

TESINA DE PREGRADO DE LA CARRERA DE DERECHO:

“LOS DERECHOS SOCIALES Y LAS RELACIONES DE PODER”

Autor: Camilo Saldivia Hermosilla

Profesor guía: Jaime Bassa Mercado.

Diciembre de 2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
§ I. Derecho, Poder, Hegemonía y libertad	5
I. El derecho y el poder.....	5
I.2. Hegemonía y subalternidad.....	6
I.3. De la no interferencia, a la no dominación.....	7
I.4. La dominación intelectual.....	9
§ II. EL PODER EN EL CONSTITUYENTE	11
II.1. El poder constituyente.....	11
II.2. La realidad constituyente en la Constitución de 1980.....	12
II.3. Poder constituyente “aparente”	14
II.4. La clausura del debate.....	15
§ III. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA REALIDAD	17
III.1. La igualdad material.....	17
III.2. La idea de los derechos generacionales, una crítica necesaria.....	18
III.3. Una sola categoría.....	19
III.4. La cuestión sobre el contenido y exigibilidad de los llamados derechos sociales.....	20
III.5. La necesidad de un medio idóneo e igualitario en la protección de derechos.....	22
§ IV. SUBSIDIARIEDAD E INTERPRETACIÓN	25
IV.1. La subsidiariedad.....	25
IV.2. Subsidiariedad y derechos sociales.....	26
IV.3. La interpretación de reglas y principios.....	27
IV.4. La interpretación en nuestra Constitución.....	28
CONCLUSIONES	32
BIBLIOGRAFÍA	33

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar críticamente las fundamentaciones y materializaciones de los llamados derechos sociales. Para ello, se tomaron en consideración factores como el poder, la libertad y la forma en como ellas afectan en la realidad constituyente de nuestro país. Finalmente, se relacionan la idea de la igualdad material con la interpretación y principio de subsidiariedad del Estado.

Palabras clave: Poder – libertad- Derechos Sociales- Interpretación- Subsidiariedad.

Abstract: This research work has a purpose to analyze from a critical point of view the grounds of social rights and how they are given into effect. In order to so, it was considered several factors such as: power, freedom and the analysis of how these factors affect the reality of our country. Finally, it was related the concept of equality with the principle of subsidiarity of the State

Key words: Power – Freedom - Social rights - Interpretation – Subsidiarity.

INTRODUCCIÓN

Cada cierto tiempo se levantan grandes manifestaciones sociales reclamando una mejor calidad de vida. Las demandas tienen ciertos tópicos como las paupérrimas pensiones, las condiciones de atención de salud, la educación, vivienda, etc.

Esas demandas tienen que ver con aquello que en doctrina se denomina como derechos sociales, o de segunda generación. A menudo éstos son deslegitimados y tomados como meras expectativas dependientes del grado de desarrollo económico en cada sociedad. Para ciertos sectores de la doctrina y política, estos derechos y los movimientos que los demandan serían manipulaciones de algunos sectores de izquierda.

No obstante, sostendré que los derechos sociales son indefectibles para ejercer los derechos civiles y políticos, una persona que no tenga educación y buena salud, difícilmente podrá ejercer de una manera adecuada y crítica un derecho tan importante como lo es el votar por un o una candidata que lo represente.

Para ello, el primer capítulo hace una lectura de lo que han sido históricamente las relaciones de poder, y lo que ha surgido de ello. Además, se le da un desarrollo a la teoría de la libertad como no dominación, importante para otorgarle la relevancia que hasta el momento no han tenido los subalternos en la satisfacción de sus necesidades, entendiendo que quien no tiene lo indispensable para vivir, se encontrará en una situación de dominación por quien sí la tiene.

El segundo capítulo trata sobre el poder constituyente, y como no se han vislumbrado sus presupuestos en nuestra Constitución.

El tercer capítulo, aborda los derechos sociales, teniendo ya como base los dos primeros capítulos, para tener un entendimiento de cómo llegan los llamados derechos de segunda generación a ser desestimados o poco valorados, especialmente en nuestro texto constitucional. Haciendo un especial llamado a dejar atrás la idea de la división de categorías entre los derechos, y la indefectibilidad de otorgarles garantías igualitarias para su protección.

Por último, se desarrolla una crítica al estado subsidiario, y la repercusión que ello ha traído a la indefensión ciudadana en los derechos de prestación, teniendo como idea final, lo perjudicial que resulta sostener interpretaciones propias de reglas civiles a los derechos, y peor aún, defender las actas constitucionales como un medio para entender la Constitución que sienta las bases de la sociedad, especialmente por el carácter impositivo de la gestación de ella.

§ I. Derecho, Poder, Hegemonía y Libertad

I.1 El derecho y el poder.

Contra más complejas sean las actividades que realizan hombres y mujeres, mayor será la dificultad y esfuerzo que se deba emplear en ellas, el ordenamiento jurídico es una de ellas.

El proceso de creación de las reglas y principios que determinan nuestra convivencia, no es algo que podamos atribuir a la generación espontánea, y no requerimos ser Louis Pasteur para darnos cuenta de ello. Muy por el contrario, para estar donde estamos hoy, hubo quienes lucharon, debatieron, consensuaron, impusieron y plasmaron las ideas que según sus subjetividades, intereses o sensibilidades debían quedar grabadas.

Weber, entiende al poder como “la imposición de la propia voluntad sobre otro. La imposición puede ser por medio de la fuerza, pero también por otros medios tales como: la persuasión, la manipulación, las recompensas o los castigos. Se trata de un poder de hecho o de capacidad de hacer triunfar la voluntad sobre otros, aunque estos se resistan (Martínez, 2010: p.414).

Por su parte, Foucault afirmó que “el poder se traduce en relaciones intersubjetivas, el poder es entendido como una malla, una retícula que recorre todos los poros de la sociedad. El poder se ejerce a partir de innumerables puntos y en el juego de relaciones móviles y no igualitarias” (Dávila, 2015: p 111).

Así las cosas, las relaciones que se dan en sociedad están lejos de estar pertenecer al azar. En efecto, a lo largo de la historia, la libertad y la dominación han estado en constante pugna, aquel que gobernó, también enfrentó críticas que buscaron la no dominación de los gobernados. Lo anterior no es algo que podamos pasar por alto, pues la promesa de que al derrocar el antiguo régimen todos estaríamos en un pie de libertad igualdad y fraternidad, nunca se cumplió. Los grupos dominantes se sustituyeron por otros que pretendieron hablar en términos de no dominación.

Por ello, hay que tener en vista dos conceptos que resultan esenciales, el poder y la dominación, ello porque analizado el poder en abstracto, puede llevar a no dimensionar las consecuencias que trae consigo la aplicación del poder como generador de dominación.

Aquí resulta esencial el introducir el concepto de hegemonía, en tanto, “puede dar cuenta a la vez del carácter de organización y de dirección del poder del Estado y del carácter de coerción del poder institucionalizado” (Poulantzas 1969: p 78-79)

I.2. Hegemonía y subalternidad.

Los Cuadernos de la Cárcel, tanto por el contexto de encierro en que fueron escritos, como por la carga ideológica crítica que trajeron a colación, han sido textos de los cuales se puede encontrar una infinidad de trabajos, “en particular, la primera aparición del término hegemonía se encuentra en el 44, titulado, *Dirección política de clase antes y después de la llegada al gobierno*: en larga nota encontramos la peculiar expresión *hegemonía política*, introducida significativamente por Gramsci entre comillas, para indicar la particular carga semántica que pretende desde aquí atribuirle”(Cospito, 2016:p. 97)

Para entender a lo que Gramsci apuntaba, y el cuestionamiento al significado del concepto propiamente tal, habría que advertir que en cuanto al concepto de hegemonía ”ya desde un principio Gramsci parece oscilar entre un sentido más restringido de dirección, que alguien ha querido aproximar al weberiano de poder legítimo, contrapuesto a (antes todavía que)dominio, y uno más amplio comprensivo de ambo (dirección + dominio) , el concepto de hegemonía no está más vinculado al problema de la conquista del poder por parte del proletariado, sino que se refiere a la conquista y al ejercicio del poder por parte de cualquier clase o grupo social:

El criterio histórico-político en que debe basarse la investigación es este: que una clase es dominante de dos maneras, esto es, en dirigente y dominante. Es dirigente de las clases aliadas, es dominante de las clases adversarias. Por ello una clase ya antes de subir al poder puede ser dirigente, y debe serlo: cuando está en el poder se vuelve dominante pero sigue siendo también dirigente... Puede y debe existir una hegemonía

política, incluso antes de llegar al gobierno y no hay que contar sólo con el poder y la fuerza material que éste da para ejercer la dirección o hegemonía política.”(Ídem 98-99)

De las relaciones hegemónicas, surgen los llamados subalternos, “la primera vez que el adjetivo subalterno aparece en los Cuadernos fue bajo su acepción de uso común, en relación con la estructura jerárquica del ejército, referido a los oficiales subalternos. Posteriormente, en el tercer cuaderno, escrito en 1930, el concepto se desplaza hacia el terreno de las relaciones sociales y políticas, cuando Gramsci coloca a la subalternidad como la característica fundamental de las clases dominadas, titulando la nota, Historia de la clase dominante e historia de las clases subalternas, título programático que inaugura una línea de reflexión en los Cuadernos”(Modonesi, 2012:p. 4)

Así las cosas, de la dominación del grupo hegemónico, Gramsci dice que surgen bajo ellos, los llamados, subalternos, que son presionados en términos de dominación.

I.3. De la no interferencia, a la no dominación

La noción de libertad que más se promulga por los grupos hegemónicos, aquellos que tienen los recursos para acceder y materializar sus deseos y necesidades, es la que proviene de Isaiah Berlín, y su no interferencia. Libertad en un paradigma negativo, “si pensamos la libertad negativa de los liberales -o libertad de los modernos como la llamaba Constant- desde el punto de vista de la obediencia, entendida ésta como el voluntario acceder a ser obligado por algo o alguien, entonces podemos preguntarnos: ¿a quién (o a qué) están dispuestos a obedecer los liberales defensores de la negatividad de la libertad y por qué? La respuesta es simple: están dispuestos a someterse a las leyes, es decir, son capaces de aceptar voluntariamente ser coaccionados por la legislación si y sólo si la misma entraña una defensa de los derechos y de la libertad individuales (es decir, si la misma es garantía de seguridad y protección)” (Vega, p.2)

La libertad negativa es insuficiente cuando miramos las desigualdades sociales, “ para todo aquel que vea en la realización humana un valor en sí mismo, la libertad negativa parece, evidentemente, como un ideal nada atractivo.” (Muñoz, 2015 : p 107)

La noción negativa de la libertad, individualista, y violenta, ha sido criticada y revisada

por Philip Pettit, quien propone una libertad como “*no dominación*”, basada en relaciones contemporáneas que darían cuenta de relaciones dominantes, “a falta de una cultura de los derechos de los niños y de salvaguardias apropiadas para defenderles de abusos; los padres, o individual o conjuntamente, disfrutarán de un poder subyugador sobre sus hijos. A falta de una cultura de derechos igualitarios que venga en apoyo de las mujeres maltratadas, los maridos disfrutarán de ese poder sobre sus mujeres. A falta de oportunidades de empleo y de los controles apropiados-de los controles, digamos que un sindicato alerta pueda garantizar-, los patronos y los ejecutivos disfrutarán de poder subyugador sobre sus trabajadores. A falta de poderes que hagan de contrapeso, los acreedores a menudo disfrutarán de poder dominador sobre sus deudores. A falta de posibilidades de apelación o revisión, los burócratas y la policía disfrutarán ciertamente de poder sobre el público ciudadano. Y a falta de foros y procedimientos para abordar las quejas de las minorías, un gobierno mayoritario muy bien puede dominar a los miembros de los grupos marginados.” (Pettit, 1997:p89)

Una noción de libertad como no dominación, es la que necesitamos para que no se den absurdos en la configuración de los derechos fundamentales, como el argumento en contra de la reforma educacional y su sistema de tómbola para la determinación del establecimiento para los estudiantes. El argumento es algo así como, “este sistema no deja que los padres elijan el proyecto educativo de sus hijos”, lo que es completamente irrisorio si consideramos que el verdadero problema para la elección de los establecimientos educacionales era el dinero que podían pagar los padres o el grupo familiar, teniendo que optar según sus propias realidades a escuelas y liceos públicos, subvencionados o particulares, en función del poder adquisitivo, eso sí que es una imposibilidad de elección, y un intento de dominación y exclusión de aquellos que nacieron con menos recursos familiares.

También es importante, el ver como penetra la política en sectores que comúnmente son maltratados, “la política irrumpe en los bordes de las facciones instituidas, gracias a modos colectivos de subjetivación que pueden gatillar no sólo los trabajadores sino también las mujeres, los estudiantes, los pensionados, los “precarios”, en suma, todas aquellas personas que han sido perjudicadas en el reparto desigual de las partes y que despliegan procesos de sujeción que apuntan a cambiar las formas en que estaban siendo gobernadas.”(Tello, 2016:p.21)

Una política inclusiva es una puerta hacia la inclusión, hacia la no dominación, en

definitiva: hacia la libertad.

I.4. La dominación intelectual.

Desde los tiempos de la ilustración, la ciencia se utilizó un método de producción y acumulación del conocimiento de la mano del poder hegemónico, “en lugar del animismo la ciencia emerge como la única fuente legítima de verdad y conocimiento. Con la emergencia de la ciencia, las nociones de cantidad, utilidad, equivalencia, reducción y universalidad desplazan las nociones de cualidad, identidad, diferencia, sentido y especificidad como principios sociales y epistemológicos directrices. En este proceso conocimiento y poder se convierten en sinónimos.(...) A diferencia del mito que pone al hombre bajo la sujeción de la naturaleza, la ilustración pone la naturaleza bajo la sujeción del hombre . En consecuencia la naturaleza se convierte en un objeto para ser manipulado, subyugado y representado.”(Galindo, 2004: p.54)

El sentido individualista de la sociedad puede ser rastreada incluso hasta la ilustración, donde quien se apoderó de algún recurso de la naturaleza, y luego impulsó para sí ciertos conocimientos técnicos, y pudo también comenzar a detentar un saber, que luego se traduciría en esquemas tipo en cada comunidad.

Existe, según Gramsci, una relación estrecha entre intelectuales y poder, en que “nota cómo en América, los intelectuales se distancian de la clase dominante para unirse a ella más íntimamente, para ser una verdadera superestructura, y no sólo un elemento inorgánico e indistinto de la estructura-corporación.” (Cospito, 2016: p.101)

El conocimiento es una fuente y objetivo del poder, quien controla el saber puede imponer sus ideas, y penetrar pasivamente en la sociedad.

Tal como expone Sousa, “el imperialismo cultural y el epistemicidio son parte de la trayectoria histórica de la modernidad cultural occidental. Tras siglos de cambios culturales desiguales, ¿es justo que se trate como iguales a las culturas? ¿Es necesario hacer que algunas de las aspiraciones de la cultura occidental se hagan impronunciables, para dar paso a la pronunciabilidad de otras aspiraciones de otras culturas? Paradójicamente-y contrariamente al discurso hegemónico- es precisamente en el terreno de los derechos humanos donde la cultura

occidental debe aprender con el Sur, si la falsa universalidad atribuida a los derechos humanos en el contexto imperial se ha de transformar en la nueva universalidad cosmopolita dentro del dialogo intercultural. El carácter emancipatorio de la hermenéutica ditópica no está garantizado a priori; y de hecho, el multiculturalismo puede convertirse en el nuevo rótulo de una política revolucionaria.”(Sousa, 2013: p. 84-85)

Así las cosas, existen ciertas categorías que parecen intocables, que han sido exportadas e impuestas en distintos procesos a nivel mundial, que muchas veces no parecen estar acorde a las realidades de cada región, de cada país, o cultura.

Por ello, y en el tema contingente por lo que estoy escribiendo, se hace necesario simplificar y asegurar el conocimiento de ciertas materias que son relevantes, como la concepción de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales sociales, tienen que ver con la sociedad, no cualquier sociedad va a tener los mismos derechos sociales, por lo menos como prioritarios de asegurar.

Propongo entonces que entendamos a los derechos sociales, *como aquellos que todos necesitamos, pero no la totalidad podemos tener en una determinada sociedad y cultura*. Con esta idea, podemos penetrar en los sectores más precarios, empoderar y hacer de una futura constitución, un espacio de representación de la sociedad y hacia donde queremos caminar conjuntamente, pero sin caer en universalismos que no siempre son positivos para la realidad de cada cultura.

Pero no son solamente los derechos sociales los que se ven afectados por la incidencia hegemónica en la materialización del poder a través de las vías institucionales, “los contenidos de la constitución social se superponen en varios puntos. Las reglas electorales, por ejemplo, inciden en la capacidad de los distintos grupos sociales de llegar a los espacios formales de poder político; así ocurre con las normas del artículo 23 y 57 N°7, que impiden a dirigentes sociales el desempeñar la función parlamentaria. Más importantes en la realidad del conflicto social y de la competencia, en todo caso, son las reglas sobre financiamiento de partidos políticos y de campañas electorales.” (Muñoz, 2015: p.44)

En efecto, los derechos civiles y políticos también se ven determinados en función de proteger ciertos intereses, relegando la imparcialidad e igualdad de ejercicio de derechos, por la desigualdad y parcialidad, que impide la obtención de poder a aquellos a los que no fueron dotados de la materialidad y oportunidades suficientes. No habrá muchos dispuestos a

financiar campañas políticas de aquellos que no responderán de sus inclinaciones.

§ II. EL PODER CONSTITUYENTE.

II.1. El poder constituyente.

Múltiples aspectos se deben tener en cuenta para desarrollar un proceso constituyente, “alguno de ellos son el definir quienes deben intervenir en la elaboración, los que deberán enfrentarse necesariamente con cuestiones o problemas de contenido preferentemente político y con cuestiones o problemas preferentemente técnicos propios de la ciencia jurídica. Siempre o casi siempre cada problema presentará este doble contenido, pero mientras respecto de unos predominará el aspecto político, en otros predominará el aspecto simplemente jurídico”.(Schiessler, 1978: p.9)

Carl Schmitt por su parte, nos dice que, “el contrato social está ya supuesto en la doctrina del Poder Constituyente del pueblo, pues que su construcción se tiene por necesaria. El contrato social no es idéntico en ningún caso a la Constitución en sentido positivo, es decir, a las decisiones políticas concretas sobre modo y forma de existencia de la unidad política que adopta el sujeto del Poder Constituyente, y mucho menos todavía a las regulaciones legales constitucionales emanadas sobre la base y en ejecución de aquellas decisiones. (Schmitt, 1982:p.81)

En una aproximación sencilla al concepto de poder constituyente, “es el poder para establecer o modificar una Constitución. El poder constituyente puede ser originario y derivado.”(Nogueira, 1999: p.116-117). Además, estamos “admitiendo como único supuesto legitimador del estado el principio democrático de la soberanía popular, y, por otro lado se considera que la única forma viable de organizar la comunidad política es a través de los esquemas de la democracia representativa, se establecen las bases sobre las que inexorablemente ha de surgir la noción de poder constituyente(...) En estas circunstancias la necesidad de hacer valer, conforme al principio democrático, la suprema autoridad del pueblo

frente a la autoridad del gobernante, no ofrece otra posibilidad ni otra alternativa que la de establecer, por el propio pueblo, una ley superior (la Constitución), que obligue por igual a gobernantes y gobernados. En contraposición a los poderes constituidos, ordenados y limitados en la Constitución, aparece de este modo, como poder previo, ilimitado y total el poder constituyente” (De Vega, 2011: p. 24-25)

El profesor Humberto Nogueira, para señalar al origen del concepto de poder constituyente, señala que “podría señalarse a Rousseau como padre del concepto, no obstante, la doctrina del poder constituyente fue desarrollada por Emmanuel Sieyes, en su obra ¿qué es el Estado Llano, explicando su teoría de la representación y la soberanía nacional, de este modo, Sieyes, mediante el concepto y la institución del poder constituyente, creó un instrumento para generar una Constitución, originando a partir de ella, una vinculación de la autoridad a la ley Fundamental que emanaba de la nación soberana. Así, gobernantes y gobernados quedaban subordinados a la Constitución” (Nogueira, 2009)

En otras palabras, el poder constituyente, vendría siendo aquel absoluto e ilimitado, que dota de sustento a los otros tres poderes y en consecuencia, permiten sostener el Estado, con la base de que son los mismos titulares del Poder Constituyente los que se otorgaron una determinada organización.

A mayor abundamiento, “como lo concibió en un principio la corriente revolucionaria francesa, se trata de un poder original que no se apoya en ningún poder anterior; es un poder incondicionado, exterior y anterior al Derecho. Y por último, su fundamento no está en ninguna legalidad, sino en la legitimidad democrática. Ahora bien, en la teoría constitucional contemporánea, debemos distinguir claramente entre poder constituyente y poder de revisión constitucional. En oposición al poder constituyente, debemos hablar explícitamente de poder de revisión constitucional como poder no original, sino derivado, que procede directamente de la constitución. (Aguilera, 2011: p.3-4)

II.2. La realidad constituyente de la constitución de 1980

En nuestro caso, contamos con una Constitución, que de legitimidad tiene poco o nada, “la designación de la Comisión Ortúzar y que acabó con la discutida promulgación de la Carta

en 1980, dista mucho de ser un proceso constituyente propiamente tal. Una serie de factores, tanto materiales como formales, desacreditan completamente el trabajo de esta Comisión, cuyo carácter no democrático impide identificarlo como poder constituyente. (...) La completa ausencia de los mínimos elementos democráticos del poder constituyente es una de las principales características de este proceso. Una comisión impuesta y sostenida a la fuerza, sin legitimidad política alguna y, ciertamente no representativa de la comunidad. La ratificación del trabajo de la Comisión, y la posterior revisión de la junta Militar, procedió con múltiples irregularidades, dentro de ellas se realizó el plebiscito sin registros electorales, y sin un recuento electoral independiente, a cargo de los alcaldes designados también por la Junta Militar.” (Bassa, 2008:p.36-37)

No es menor la identificación del poder constituyente con el proceso llevado a cabo por la Junta Militar, puesto que a todas luces carece de la legitimidad necesaria para su concurrencia, “Ciertamente es que la junta generó un ordenamiento jurídico, más o menos estable, que rigió el país entre 1973 y 1990. Sin embargo, en ningún caso, como se dijo, dicho orden obedece a la manifestación del poder constituyente, esencialmente porque siempre careció de la legitimidad democrática que requiere una Constitución en tanto decisión política de la comunidad, quien determina el ordenamiento que le rige” (Ídem, p.43)

En efecto, la Junta necesitaba legitimarse, y el propio Jaime Guzmán reconoció en el poder constituyente la facultad de dictar o modificar una Constitución o el ordenamiento constitucional, distinguiendo también:

- a) Poder constituyente originario: Aquel que tiene la facultad para dictar, por vez primera, una Constitución o un ordenamiento jurídico constitucional.
- b) Poder constituyente derivativo: Facultad para modificar la Constitución en el transcurso del tiempo, en la misma forma que la Constitución prevé. (Rojas, 1996:p.159-160)

El poder constituyente originario, “puede entonces dictar una primera Constitución que sirva de fundamento al ordenamiento jurídico de un Estado, Hans Kelsen afirma la existencia de una estructura jerárquica positiva ascendente desde una resolución judicial o un acto administrativo a la Constitución” (Cfr. García2001p. 75-78). Así podemos encontrar una primera Constitución histórica, inicial, sobre cuya base las constituciones subsecuentes fueron

establecidas, siendo la razón de validez de la primera constitución histórica, la norma hipotética fundamental.

La primera Constitución “es una norma o conjunto de normas positivas, mientras que la norma básica es supuesto, es decir no positivo. Por otra parte, la norma básica es fundante respecto de la primera Constitución, mientras que ésta es fundada respecto de aquélla. Para enfatizar esta diferencia, Kelsen se refiere a veces a la primera Constitución Histórica como “Constitución en sentido jurídico positivo” y a la norma fundamental como Constitución lógico- Jurídico. En atención al carácter no positivo de la norma básica. Kelsen ha dicho que se trata de una “hipótesis” mientras que la Constitución en sentido lógico-jurídico, se trataría de un presupuesto lógico-trascendental con alcances cognoscitivos.” (Squella, 2011:p.462)

En nuestra Constitución, el poder constituyente se vio limitado por una auto asignación del poder constituyente, transgrediendo aspectos fundamentales, y en ese sentido el propio Jaime Guzmán había afirmado que: “La mayor parte del pueblo no está en condiciones de analizar, entender y evaluar un proyecto de Constitución Política del Estado” (Cristi, 2012:p.161). Guzmán utiliza la noción de Poder constituyente para legitimar, construir e imponer un nuevo orden.

La importancia de una Carta Fundamental, y una génesis democrática de la misma, es que hasta el día de hoy, “a pesar de las reformas que se han realizado en treinta años de vigencia de la Constitución, la Carta Fundamental aún no es manifestación de la natural diversidad social. Y en ello, la importancia capital le cabe a su origen no democrático y la presencia de una rigidez normativa que hace difícil la reforma de la Constitución” (Viera, 2013: p.353)

II.3. Poder Constituyente “aparente”

El poder constituyente con el que se originó la actual Constitución de 1980, no fue un poder absoluto, en efecto, el momento en que se utilizó, las personas que se lo adjudicaron, la forma en que se intentó democratizar, y el intento de legitimarlo mediante un plebiscito que no cumplió con las garantías de objetividad, secreto y actas destruidas (entre otras cosas). Me permiten llegar a la conclusión de que no estamos en frente a un verdadero poder

constituyente, a lo más podremos estar ante un “*poder constituyente aparente*”, tal como ocurre con la institución de la cosa juzgada en el ámbito procesal, cuando han faltado presupuestos de existencia de ella, “La cosa juzgada aparente se produce cuando la relación procesal no ha existido por falta de algunos de los requisitos de existencia. En tal hipótesis estamos frente a una sentencia que debe ser privada de toda eficacia” (Romero, 2002:p.36)

Esto porque la Junta militar limitó y ejerció tan arbitrariamente el poder constituyente que terminó por afectar tanto su titularidad, como los presupuestos básicos de su ejercicio como son el principio legitimador democrático de soberanía popular y la concepción de poder superior ilimitado y absoluto.

II.4 La clausura del debate

La imposición violenta de nuestro orden constitucional, y sus defensores, tiene que ver con quienes se niegan a aceptar los conflictos que se originan en las relaciones entre personas y grupos, hay quienes incluso se han atrevido a plantear que el mundo ya ha alcanzado un cierto orden productivo económico y social, y que la historia sería reflejo de ello, es el caso de “Fukuyama, que cree que la historia sigue una carretera donde no es posible el cambio de sentido, si bien la trayectoria seguida no es recta, ya que el camino tiene curvas, vaivenes y algún bache que otro. Las irregularidades de la carretera son los acontecimientos horrendos ocurridos en la evolución de la humanidad (el holocausto o las guerras fratricidas) , pero en ningún momento esos incidentes, por sangrientos que sean, anulan la evolución de la sociedad universal. La historia tiene dirección porque la evolución de la sociedad está en gran parte condicionada por la ciencia moderna y el conocimiento científico” (Hueso, p. 200)

Aceptar y defender una idea así, es completamente perjudicial para aquellos a los que el sistema económico-político no representa, o deja en una posición de subalternidad, el debate tiene que estar siempre presente, tanto para nuestras decisiones personales, como a las colectivas, y mientras vamos decidiendo y conformando el espacio en el que queremos vivir, habrán conflictos, los que son y serán completamente normales.

Por ello, los conflictos deben ser tratados como un fenómeno propio y necesario en una comunidad, y no como algo ajeno a ella. Tal como ha dicho Chantal Mouffe, “tras haber

creído en el triunfo definitivo del modelo liberal-democrático, encarnación del derecho y de la razón universal, los demócratas occidentales han quedado completamente desorientados ante la multiplicación de los conflictos étnicos, religiosos e identitarios que, de acuerdo con sus teorías, habrían debido quedar sepultados en un pasado ya superado. Hay quienes, ante el surgimiento de esos nuevos antagonismos, evocan los efectos perversos del totalitarismo, y quienes ven en cambio un supuesto retorno de lo arcaico. En realidad, muchos pensadores políticos habían creído que con la crisis del marxismo y el abandono del paradigma de la lucha de clases podrían prescindir del antagonismo.” (Mouffe, 1999p.7)

Así, algunos entienden que tratan de objetivar y negar que los conflictos sociales sean en gran parte producto de la desigualdad, “en el discurso articulado por militares y abogados en esta materia, el conflicto social no es un resultado de disfuncionalidades sociales tales como la existencia de una desigual distribución del bienestar, o de defectos en la capacidad del proceso político de satisfacer las necesidades de algún grupo social concreto; toda movilización subalterna que cuestione la hegemonía existente es procesada como un producto de la demagogia, de la intervención malintencionada de agitadores sociales. En consecuencia, el conflicto social no es percibido como un llamado a que el Estado modifique estructuras sociales opresivas, sino como un desafío a la autoridad que debe ser aplastado.”(Muñoz, 2015: p.100)

Tales ideas, perpetúan un orden y distribución, relegan a personas a terrenos y tareas inferiores, y hacen vista gorda de los llamados sociales. A menudo se suelen ocupar las palabras “populistas”, y “demagogia” para ocultar legítimas peticiones de los grupos subalternos, salud, educación, vivienda, pero también derechos a vivir de una manera particular, la negativa a la posibilidad de casarse con una pareja del mismo sexo es un ejemplo de esto.

§ III. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA REALIDAD.

III.1 La igualdad material

“Respecto a la igualdad, no hay que entender por esta palabra que el nivel de poder y de riqueza sea absolutamente el mismo, sino que, en cuanto al poder, éste quede por encima de toda violencia y nunca se ejerza sino en virtud del rango y de las leyes, y en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano sea suficientemente opulento como para ser obligado a venderse;”

(Rousseau, 1762: p. 51)

Hoy en día, parece haber un consenso relacionado a la esfera de la igualdad formal, especialmente en aquellos derechos que en principio suponen dos características especialmente relevantes para aquellos partidarios de la economía social de mercado, hablamos de derechos que implican una abstención del Estado, donde la esfera individual juega tal papel, que no sería ni legítimo, ni eficiente que el Leviatán metiera sus garras.

Al igual que Rodrigo Bustos, “creemos que en un Estado constitucional de Derecho en el que se busca proteger los valores de igual dignidad y autonomía personal, los derechos sociales deben tener en las constituciones el mismo status jurídico que los clásicos derechos civiles.”(Bustos, 2012: p. 50) Un primer acercamiento de esto, lo encontramos precisamente en el catálogo de derechos fundamentales del artículo 19 de nuestra Constitución, en que en cuanto a su reforma, no se hace distinción entre derechos políticos y sociales, positivos y negativos, primera y segunda generación, etc. Muy por el contrario, todos ellos requieren un quórum de 2/3 partes de diputados y senadores en ejercicio para su revisión. Y digo revisión, y no reforma, porque lo que debemos entender es que tenemos el legítimo derecho de volver a ver en el sentido de aceptar los nuevos paradigmas, más que reformar conservando lo que está, y manteniendo ciertos status quo.

El conflicto es positivo, porque dará luces de la sociedad imperante y de si está en sintonía con la sociedad representada. El conflicto es parte de la dialéctica y de un grupo de

personas con intereses diversos.

III.2 La idea de los derechos generacionales, una crítica necesaria.

Comúnmente se nos dice que los derechos sociales, aquellos que necesitamos, pero no todos tenemos materialmente, se generan con posterioridad a los derechos civiles y políticos. Esto está bien si lo miramos desde una perspectiva cronológica de consagración, pero, pasados casi un siglo desde la Constitución de Weimar por ejemplo, seguir sosteniendo esto para restarle valor a los derechos llamados de segunda generación, no es otra cosa que un intento de objetivar la idea de “la medida de lo posible en ellos”.

También, se debe tener en consideración que los derechos políticos universales, no siempre han sido para todos, “el relato generacional de los derechos suele ser un relato excluyente. La tesis de las generaciones parece sugerir que en cada generación de derechos, éstos-los civiles, políticos y sociales- se reconocieron, de manera generalizada, a todas las personas. Sin embargo, la historia de las políticas sociales modernas se ha caracterizado, entre otros aspectos, por su carácter limitado y excluyente tanto desde el punto de vista espacial como de los sujetos concernidos por ellos.”(Pisarello, 2007: p.30-31)

Para muestra, solo necesitamos un botón, el voto universal, no siempre incluyó en su “universo” a aquellos grupos no hegemónicos, en efecto, las mujeres, que siempre han tenido, un rol de subalternidad con respecto a los hombres, fue fruto de un reconocimiento posterior, al igual que lo que pasó antes entre los mismo hombres, cuando en nuestro país existía el voto censitario.

En segundo lugar, el otro problema que plantea la tesis generacional, es que “no permite apreciar el carácter con frecuencia simultáneo y complementario de las reivindicaciones de derechos civiles, políticos y sociales, ni las tensiones de fondo ebntre su expansión igualitaria y la ampliación excluyente de los derechos patrimoniales como derechos tendencialmente absolutos.

En tercer lugar, el relato plano de las generaciones tiende a borrar o a relegar a segundo nivel la multiplicidad de vías, escalas y sujetos ligados a la exigibilidad de los derechos

sociales. “(Ídem, p.35-36)

III.3.Una sola categoría

Descartada entonces la tesis lineal, generacional, cronológica, entre la fundamentación de los derechos, por ser insuficiente en el cumplimiento de los paradigmas actuales de exigibilidad social de bienestar y dignidad, sostendré que los derechos civiles políticos, no pueden ejercerse sin la indefectible ligadura a los llamados derechos sociales.

La propuesta es la siguiente: “la de tomar a esos derechos como necesarios para algo que va más allá de un grupo de derechos civiles y políticos, la democracia, la participación política en un sentido muy amplio. En esta línea de pensamiento, por ejemplo Sustain afirma que quienes no tienen acceso a un mínimo decente se ven privados de la participación política. Tal razonamiento serviría también para hacer surgir derechos sociales en constituciones que no los consagran.” (Etchichury, 2016:p.126)

Ahora bien, cuando hablamos de derechos, también se debe mirar como mínimo la garantía hacia ellos, que siempre representará una prestación por lo menos latente de auxilio de justiciabilidad o coerción estatal.

Hablo de un mínimo, porque habría que agregar un tercer elemento, el ejercicio de los derechos, aquello que va más allá de la titularidad formal, pero se presenta antes que la garantía institucional o formal de la que estén dotados determinados derechos, ello es el ejercicio de derechos.

En efecto, si bien podemos pensar en casos en que antes del ejercicio necesites invocar una garantía, tratándose de derechos sociales que indefectiblemente conlleven una prestación estatal, creo conveniente anteponer el ejercicio de los derechos.

Al tratar de ejercitar un derecho del que formalmente somos titulares, nos encontraremos con dos resultados posibles, puede que tengamos los recursos para ver realizado el ejercicio del derecho, o que en ese mismo sentido, la realización sea bajo el alero del Estado. Por otra parte, nos podemos encontrar en la situación de que seamos titulares de un derecho que ni nosotros ni el Estado sustenten.

Esto es el segundo punto que se debe combatir, la sociedad no debe pensar cuantos recursos tenemos para asegurar un derecho, esa es una labor que viene después. Lo primero que debemos hacer, y que la historia constitucional de nuestro país nos demuestra que nunca se ha podido llevar a cabo, es auto definir cuáles son nuestros valores que protegeremos, cuales son los derechos que tenemos como iguales, y luego de ese acuerdo, recién avanzar hacia las políticas que como deber, tendrán que llevar nuestros representantes para dotarnos de ellos.

De otra manera, ocurre que hay una discrepancia entre lo que podríamos pensar es la mínimo con lo que tengo que contar, y lo que alguien me dice que es lo que tengo, un claro ejemplo de esto, es lo que se origina al analizar el artículo 19 n°9 de la Constitución, puesto que si bien formalmente dice que tenemos el derecho a la protección de la salud, luego el artículo 20 determina que la acción de protección constitucional para retomar el imperio del derecho ,solo procederá para el inciso final del 19 n°9, al derecho de elegir el sistema de salud al que se desee acoger, sea estatal o privado.

Cabe entonces entender que para este caso, resulta determinante que quien no puede ejercer el derecho a la protección de la salud, no podrá garantizarlo. El que no elige el sistema (por tanto ejercita) no podrá por lo menos en una primitiva lectura ejercer el derecho a la protección de salud, y exigir por tanto la materialización de su derecho. El uso de la “elección” que se condice mejor con las relaciones de mercado que con los derechos fundamentales, no es coincidente con ellos.

III.4. La cuestión sobre el contenido y exigibilidad de los llamados derechos sociales.

Uno de los aspectos que se debe revisar en cuanto a los derechos sociales, es su identidad, pues a menudo son tratados ya no como una categoría autónoma, siendo relevados a la posición de una mera “expectativa”.

Tal como describe Ingo Wolfgang, la negativa del reconocimiento de derechos originarios a prestaciones estatales, acaba debilitándolos en comparación con otros derechos, como son los civiles y políticos. Y al emprender una tentativa de definición de los derechos sociales, se percibe que es preciso tener en cuenta las peculiaridades del derecho constitucional positivo, y que el calificativo social no está necesaria ni exclusivamente vinculado a una

actuación positiva del Estado en la promoción y garantía de protección y seguridad social, como instrumento de compensación de las desigualdades fácticas manifiestas y modo de asegurar un mínimo de condiciones para una vida digna, lo que a su vez nos remite al problema del contenido de los derechos sociales y de su propia fundamentabilidad. Esto se vuelve más complejo si afirmamos que los derechos sociales componen un elenco muy diferenciado y complejo, que, considerado a propósito de su reconocimiento por el derecho positivo. Dialoga tanto con la perspectiva internacional de los derechos humanos, como con el cuadro constitucional de los derechos fundamentales o, al menos, de los fines y tareas constitucionales en materia social, vinculado además a las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico. (Wolfgang, 2010, cfr. P35-50)

Esta indeterminación y volatilidad en la fundamentación y desarrollo de los derechos sociales, a menudo es utilizada como argumento para deslegitimar la lucha por causas sociales igualitaristas, por ello, hay que partir igualando la vara con las que tratamos a los derechos sociales y a los clásicos derechos civiles.

Aquello, planteando desde la “idea de que no son menos esenciales los intereses y necesidades resguardados por el derecho a la salud o el derecho a la educación respecto de aquellos protegidos por la mayoría de los derechos civiles. En este contexto, nos parece que no existen razones para no incluir los derechos sociales pues éstos son tan relevantes como los civiles y políticos para asegurar la igual dignidad a todas las personas.”(Bustos, 2012, p51)

Siguiendo a Gargarella,” la ausencia de políticas públicas destinadas a poner en práctica los derechos sociales dificulta el involucramiento político de las personas con más desventajas, y por tanto mina el valor del proceso democrático.”(Gargarella, 2006, p22) O incluso más allá.

Con todo, “en mi opinión, los dos son igualmente fundamentales, auténticos derechos humanos. La afirmación y defensa de los derechos sociales no supone la negación de las libertades sino su complemento y un requisito necesario para que ellas gocen de pleno sentido. Por eso, si me apuran, diré que me parecen lógicamente previos los derechos de igualdad a los de libertad, porque sólo cuando tenemos cubiertas esas necesidades estamos en condiciones auténticas de ejercitar nuestra libertad.” (Pérez, 2007: p. 20)

III.5 La necesidad de un medio idóneo e igualitario en la protección de derechos.

Nuestro constituyente, o mejor dicho, nuestro grupo constituyente, pretendió desde un primer momento cerrar el debate en torno a qué, el cómo y bajo qué garantías se debían establecer los derechos en nuestra Carta Fundamental, tornando así, a los llamados derechos económicos y sociales, en derechos de papel, sin una efectiva realización para quien no pudiera pagar categorías de derechos que pasaron a ser bienes de consumo. Es el caso de la acción de protección, en que el mismo Jaime Guzmán, como quedó constatado en las Actas Oficiales de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, sesión 407:

El señor GUZMÁN, propone ante la necesidad de explicar los motivos por los que el recurso de protección procede respecto de ciertos derechos, aprobar el siguiente fundamento: “Es evidente que el recurso de protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen, para su debida satisfacción, de la capacidad económica del Estado de la potencialidad cultural de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social, a vivir en un ambiente libre de contaminación y otros. Sólo puede establecerse un recurso judicial como el que analizamos respecto de aquellos derechos cuyo ejercicio sólo exige que él no sea perturbado por la conducta ilegítima de una autoridad o un particular, obstáculo que una vez removido por resolución judicial, bastaría para que el titular del derecho pueda disfrutar adecuadamente de él. De ahí la necesidad de enumerar taxativamente los derechos respecto de los cuales se establece el mencionado recurso”. (Actas oficiales, sesión 407)¹

Ésta es la idea que subyace en nuestra constitución, “hay que señalar que el Recurso de Protección chileno no nació para dar una tutela a los derechos fundamentales de los

¹ Actas oficiales de la comisión constituyente, sesión 399 al 408, página 3362, miércoles 9 de agosto de 1978.

ciudadanos en el marco del valor seguridad jurídica. Nació fundamentalmente para dar tutela urgente a un derecho patrimonial como lo es el derecho de propiedad cuya caracterización estaba y sigue estando más o menos bien definida por nuestro Derecho y por la cultura jurídica chilena y comparada. Con el tiempo, y alejándose del fin político por el cual fue inicialmente diseñado, comenzó a ser utilizado para dar tutela a otros derechos fundamentales cuyos contornos no están precisados por el ordenamiento jurídico ni por la cultura jurídica.⁵² Y desde ese momento la utilización de este instrumento comienza a generar problemas en nuestro sistema jurídico ya que son los jueces, en muchas situaciones, los que configuran particularmente el contenido de esos derechos fundamentales.”(Bordalí, 2006)

Ahora bien, el derecho de propiedad tampoco es intocable, y no obstante convivir en el marco de un ordenamiento que sienta sus bases en el derecho de propiedad en su carácter privado, la propiedad en la Constitución, admite una limitación que no se encuentra en el Código Civil, la llamada función social, que “viene a configurarse como una carga pública, que impone a los propietarios privados la obligación de soportar ciertas limitaciones y obligaciones impuestas por el legislador fundadas en intereses públicos relevantes, y que el dueño de una cosa o bien debe aceptar producto de la dimensión social del mismo derecho.”(Ferrada, 2015:p.177)

Es por ello, que debemos plantearnos que “los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos para reparar violaciones de derechos consagrados en el Pacto. Esto significa que no basta con los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteo adecuado del caso. Hemos visto que una de las dificultades para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales reside en que la mayoría de los recursos judiciales han sido históricamente diseñados en función de los derechos civiles y políticos y no contemplan algunos aspectos particulares de aquéllos, como el hecho de que se trata, por lo general, de derechos de incidencia colectiva. Por ejemplo, toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con un recurso judicial efectivo u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional.”(Abramovic, 2002:p.87)

Este apoderamiento particular de un poder constituyente originario que debiera ser general, ha llevado a que las posteriores revisiones derivadas a nuestra Constitución, no alcancen el efecto emancipador requerido.

Así lo ha advertido Roberto Gargarella, “en efecto, no se producen cambios importantes ni en la organización del poder ni en las declaraciones de derechos. Las renovadas declaraciones de derechos se expanden aún más, para hacer mención a grupos antes no tomados en cuenta, a intereses antes no contemplados o a derechos humanos antes dispersos u ocultos detrás de algunos de los derechos ya existentes. Simplemente, «no había mucho nuevo que inventar»: los intereses fundamentales de la ciudadanía latinoamericana estaban básicamente contemplados ya en las viejas constituciones.”(Gargarella, 2015, p 98)

Por más modificaciones que se han practicado en este caso a nuestra carta Fundamental, el reconocimiento de derechos no ha llevado aparejado una verdadera realización material colectiva de ellos

Por consiguiente, debemos “tratar de encontrar un criterio de igualdad material que impida la frustración de la vocación moral del hombre en sentido negativo y que la facilite, la promueva, y la impulse desde el punto de vista positivo, en aquellos supuestos en que el individuo no pueda hacerlo por sí mismo. Si lo planteamos pensando en el papel central de la libertad social, política y jurídica para alcanzar la libertad moral, la igualdad material supondría el criterio adecuado para que todos pudiesen llegar en igualdad de condiciones a ese ejercicio de la libertad protectora y de la libertad participación, y sería el criterio material para realizar la libertad promocional.”(Peces-Barba, 1991:p. 247)

Esto está lejos de ser una idea revolucionaria, y ha sido planteado incluso por sectores liberales, el rol de distribución del Estado resulta esencial, ello en atención a la llamada “lotería del azar”, que como constata Gargarella en las ideas de Rawls, debe ser mitigada lo más posible, pues “la idea es que cada uno debe aceptar pagar el costo de las elecciones por las que se inclina: en el ideal de la concepción liberal, los individuos deben ser considerados responsables de sus acciones, y no meras víctimas de su destino a las cuales el estado siempre debe apoyar”(Gargarella 2010,p 41)

§ IV. Subsidiaridad e interpretación

IV.1. La subsidiariedad

El profesor Christian Viera, parafraseando a Fermandois, nos otorga una concepción acerca de lo que algunos han entendido por subsidiariedad, principio por el cual, el Estado sólo puede actuar o participar de las actividades empresariales, cuando el privado elija no participar de una determinada actividad económica. Siendo el fundamento filosófico de la primacía del individuo por sobre la sociedad, y la historia fidedigna de las actas de la Comisión de Estudios, las que recogerían esa opinión.

Esto ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional chileno, que ha sostenido que “dentro de la filosofía económica de la Constitución de 1980, expresada en el artículo 19, N°21 solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de particulares” (STCCh, Rol N°134 ,1991) (Viera, 2013: Cfr, p278)

Se busca evitar a toda costa, o reducir al mínimo posible la intervención estatal “lo que el proyecto constitucional de la dictadura, pavimentando el camino al neoliberalismo, rechaza en nombre de algo como el individualismo posesivo. La expresión de este trauma se encuentra en dos características de nuestro ordenamiento constitucional: en la conceptualización jurídica que la Constitución hace de ciertas necesidades fundamentales, que son concebidas no como derechos a recibir determinadas prestaciones, sino como la garantía de que el Estado no interferirá con la elección que cada quien haga respecto a cómo satisfacerlas; así como en la protección reforzada que nuestra Constitución le da a la propiedad.” (Muñoz. 2015: p.106)

Un Estado pequeño, con la exigencia de un alto nivel de acuerdo para permitir la creación de empresas estatales, sin la posibilidad de sancionar conductas atentatorias contra la libre competencia de una manera ejemplar y sistemática, nunca será el motor de los cambios sociales que por justicia deberíamos obtener.

IV.2 Subsidiariedad y derechos sociales

Una vez que el particular emprende alguna actividad económica que involucre la materialización de un derecho fundamental, se produce el fenómeno que he llamado “la privatización del carácter constitucional de los derechos”. Esto se produce por las relaciones económicas y el rol del Estado abstencionista en la economía, sumado a su rol de no intervención, porque, “que los particulares puedan, eventualmente, otorgar prestaciones de carácter social atendiendo a un mandato normativo del Estado no es, en si mismo negativo. Sin embargo, la aplicación del sistema ha generado un vicio importante: una vez que la prestación es entregada por el particular, los conflictos que puedan producirse en su ejecución son resueltos aplicando los criterios contractuales de solución de conflictos, olvidando que se trata de un deber estatal en la satisfacción de un derecho constitucional. Así la solución de conflictos de derechos queda, generalmente entregada a criterios mercantiles.”(Bassa, 2009: p.149)

Un estado pequeño, con pocos recursos, y de manos atadas por la abstención, mirará desde fuera de la cancha el como un derecho positivado por la Carta Fundamental, como puede ser la salud o educación, pasan de ser derechos, a bienes de consumo, transables y determinables por factores económicos y no por principios como la igualdad o la solidaridad.

El protagonismo del gran Leviatán, “ha quedado reducido a la fiscalización de la actividad de estas sociedades, mediante superintendencias sectoriales, desnaturalizando, a mi juicio, la posición de los derechos fundamentales. En la práctica, la interpretación y aplicación de las normas de derechos son determinadas por principios más propios de las relaciones entre particulares-como la libertad individual en materia económica y la autonomía contractual de la voluntad- que de los propios derechos (...) En definitiva, me parece que en materia de derechos fundamentales, el principio de subsidiariedad debe ser aplicado en consideración a su principal contenido constitucional: garantizar la libre iniciativa particular para desarrollar actividades económicas. Sin embargo, tiene nada que decir, o muy poco, respecto de la satisfacción de los derechos, ya que en esta materia operan principios que obedecen a objetos diferentes, que no tienen relación con la libre iniciativa económica, sino con la protección y satisfacción de intereses particulares que emanan de la dignidad de la persona; estos intereses

son recogidos como derechos por la Constitución y se ejercen, preferentemente, frente al Estado.” (Ídem, p.150)

En cuanto a la subsidiariedad y el rol del Estado en los derechos fundamentales, si el Estado debe hacer sólo lo que el privado no haga, entonces debe dar materialidad a aquellos derechos que el mercado no deja que lleguen a todos y todas.

Un Estado relegado a las tareas distributivas con recursos escasos, no podrá nunca satisfacer las necesidades de las personas que habiten sus territorios.

IV.3 La interpretación, reglas y principios.

El ejercicio interpretativo supone un ejercicio cognitivo complejo, pasamos años en la universidad desarrollando las capacidades que nos permitan entender, argumentar, y comprender aquello que se encuentra en distintos enunciados normativos, unos más claros que otros.

Así, nos van enseñando, y vamos encontrando disposiciones con distintas estructuras, principalmente agrupables entre aquellas que por un lado llamamos reglas, y por el otro aquellas con estructura de principios.

El artículo 156 de la ley 18.290, dispone que:

El conductor que estacione un vehículo motorizado deberá frenarlo y detener el motor.

Esto un claro ejemplo de aquello que llamamos una regla, se cumple o no se cumple. Un enunciado normativo que trabajado con las reglas de interpretación de la ley contenidas en los artículos 19 al 24 del Código Civil, podrían traer a colación un “único significado”, o el más adecuado para el caso concreto.

En cuanto al texto constitucional. “se asume que los preceptos constitucionales constituyen valores y que los principios constitucionales se encuentran dentro de un sistema axiológico, ello significa que el juez constitucional, de acuerdo a lo señalado, puede incorporar

elementos que no se encuentran en el texto constitucional, con el objeto de construir la norma sobre la cual decidirá un determinado caso.”(Peña. 2013: p. 62)

Esto es completamente lógico, la Constitución tiene una característica indefectible, es la de ser obra de un pacto de auto gobierno del pueblo, que le da legitimidad y sustento. No es el pueblo para la Constitución, es la Constitución para el pueblo.

La única manera de asegurar lo anterior, es a través de los principios, que son enunciados normativos que tienen un contenido abierto e indeterminado. Los principios le dan a la Carta Fundamental la posibilidad de extenderse y adaptarse en el tiempo.

IV.4 La interpretación en nuestra constitución.

No obstante, se suelen aplicar a la interpretación de nuestra carta fundamental, elementos que son más propios de enunciados normativos del tipo reglas, que del tipo principio, “en materia constitucional, el recurso de la historia fidedigna de la constitución parece ser el lugar común en una parte importante de la doctrina, y también, para muchas sentencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el uso de dicha historia presenta dos observaciones relevantes: en primer lugar, no existe un desarrollo teórico que informe algún método preciso para su utilización y, en segundo lugar, el uso de la historia se suele presentar de forma acrítica, sin justificar debidamente en qué casos se puede o debe recurrir a ella. Paralelamente, se ha desarrollado una literatura crítica de este uso.” (Verdugo, 2013: p 141)

A esto cabe agregar lo que ya desarrollé más atrás en cuanto a la ilegitimidad democrática de base de la Constitución de 1980, que carece del presupuesto democrático que debiera tener cualquier constitución que se diga ser reflejo de la sociedad a la cual pertenece.

Teniendo en consideración lo recientemente expuesto, “la interpretación del ordenamiento constitucional debe permitir la manifestación y convivencia de todas las opciones de la comunidad dentro del marco de la Constitución, ya que es todo el pueblo, en tanto titular del poder Constituyente, quien dota de legitimidad a la norma. Para ello, la doctrina y jurisprudencia constitucional cumplen un papel fundamental, tanto en el ejercicio dogmático como en la incorporación de los elementos que definen el ordenamiento

constitucional contemporáneo.”(Bassa, Viera 2017: p. 162)

Cuando tengamos que dotar de contenido a un principio, debemos tomar una decisión, seguir los clásicos parámetros de concebir al texto constitucional como una garantía particular al privado que se desenvuelve en abstención prácticamente completa del Estado, o incomodar a la clásica doctrina, ir más allá, buscar el bienestar general por sobre el particular.

Acá será primordial hacerse cargo de nuevos principios, argumentar y ante ponerlos como hegemónicos, la solidaridad, el principio democrático, el principio de no regresividad de derechos humanos, el de dignidad, etc.

En la medida en que la jurisprudencia y doctrina se inclinen y acepten estos nuevos paradigmas, se podrá legitimar los distintos ejercicios constitucionales en una constitución impuesta, y que algunos pretenden además tenga un contenido ideológico cerrado y determinado, originalista y arcaico.

Es esta tarea especialmente vinculante a los académicos de joven edad, que armados de magister y doctorados se están tomando las aulas universitarias, “el tema de la enseñanza crítica trasciende, por supuesto, lo que se relacione específicamente con el Derecho. A lo largo del siglo XX se ha planteado, reiteradas veces, que las universidades deben cumplir con una función crítica general y no limitarse a formar profesionales para el sistema establecido, sin cuestionarlo.

El filósofo y teólogo Ignacio Ellacuría S.J., ex rector universitario, postulaba que, a través de su triple dimensión docente, investigadora y de proyección social, la universidad debía ponerse al servicio de todos los miembros de la sociedad, y consagrar sus energías al estudio de aquellas estructuras que condicionan para bien o para mal la vida de los ciudadanos.” (Pedrals, 2014:p.382)

Esa es la tarea a la que estamos llamados profesores y estudiantes de las distintas disciplinas, el sentido crítico de comprender la sociedad y con ello la interpretación de nuestra norma fundamental.

Esto tiene que ver también con la concepción que tengamos como sociedad de lo que significa y a su vez representa la constitución.

Resulta entonces relevante, elevar el debate hacia un nuevo paradigma, para lo cual es

necesario, “distinguir particularmente entre:

- a) la concepción (clásica), sugerida por el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), según la cual la función de toda constitución es la organización, la distribución, y –en último análisis- la limitación del poder político, con el fin de proteger la libertad de los ciudadanos; y
- b) la concepción (moderna o mejor dicho contemporánea) según la cual la función de la constitución es organizar la sociedad civil (y no sólo a los poderes públicos) y modelar las relaciones sociales(y no solo las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos.”(Guastini,2008:p. 48)

No puede seguir siendo defendible la idea de una constitución meramente limitativa de los poderes estatales. El pueblo, como titular del poder constituyente, debe encontrar en su constitución una herramienta donde se puedan plasmar y converger las ideas y proyectos comunes en cada sociedad.

El punto más importante a mi juicio, y que sirve para cerrar la idea de la importancia de poner énfasis en el rol de la interpretación constitucional, es que la constitución no tiene fuerza en sí misma. La fuerza se la dan quienes operan el texto, los que ejecutan políticas públicas en base a la interpretación constitucional, aquellos que legislan y recurren al Tribunal Constitucional para hacerle contra proyectos emblemáticos como el aborto.

En la medida en que cada uno de nosotros entienda esto, podremos tener conciencia de lo que nos jugamos cuando demandamos una nueva constitución democrática y verdaderamente participa, desde su gestación, hasta el día en que comience a regir. Así, colectivamente podremos darle fuerza a la fuente que dispondrá de un marco en el cual podamos desarrollarnos y buscar nuestro camino en un pie democrático y pluralista.

Una vez que tengamos claro esto, podremos concebir a los derechos sociales en un mismo escalón que los derechos políticos, dejaremos atrás esa concepción, y al momento de aplicar ejercicios hermenéuticos, no relegaremos los primeros bajo los segundos, porque entenderemos que como sociedad valoramos, respetamos, y queremos una sociedad más justa

e igualitaria, y que eso podría venir desde nuestra propia constitución hacia todo el ordenamiento jurídico.

La clave es entender y defender un constitucionalismo de tal flexibilidad, que la rigidez ideológica actual, que termina siendo una piedra en el zapato a cada conflicto que surge, sea minimizada al máximo. Es la única manera de no necesitar una nueva constitución cada 20 años, la interpretación constitucional debe abarcar el sentir de la sociedad en el momento en que se practique el ejercicio hermenéutico, no condicionar la interpretación al momento de origen de la carta fundamental.

Así, el Tribunal Constitucional por ejemplo, debería mirar a la sociedad para entender la Constitución, y no a la Constitución para entender la sociedad.

Cada comunidad debe poder identificar sus problemas, proponer soluciones, y caminar hacia la satisfacción de ellos, y no debe ser la constitución la que se los impida.

CONCLUSIONES

- Las relaciones de poder en la sociedad no son igualitarias, aquellos más aventajados se encuentran en posición de dominación respecto de los más desventajados. Esto produce la proliferación de grupos marginados de las decisiones colectivas. Esto porque desde la cuna se determinan cuestiones elementales para el desarrollo físico y cognitivo de cada persona.
- Una manera de mitigar lo anterior sería la concreción de mecanismos que aseguren a todas las personas por el hecho de ser personas, aquellas prestaciones necesarias para que cada quien haga de su vida lo que estime conveniente, minimizando lo más posible la influencia que de ello hacen las características particulares de la realidad de cuna que a cada uno le toca vivir.
- Por ello, se debe superar la idea de que hay que distinguir entre distintas categorías de derechos, los derechos sociales deben pesar lo mismo que los derechos civiles y políticos, porque los primeros son primordiales para ejercer los segundos.
- A la hora de interpretar la Constitución, hay que prescindir de los elementos propios de la rama civil, especialmente el de la historia fidedigna de su establecimiento, puesto que la ilegitimidad democrática en la génesis de nuestra Carta, impide que sea el verdadero reflejo de lo que somos como comunidad.
- La Constitución, debe ser tomada desde la perspectiva de no tener un techo ideológico rígido y cerrado. La única manera de que seamos capaces de identificar y apreciar nuestros conflictos e identidad, es a través de la concepción de una Carta con techo ideológico abierto, que permita la realización y estabilidad de las generaciones que vengan, sin que nuestros descendientes estén atados a moralidades pasadas, y así, ser reflejo de cada momento histórico particular.
- Por último, la subsidiariedad no permitirá la concreción de las realizaciones personales de las personas, la construcción desde lo individual dejará a los menos aventajados en condición de subalternidad, y un Estado que solo reparte recursos escasos, no puede enfrentar las desigualdades del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- - Abramovic, Victor- Courtis, Christian(2002): “ Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta, Madrid España.
- -Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 399 al 408, página 3362, miércoles 9 de agosto de 1978.
- - Aguilera Portales, Enrique Rafael(2011) “ El poder Constituyente, la legitimidad democrática y el pacto constitucional en la teoría política contemporánea” , en Revista de estudios jurídicos n°11
Disponible en: <https://es.scribd.com/document/141571869/El-Poder-Constituyente>
última consulta, 5 de diciembre de 2017.
- -Bassa Mercado, Jaime (2009): “El Estado Constitucional de Derecho, Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales”, Legal Publishing, Chile.
- -Bassa Mercado, Jaime- Viera Álvarez, Christian(2017) : “Elementos de Teoría e Interpretación Constitucional para el Proceso Constituyente”, Thomson Reuters, Santiago, Chile.
- -Bordalí Salamanca, Andrés (2006). “El Recurso de Protección Entre Exigencias de Urgencia y Seguridad Jurídica” Rev. derecho (Valdivia). [online]. dic. 2006, vol.19, no.2, p.205-228.
Disponible en:
http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000200010&script=sci_arttext
Última consulta, 5 de diciembre 2017
- -Bustos Bottai, Rodrigo (2012): Derechos Sociales y Constitución: Algunas reflexiones sobre el Modelo Chileno en, Derechos Fundamentales, Libro homenaje al Profesor Francisco Cumplido Cereceda, Editorial Jurídica de Chile.
- -Cospito, Giuseppe(2016): “El Ritmo de Pensamiento de Gramsci, Una Lectura Diacrónica de los Cuadernos de la Cárcel”, Ediciones Continente, Buenos Aires, Argentina.
- - Cristi, Renato(2012) “El pensamiento político de Jaime Guzmán, una biografía intelectual” (LOM Ediciones, Santiago, Chile.
- - Dávila Londoño, Luis Felipe (2015): “El derecho y la violencia: Una polémica relación pensada entre Nietzsche y Foucault”, en: *Revista CES Derecho*, vol. 6 N° 2: 111
- - De Vega Pedro (2011):“La reforma constitucional, y la problemática del poder constituyente”, Editorial TECNOS, Madrid.
- -Etchichury, Horacio Javier(2016): “Derechos sociales: la democracia deliberativa como clave de justificación” en “Democracia Perspectivas sociales y económicas” Argentina

- -Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2015): “ El derecho de propiedad privada en la Constitución de 1980”, en “La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política. LOM Ediciones, Santiago, Chile.
- -Galindo, Fernando (2004) : “La idea de ilustración: Una exploración y comparación”, disponible en:
http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1815-02762004000200010 Fecha de última consulta, 1 de diciembre de 2017
- - García Belaunde Domingo(2001). “Hans Kelsen, Introducción a la Teoría Pura del Derecho” Editorial Grijley, Lima, Perú.
- -Gargarella, Roberto (2010) “Las teorías de de la justicia después de Rawls” , Ediciones Paidós Ibérica, editorial de Espasa Libros,, Barcelona, 2010
- -Gargarella, Roberto (2015)”La sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas“
 Disponible en: <http://132.248.9.34/hevila/Nuevasociedad/2015/no258/8.pdf>
 Última consulta, 10 de noviembre de 2017.
- -Guastini, Riccardo (2008): “Teoría e ideología de la interpretación constitucional” Prologo de Miguel Carbomell, Editorial Trotta S.A. Madrid.
- -Hueso García. Vicente” Francis Fukuyama, El fin de la historia y el último hombre, Una visión optimista de la evolución de la historia”
 Disponible en:
<file:///D:/Documents/Descargas/Dialnet-ElFinDeLaHistoriaYElUltimoHombre-4553618.pdf> Ultima consulta, 10 de diciembre de 2017
- -Martinez- Ferro, Hernán (2010): “Legitimidad, dominación y derecho en la teoría sociológica del Estado de Max Weber”, en Revista Estudios Socio-Jurídicos 2010,Nº12. Disponible en
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73313677018> . Fecha última consulta: 02 de noviembre de 2017.
- -Modonesi, Massimo(2012): “Subalternidad”, disponible en :
http://conceptos sociales.unam.mx/conceptos_final/497trabajo.pdf Última consulta, 14 de diciembre de 2017.
- -Mouffe, Chantal (1999): “El retorno de lo político, Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical” Editorial PAIDÓS, España.
- Muñoz León, Fernando (2015): “Hegemonía y nueva constitución, Dominación, subalternidad y proceso constituyente” Ediciones UACH, Valdivia, Chile.

- - Nogueira Alcalá, Humberto (1999) : “Manual de educación cívica”, Editorial Andrés Bello, Santiago, Chile.
- - Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre Poder Constituyente, y la Reforma de la Constitución en la práctica Constitucional” Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100007 última consulta, 12 de diciembre de 2017.
- -Peces-Barba, Gregorio(1991): “Curso de Derechos Fundamentales (1) Teoría general”, Eudema, S.A Madrid
- -Pedrals García de Cortazar, Antonio (2013): “Fundamentos de Teoría General del Derecho”, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile.
- -Peña Silva, Francisco Javier (2013): en “V Encuentro de Jóvenes Profesores de Derecho Constitucional, los desafíos de la interpretación constitucional”, Editorial EDEVAL, Valparaíso.
- Pettit, Phillip (1997); “ Republicanismo, Una teoría sobre la libertad y el gobierno” Ediciones Paidós Ibérica S.A, Barcelona.
- -Pisarello, Gerardo (2007): “ Los derechos sociales y sus garantías, Elementos para una reconstrucción”, Editorial Trotta, Madrid.
- -Presno Linera, Miguel Ángel-Wolfgang Sarlet, Ingo (2010): “Los Derechos Sociales como instrumento de Emancipación. Thompson Reuters,, España
- - Poulantzas Nicos, (1969)“Hegemonía y dominación en el Estado Moderno”: Ediciones Pasado y Presente ,Cordoba, Argentina, 1969. p 78-79.
- -Rey Pérez, José Luis (2007): “La naturaleza de los derechos sociales” disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23426.pdf> Última consulta, 2 de diciembre de 2017
- - Rojas Sánchez, Gonzalo/ Achurra González Marcela /editores (1996): “Derecho Político, Apuntes de Clases del Profesor Jaime Guzmán Errázuriz” , Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
- -Rousseau, Jean-Jaques, El Contrato social o Principios de derecho político. Estudio preliminar y traducción de M.J. Villa-Verde, Madrid, Tecnos, 1988.
- - Schiessler Quezada, Guillermo (1978): “Algunos problemas técnicos jurídicos de una nueva constitución” ,Editorial EDEVAL, Valparaíso.
- - Squella Narducci, Agustín(2011) “Introducción al Derecho” ,Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- -Sousa Santos, Boaventura (2013): “Descolonizar el saber, reinventar el poder”. Lom ediciones, Santiago, Chile.
- -Tello, Maximiliano Andrés(2016): “La Izquierda Como Modos de Subjetivación” Communes, Viña del mar, Chile.

- -Vega, Guillermo Andrés “La libertad como no-dominación en el republicanismo de P. Pettit. ¿Una alternativa real al credo liberal? Disponible en:
<http://hum.unne.edu.ar/revistas/postgrado/revista10/articulos/vega.pdf>