de un modo especialmente diferenciado. Un intento de fundamentar algo así lo realiza Martin Borowski en *La estructura de los derechos fundamentales*<sup>23</sup>.

En segundo lugar se encuentra *la tesis de los principios*, en virtud de la cual se entiende 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 la renuncia a la interpretación del derecho fundamental como un derecho a la igualdad de facto en sentido positivo, o en la 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, se partirá de la premisa de que esta última no resulta sensata. Según Alexy, esta alternativa debe ser evitada no sólo porque no existen dudas de que al menos ese tipo de igualdad sí se encuentra garantizado por la Constitución, sino que porque además 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 el principio de la igualdad de iure puede ser aplicado con mucha mayor facilidad y certeza que el de la igualdad de hecho<sup>24</sup>.

Si bien esta preeminencia que señala ALEXY de lo que él llama igualdad en sentido negativo es justificada, no parecen serlo sus fundamentos. En efecto, el argumento moral puede ser relativizado: ¿la igualdad de hecho, y un mayor nivel de prestaciones cubiertas para todos los ciudadanos no es acaso también una forma de tomarse al individuo en serio, según sus defensores? Por su parte, el argumento práctico, de que el principio de igualdad es de más fácil aplicación es irrelevante, o al menos debiera serlo para una justicia constitucional seria. El principal fundamento, entonces, a favor de la preeminencia de la igualdad en sentido negativo, es más bien de justicia política, y dice relación con cuál es el poder del Estado que cuenta con mayor legitimación para hacer política pública. En efecto, si se parte de la premisa que esa es una tarea que le corresponde prioritariamente al legislador, hay

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> ALEXY, Op. Cit., en nota 10, p. 404.

<sup>23</sup> BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

<sup>24</sup> ALEXY, *Ibid*, p. 405.



buenas razones para sostener que no es deseable la judicialización de un derecho a la igualdad en su faz prestacional. ¿Puede derrotarse este principio? Para responder aquello, es necesario ver el resto de las alternativas que pretenden solucionar la paradoja.

3.1. *La tesis de Borowski de un nuevo tipo 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, pretende identificar una especial estructura para los derechos de igualdad que sería especial y diferenciada tanto de los derechos a defensa como de los derechos a prestación<sup>25</sup>. En otras palabras, los derechos a igualdad implicarían una categoría particular en términos dogmáticos<sup>26</sup>.

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”<sup>27</sup>, 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*<sup>28</sup>. 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. Como se puede 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).

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 y a cuál sería su contenido normativo específico.

Sin embargo, 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. Según BOROWSKI mientras la vulneración de los derechos de igualdad presupone una comparación del tratamiento que se otorga a diversas personas o estados de cosas, dicho examen no se debe llevar a cabo para constatar la violación de los derechos de prestación propiamente tales (esto es, derechos de prestación originarios). Si bien ello es cierto, tratar de estructurar los derechos de igualdad como categoría dogmática distinta a los derechos de prestación por el ejercicio comparativo que se debe realizar por quien pretende constatar su vulneración, resulta inadecuado. No sólo porque se sigue sin decir cuál sería el contenido normativo acerca del derecho fundamental a la igualdad que lo distingue de otro tipo de derechos, sino que porque además significa confundir categorías de análisis. En efecto, no resulta razonable sostener que los derechos de igualdad no son derechos de prestación, categoría de derechos

<sup>25</sup> La referencia ha sido 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 se ha venido haciendo a lo largo de este trabajo, las referencias se harán indistintamente a derechos a defensa o a prestación como a derechos de defensa o de prestación.

<sup>26</sup> En la doctrina nacional, Molina realiza un análisis de los derechos fundamentales que distingue entre libertades, derechos sociales e igualdades. Al respecto ver, MOLINA, Hernán, *Derecho Constitucional*, Santiago, sexta edición, Editorial Lexis Nexis, 2006.

<sup>27</sup> BOROWSKI, Op. Cit., p. 117.

<sup>28</sup> Sobre la distinción de Jellinek, ver ALEXY, Op. Cit., en nota 10, p. 247-266.

caracterizada por el hecho de que su cumplimiento exige una acción estatal, porque respecto a ellos no se realiza un juicio comparativo para establecer su vulneración, categoría que dice relación más bien con cuál es la actitud que debe desarrollar el juez frente a un caso concreto.

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. La igualdad, entonces, no puede ser entendida sino como uno de ellos. Y, concretamente, como se pretende demostrar, como un derecho de defensa.

3.2. *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 puede apreciar, ALEXY funda en la teoría de los principios, y en el correlato de la necesidad de ponderación la conclusión de 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. En efecto, una tesis como ésta, así como a cualquier otra que pretenda sugerir la interpretación amplia del derecho fundamental a la igualdad, debe enfrentarse a lo menos a las siguientes objeciones y problemas:

i) *La objeción democrática.* En primer 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 ésta 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 democrático. Este conflicto que se suscita entre liberalismo y democracia si bien se aprecia en cada caso de aplicación judicial de derechos fundamentales, quizás puede apreciarse con mayor notoriedad en los casos en los que se exige mayores y mejores niveles de igualdad material. En efecto, dado que esta última 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 oprimida<sup>29</sup>. Sin embargo, a esta conclusión no se arriba de manera fácil, menos 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 político<sup>30</sup>.

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 política. 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 de normas<sup>31</sup>.

No obstante, cuando de lo que se trata es de la exigibilidad directa de los derechos sociales (y lo cierto es que la igualdad material es el más genérico de ellos), 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 chileno, es decir en aquella acción, que en los términos del artículo 20 CPR, puede ser interpuesta por todo aquel que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de algunos de los derechos establecidos en el artículo 19 CPR, 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 la 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, bastándole escoger tan solo una de ellas para satisfacer la pretensión del actor.

<sup>29</sup> Respecto a esta idea ver FISS, Owen, "El inmigrante como paria", en *Una comunidad de iguales*, 1ª edición, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2002, pp. 23-29, y el prefacio que los editores Joshua Cohen y Joel Rogers hacen al mismo libro. Un punto de vista similar al de Fiss, según Mouffe, 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". MOUFFE, Chantal, *La paradoja democrática*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003, p. 128.

<sup>30</sup> BÖHMER, Martín, "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*, SELA 2000, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, 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 contraponen con la tradición burkeana del respeto por el pasado".

<sup>31</sup> En este sentido, ALEXY 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". ALEXY, Op. Cit., en nota 10, p. 454.

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. En este sentido, HESSE ha señalado 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”<sup>32</sup>.

Esta conclusión a la que llega HESSE, sólo le quita a la igualdad material su carácter de derecho subjetivo. Sin embargo, 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.

ii) *La inseguridad del reconocimiento.* En segundo lugar, cuando ALEXY sugiere una interpretación amplia 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”<sup>33</sup>, en tanto existe una pluralidad de teorías sobre distribución, ello no permite concluir la inexigibilidad directa de los derechos sociales. Otros autores, con razón, consideran que este problema implica un argumento definitivo para negar a la igualdad material su estatus de derecho fundamental exigible directamente ante los tribunales.

En este sentido, ROSENKRANTZ, en su intento de des-constitucionalizar los derechos sociales, ha señalado, citando a ACKERMAN, 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”<sup>34</sup>. Por ejemplo, si se piensa 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 privados<sup>35</sup>, surgen inmediatamente varias interrogantes: ¿un sistema como ese es unánimemente compartido por los ciudadanos?, ¿qué dirían los ricos de él?, ¿no es acaso contraria a la libertad de elección que debiera ser asegurada a cada ciudadano?, ¿es el sistema

<sup>32</sup> HESSE, Conrado, “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2001, p. 97.

<sup>33</sup> ALEXY, Op. Cit., p. 410.

<sup>34</sup> ROSENKRANTZ, Carlos, “La pobreza, la ley y la Constitución”, en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, (SELA 2000), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 247.

<sup>35</sup> ATRIA, Fernando, “El derecho y la contingencia de lo político”, en *Revista Derecho y Humanidades*, Santiago, N° 11, 2005, p. 29.

que mejor protege las necesidades de los más desaventajados? Todas estas preguntas son, sin duda, difíciles de responder. Pero más complejo aún es sostener que sean los tribunales, y no el legislador democrático – y su respectivo aparato administrativo –, los que puedan encontrar las respuestas más adecuadas en torno a cómo debe hacerse la ingeniería social a gran escala.

iii) *La escasez de recursos y la frustración de expectativas.* 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 resultan exigibles en la práctica, dada la inequívoca dependencia de la situación socioeconómica de un Estado. Esta dependencia de los recursos públicos implica que, en buena parte de los casos, el Estado simplemente no podrá garantizar las prestaciones que se le exigen, por más que los tribunales lo soliciten una y otra vez. Si realmente se cree existe una acción constitucional para exigirle directamente al Estado que asegure a los grupos más pobres una vivienda digna, un sistema de salud público gratuito con iguales estándares de eficiencia que el sistema privado, o un sistema de educación escolar pública que asegure a los estudiantes un acceso a la universidad en porcentajes similares a los de colegios particulares, lo cierto es que sólo se peca de ingenuidad. Si realmente se cree que derechos como esos existen, la práctica política defraudará dicha creencia.

Es por esto que no resulta extraño que la gran mayoría de quienes tratan de fundamentar la exigibilidad de los derechos sociales y la existencia de un derecho a la igualdad material, terminen concediendo, tal como ALEXY, que la máxima de la igualdad de hecho puede fundamentar, a lo más, derechos concretos definitivos en casos referidos al *mínimo vital*, una idea bastante menos robusta que la que se encuentra tras los derechos sociales y la idea de igualdad material, pues mediante ellos, se ambiciona, sin duda, mucho más que la consagración de un mínimo.

Otros, como ABRAMOVICH y COURTIS, valiéndose implícitamente de la tradicional distinción de la doctrina constitucional alemana, entre derechos sociales originarios y derechos sociales derivados<sup>36</sup>, señalan que los derechos sociales se pueden exigir judicialmente en caso de violación del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho. Es así como señalan que cuando el Estado discrimina en el aseguramiento de las prestaciones que ya se hayan dispuesto por parte del sistema jurídico, se “abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos”<sup>37</sup>. Frente a este tipo de discriminaciones, según ellos, es indudable que “resultan perfectamente viables muchas de las acciones judiciales tradicionales”<sup>38</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que si varias acciones judiciales son perfectamente viables, es precisamente debido a que lo que se está violando es inequívocamente un derecho de defensa, esto es, el derecho a la igualdad en sentido formal. En efecto, cuando lo que se exige es que mis prestaciones sean satisfechas al igual que las del resto de los ciudadanos, lo que se está exigiendo es que, en último término, no se me discrimine. Ciertamente es que con ello, de manera indirecta se asegura el otorgamiento de un determinado nivel de prestaciones por parte del Estado, pero el derecho cuya exigibilidad está en juego no es más que la igualdad formal. Así, por esta vía mal se puede fundamentar la exigibilidad

<sup>36</sup> De modo ejemplar, ver HESSE, Op. Cit., y BOROWSKI, Op. Cit. Ésta, ha entendido a los primeros como aquellos derechos a prestaciones cuando aún no se encuentran creadas las condiciones para satisfacerlos. Los segundos, en tanto, son caracterizados como 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 ha sido entendido como un derecho a obtener las mismas prestaciones que se les otorgan a los demás. En palabras de BOROWSKI, Op. Cit., p. 118-119, “la razón decisiva que subyace a estos derechos estriba en el argumento de otorgar un trato igual [y por ello puede decirse] que los derechos fundamentales de prestación de carácter derivados representan derechos de igualdad en el ámbito prestacional”.

<sup>37</sup> Ibid., p. 42.

<sup>38</sup> Idem.

directa de los derechos sociales, pues ellos aparecen sólo de manera mediata en un segundo orden de consideración.

En suma, una vez vistas las dos estrategias alternativas de exigibilidad directa de los derechos sociales, puede concluirse que quienes las sostienen terminan reconduciendo el problema a algo bien distinto de lo que en principio pretendían consagrar. En efecto, ninguna de las dos estrategias logra fundamentar la exigibilidad de los derechos sociales en un *sentido fuerte* del término. Por el contrario, sólo logran fundamentar – no siempre con éxito – la exigibilidad de algún *sentido débil* de los derechos sociales, con lo cual éstos pierden su dimensión más importante: que se aseguren prestaciones que mejoren sustantivamente el nivel de vida de todos los ciudadanos por igual.

#### 4. *La igualdad políticamente en serio*

Como se puede apreciar, las objeciones frente a la exigibilidad de un derecho fundamental a la igualdad de hecho son de tal envergadura, que resulta mucho más sensato 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 en extremo individualista de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el reconocimiento de que en virtud del derecho fundamental a la igualdad no puede exigírsele al Estado el cumplimiento de las más variadas demandas sociales, no puede evaluarse sólo en términos de *ideología política*. Más relevante, si es que el objeto de referencia son los derechos, es la evaluación que se hace en términos dogmáticos y en base a *principios de justicia política*, como aquel que otorga una preferencia al legislador democrático para la realización de políticas públicas. Son argumentos como estos los que debiera llevar 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 juridificado<sup>39</sup>. 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 llevar a denostar al sistema jurídico, esa parece ser 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 mapuche”, 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 y, que atemorizado por el voto popular, se resiste a regular la comunidad de vida entre homosexuales. Ante estas situaciones, pedirle al sistema jurídico que subsidie al sistema político en estas deficiencias, es tratar de tapar el sol con un dedo.

Sin embargo, esto en caso alguno quiere decir que la igualdad de hecho no sea una cuestión constitucionalmente relevante. Al contrario, lo es a tal punto, que la propia Constitución establece un

---

<sup>39</sup> 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”. WEIL, Simone, (1950), “La Persona y lo Sagrado”, en: *Escritos de Londres y Últimas Cartas*, Madrid, Editorial Trotta, citado en ATRIA, Fernando, “La hora del derecho: Los derechos humanos entre la política y el derecho”, en *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 91, invierno, 2003, p. 78.

mandato de estado social al legislador en lo términos del artículo 1 inciso 4 CPR<sup>40</sup>. En virtud de dicho mandato, se le exige al legislador que implemente los programas necesarios para acabar con aquellas diferencias de hecho que nos resultan más indignantes.

Pero además, la Constitución establece una serie de derechos, como son los derechos económicos, sociales y culturales, que las más de las veces, se relacionan con formas específicas de igualdad material. Ciertamente es que no los hace exigibles. Pero si ello es así, es porque no puede hacerlo. No obstante, aún siguen siendo relevantes, porque le recuerdan al Estado que existen determinados programas con los que se debe cumplir y que es bueno que así sea.

En este sentido 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 como política<sup>41</sup>. Según esta, hay algunas igualdades que son judicialmente exigibles y otras que lo son sólo políticamente.

Esta distinción queda clara cuando a propósito del caso DeFunis<sup>42</sup>, 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?”<sup>43</sup>. Por una parte, se encuentra el *derecho a igual tratamiento*, que según sus palabras es “el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas”. Por otra parte, 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”<sup>44</sup>. 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”<sup>45</sup>. 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 a ésta que se tome en cuenta como un asunto problemático el sacrificio de ciertos derechos individuales<sup>46</sup>. 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 indivi-

<sup>40</sup> Esta disposición 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 realización material y espiritual posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que [la] Constitución establece”.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª edición, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1989 p. 332.

<sup>42</sup> DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974). 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”. *Ibid.*, p. 327.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 332.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 333.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 332.

<sup>46</sup> 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 las últimas décadas. 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.

dual que puede verse desfavorecido por ellas. Pero lo que en último término este derecho indica es que cuando la política así lo desea, puede legítimamente, bajo los respectivos arreglos institucionales y limitaciones que impone el sistema jurídico, preterir al individuo en aras de la comunidad.

Por lo tanto, si realmente se pretende tomar en serio los graves problemas de desigualdad que innegablemente existen, debe revertirse “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”<sup>47</sup>, 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. Eso es algo que la política no debe olvidar.

---

<sup>47</sup>

MOUFFE, Op. Cit., p. 127.