

LIBERTADES FUNDAMENTALES E IGUALDAD ANTE LA LEY. LA ESTRUCTURA DE SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

BASIC FREEDOMS AND EQUALITY BEFORE THE LAW. THE STRUCTURE OF THEIR CONSTITUTIONAL PROTECTION

MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA*

CARLA IUSPA**

CLAUDIO AGÜERO***

LUIS VILLAVICENCIO****

RESUMEN: El objetivo del trabajo es describir dos interpretaciones/construcciones que son posibles a partir de las disposiciones constitucionales relativas a las ‘libertades fundamentales’ y a la ‘igualdad ante la ley’. Con ese objetivo, en primer lugar, se explicitan las estructuras que hacen posible el cumplimiento de la función del constitucionalismo de limitar el poder del Estado con base en dos modelos de constitución que llamamos “sustantivo” y “procedimental”. En segundo lugar, se argumenta que, conforme a cada uno de aquellos modelos, las mencionadas disposiciones expresan diversos tipos de normas referidas a diversos tipos de acciones, instituyendo diferentes clases de relaciones entre los individuos y el Estado.

Palabras clave: Libertades fundamentales, igualdad ante la ley, protección constitucional, constitucionalismo.

ABSTRACT: The objective of this article is to describe two possible interpretations/constructions of the constitutional provisions related to ‘basic freedoms’ and ‘equality before the law’. With this objective, in the first place, the structures that make it possible to fulfill the function of constitutionalism to limit the power of the State, based on two models of constitution that we call “substantive” and “procedural” are made explicit. Secondly, it is argued that, according to each of those models, the aforementioned provisions express different types of norms referring to different kinds of actions, instituting different classes of relations between individuals and the State.

Keywords: Basic freedoms, equality before the law, constitutional protection, constitutionalism.

* Doctora en Derecho. Académica de la Universidad Diego Portales. Dirección postal: República 105, Santiago, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: mbeatriz.arriagada@gmail.com. Número de ORCID: 0000-0002-0809-4510. Este trabajo corresponde a resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT regular N° 1200549 “La clausura de los sistemas de normas jurídicas de competencia”.

** Becaria ANID Doctorado en Derecho, Universidad Diego Portales. Profesora de la Universidad Diego Portales. Dirección postal: República 105, Santiago, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: carliuspa@gmail.com. Número de ORCID: 0000-0001-5185-6587.

*** Doctor en Derecho. Académico de la Universidad Alberto Hurtado. Dirección postal: Cienfuegos 41, Santiago, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: aguero.claudio@gmail.com. Número de ORCID: 0000-0002-7005-2979.

**** Doctor en Derecho. Académico de la Universidad de Valparaíso. Dirección postal: Errázuriz 2120, Valparaíso, Región de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: luis.villavicencio@uv.cl. Número de Orcid: 0000-0002-3115-3312.

INTRODUCCIÓN

Los llamados ‘derechos fundamentales’, entendidos como aquellos derechos humanos reconocidos por las constituciones¹, tales como la ‘libertad de conciencia’, la ‘igualdad ante la ley’ y el ‘derecho a la educación’, pueden ser comprendidos como conjuntos de situaciones y relaciones jurídicas². Desde esta perspectiva, la libertad de conciencia, la igualdad ante la ley y la educación, son *bienes* que las constituciones protegen mediante *normas* que instituyen situaciones y relaciones jurídicas.

La ‘igualdad ante la ley’ y las llamadas ‘libertades fundamentales’ (i.e. de opinión, de conciencia, de asociación, de reunión) suelen reunirse bajo etiquetas tales como ‘libertades o derechos fundamentales’³, ‘derechos pre-políticos’⁴ o ‘derechos liberales’⁵. Ello se justificaría porque su protección constitucional tendría el común propósito de limitar el poder estatal. Dicha protección puede, sin embargo, articularse mediante diversas estructuras: diferentes situaciones y relaciones instituidas por normas⁶.

Estas diversas estructuras quedan retratadas por diferentes modelos de constitución sobre cuya base pueden identificarse diversas interpretaciones/construcciones posibles a partir de las disposiciones relativas a las libertades fundamentales y la igualdad ante la ley.

Si el constitucionalismo es una doctrina sobre los límites jurídicos del poder público⁷, el constitucionalismo de los derechos afirma, básicamente, que el respeto de los derechos fundamentales es condición necesaria de la legitimidad de los poderes públicos y su conservación y protección es el fin de la asociación política⁸. Conforme a un modelo que llamaremos ‘normativo sustantivo’, la constitución protege a los individuos del poder estatal mediante normas que instituyen límites sustantivos a las acciones estatales y el respeto de tales límites es controlado por la jurisdicción constitucional⁹. Conforme a un modelo que denominaremos ‘normativo procedimental’ la constitución protege a los individuos del poder estatal mediante normas que instituyen un sistema de poderes y contrapoderes. La

¹ BÖCKENFÖRDE (2001) p. 47-66; BARRANCO (1996) p. 33; COMANDUCCI (2010b) p. 46; WELLMAN (2016) p. 22.

² ALEXY (2007) pp. 162-218; DICIOTTI (2004); CRUZ PARCERO (2004) pp. 76 y 78; CRUZ PARCERO (2007) pp. 36-38 y 78; MACCORMICK (2011) p. 171; WELLMAN (2016) pp. 23-24; ORUNESU y RODRÍGUEZ (2021). En la doctrina chilena, CODDOU (2020).

³ KELSEN (1991) pp. 152 y ss.

⁴ LAPORTA (2007) p. 235.

⁵ RUIZ MIGUEL (1994); COMANDUCCI (2010b) p. 43.

⁶ Lo mismo puede decirse de los llamados ‘derechos sociales’, como el derecho a la educación, el derecho a la vivienda y el derecho a la salud. Pero tales derechos no son parte del objeto de análisis de este trabajo que, en razón de sus límites de extensión, se circunscribe a algunos de los llamados ‘derechos liberales’. Un análisis detallado de la imposibilidad de equiparar a los denominados ‘derechos sociales’ con los denominados ‘derechos liberales’ y que está en sintonía con lo argumentado en este trabajo puede verse en ARRIAGADA (2015b).

⁷ POZZOLO (2011) p. 51.

⁸ CELANO (2009) p. 291.

⁹ Utilizamos indistintamente las expresiones ‘cortes’, ‘tribunales’ o ‘jueces’ para referirnos a la jurisdicción constitucional.

interacción, control e influencia recíprocas impide que los órganos estatales abusen de sus poderes condicionando la adopción de compromisos sustantivos¹⁰.

El objetivo de este trabajo es describir dos interpretaciones/construcciones que son posibles a partir de las disposiciones constitucionales relativas a las ‘libertades fundamentales’ y a la ‘igualdad ante la ley’ con base en dos diferentes modelos de constitución¹¹. Para ello, en primer lugar, se explicitan las estructuras que, desde la perspectiva de ambos modelos, hacen posible el cumplimiento de la función del constitucionalismo de limitar el poder estatal, esto es, las diferentes situaciones y relaciones instituidas por diversos tipos de normas referidas a diversos tipos de acciones. En segundo lugar, se proponen mejoras terminológicas en orden a refinar la red de conceptos implicada en cada uno de los señalados modelos.

El objetivo del trabajo circunscribe a las relaciones que, para la protección de las ‘libertades fundamentales’ y la ‘igualdad ante la ley’, las normas constitucionales instituyen entre los individuos y los órganos estatales, excluyendo tanto la perspectiva de los ‘derechos colectivos’ como la de ‘eficacia horizontal’ de los derechos fundamentales.

Este trabajo no tiene en cuenta ningún ordenamiento jurídico en particular. Utiliza herramientas de la teoría jurídica general para analizar dos interpretaciones/construcciones que son posibles a partir de disposiciones característicamente presentes en las constituciones. Este análisis permite: (i) comprender las formas que puede adoptar la protección constitucional de las libertades fundamentales y la igualdad ante la ley, dependiendo de cómo se interprete/construya a partir de las disposiciones constitucionales; y (ii) rechazar comprensiones erróneas y bastante extendidas sobre la protección constitucional de estos bienes. Particularmente, la idea según la cual las normas que los protegen *prohíben* la dictación de normas de ciertos contenidos y la idea según la cual las normas que protegen las llamadas ‘libertades fundamentales’ adscriben *libertades* individuales frente al Estado.

Lo que se propone es, por tanto, un ejemplo del análisis conceptual que es característico la teoría analítica del derecho. Como es sabido, el mencionado análisis puede tener por objeto cualquier discurso jurídico especializado y tiene dos objetivos: (i) conforme a un objetivo reconstructivo, el análisis se dirige a explicitar los conceptos que están implícitos en el o los discursos analizados, y (ii) conforme a un propósito de carácter depurativo, el análisis se dirige a mejorar los aparatos conceptuales de aquellos discursos, mediante redefiniciones parciales y, por tanto, la identificación de conceptos de mayor poder explicativo al interior de determinados modelos¹².

¹⁰ Las definiciones de estos dos modelos se basan, aunque con matices, en las definiciones de los modelos de constitución normativo y mecanicista de TROPER (2004) pp. 105-126 y TROPER (2001) pp. 203-216. Ver también GUASTINI (2017) pp. 261-264.

¹¹ No es un objetivo de este trabajo caracterizar completamente dichos modelos, discutirlos o adherir a uno de ellos.

¹² Respecto del primer objetivo, véanse, por ejemplo, COMANDUCCI (2010c); CHIASSONI (2012) pp. 213-214; GUASTINI (2014c) pp. 89-90. Respecto del segundo objetivo, véanse, por ejemplo, ALCHOURRÓN Y BULYGIN (1975) pp. 29-30; CARRIÓ (1991) pp. 12-13; BULYGIN (1991c) [1980] p. 380; ORUNESU, RODRÍGUEZ Y SUCAR (2001) p. 11, ROSS (2005) pp. 48-49, BIX (2006) p. 169. Estos dos objetivos coinciden con los que Berlin atribuye a la filosofía: (i) explicitar los conceptos, categorías y modelos que condicionan el pensamiento y el modo en que es comprendida y clasificada la experiencia y (iii) reformular preguntas para que puedan ser respondidas por disciplinas empíricas o formales. Los mismos dos objetivos aparecen en las dos concepciones de la filosofía identificadas por Winch; en la distinción entre filosofía del lenguaje ordinario y filosofía del lenguaje ideal

El análisis conceptual realizado en este trabajo se orienta, como podrá verse, a estos dos objetivos, teniendo como objeto el discurso de las autoridades normativas, específicamente ciertas formulaciones normativas que típicamente provienen de autoridades constituyentes, pero, sobre todo, algunas interpretaciones/construcciones que son posibles a partir de tales formulaciones y que, por lo tanto, están disponibles para la dogmática constitucional y para los órganos aplicadores del derecho.

Tanto la explicitación de los modelos conceptuales implicados en la adopción de aquellas interpretaciones/construcciones como las propuestas dirigidas a refinar la red conceptual que les sirve de sustento son útiles para el análisis dogmático de los ordenamientos jurídicos particulares y para, en ese contexto, identificar los valores e ideologías que se cree que los informan o deberían informarlos y que promueven la adopción de uno u otro modelo de constitución. Además, y por supuesto, también son útiles para el propósito (más propiamente científico) de determinar la medida en que alguna de estas interpretaciones/construcciones podría ser considerada dominante en un determinado ordenamiento jurídico¹³.

El trabajo se divide en cuatro secciones. La primera introduce algunas indispensables estipulaciones conceptuales. Las dos secciones siguientes describen las interpretaciones/construcciones posibles bajo cada uno de los modelos señalados. La última sección presenta un balance general a modo de conclusión.

I. ESTIPULACIONES CONCEPTUALES PREVIAS

Las interpretaciones/construcciones que son posibles a partir de las disposiciones constitucionales referidas a la ‘igualdad ante la ley’ y las ‘libertades fundamentales’ pueden reconstruirse como tesis sobre la estructura de la protección constitucional de aquellos bienes, esto es, sobre las situaciones y relaciones jurídicas que las normas constitucionales instituyen para dicha protección.

La comprensión de estas tesis interpretativas/constructivas exige introducir algunas estipulaciones conceptuales. Ellas versan sobre tres aspectos: (i) las disposiciones y las normas jurídicas; (ii) las situaciones y relaciones jurídicas instituidas por normas; y (iii) las normas constitucionales.

1. DISPOSICIONES Y NORMAS JURÍDICAS

Este trabajo asume la tesis según la cual las normas vigentes de un ordenamiento jurídico son el resultado de interpretaciones/construcciones realizadas por los órganos aplicadores del derecho a partir de las disposiciones normativas contenidas en las fuentes del derecho (i.e. en los textos constitucionales) y bajo la influencia de las tesis interpretativas y

subrayada, por ejemplo, por Von Wright y por Glock; y en las dos analogías usadas por Strawson para explicar el análisis conceptual de los filósofos analíticos. Cfr. BERLIN (2017); WINCH (2011) pp. 11-46; VON WRIGHT (1979) pp. 28-29; GLOCK (2012) pp. 61-67; STRAWSON (1997) pp. 43-60.

¹³ Sobre la diferencia entre la dogmática jurídica y la ciencia jurídica asumida en este trabajo, véase, por ejemplo, GUASTINI (2014b) pp. 356-367.

constructivas de la dogmática jurídica¹⁴. Cuáles sean las normas constitucionales vigentes depende, en último término, de las prácticas interpretativas y constructivas de los órganos con autoridad final para determinar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y de las acciones fácticas de los agentes estatales y particulares. Aquellos órganos determinan cuáles son las normas expresadas o implícitas en las disposiciones constitucionales y las situaciones y relaciones jurídicas que dichas normas instituyen.

Toda *norma jurídica* puede ser reconstruida como un enunciado condicional que correlaciona un caso genérico con una solución normativa. Un *caso genérico* es la descripción de una clase de propiedades (personas, acciones, estados de cosas, etc.). Una *solución normativa* es la calificación de una clase de acciones u omisiones como obligatorias o permitidas¹⁵ o la calificación de una clase de acciones normativas como jurídicamente válidas o inválidas, dependiendo del tipo de norma de que se trate. En efecto, la teoría jurídica ha mostrado que, entre las ‘normas jurídicas’¹⁶, pueden distinguirse al menos dos tipos diferentes y excluyentes¹⁷:

- (i) Las *normas jurídicas prescriptivas* o *regulativas* califican como obligatorias, prohibidas o permitidas determinadas clases de acciones/omisiones fácticas o normativas en determinadas circunstancias; y
- (ii) Las *normas jurídicas de competencia* o *sobre la producción jurídica* constituyen o determinan las condiciones bajo las cuales es válido que determinados sujetos realicen acciones normativas de producir normas o participar en su producción.

La distinción de estos dos tipos de normas se relaciona con la distinción de dos tipos de acciones jurídicas:

- (i) Las *acciones jurídicas fácticas* son aquellas cuya realización/omisión no ha sido constituida/determinada por normas de competencia. Pueden ser realizadas y descritas sin referencia a aquellas normas, pero pueden ser calificadas por normas prescriptivas (i.e. conducir un automóvil). La realización/omisión de estas acciones puede

¹⁴ TARELLO (1974); TARELLO (2002) pp. 176-179; TARELLO (2011); TARELLO (2013); GUASTINI (2010a) capítulos I y III; GUASTINI (2011); GUASTINI (2014a) primera parte, capítulos II, III, IV; GUASTINI (2014b) pp. 339-346 y 360-361; GUASTINI (2018a) capítulos I-VII; Chiassoni (2011). Un antecedente de estas tesis se encuentra en KELSEN (1991) capítulo VII.

¹⁵ ALCHOURRÓN y BULYGIN (1975) capítulos II y III; MORESO y VILAJOSANA (2004) pp. 72-74; GUASTINI (2016) pp. 51-53.

¹⁶ La distinción entre reglas y principios resulta irrelevante para el trabajo. Si no hay normas antes de la interpretación/construcción, la configuración de una norma como regla o como principio depende del intérprete/constructor. Además, si a partir de una o más disposiciones normativas se configura un principio, este necesita ser especificado como un condicional que correlaciona un caso genérico con una solución normativa.

¹⁷ HART (2009) pp. 34-53 y 99-123; ROSS (2000) pp. 68-72, 124 y 167 y ss.; ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991); BULYGIN (1991a) y BULYGIN (1991b); ORUNESU y RODRÍGUEZ (2021). La distinción tiene antecedentes en la teoría general de las normas, VON WRIGHT (1970) pp. 21, 26-27, 87-107; VON WRIGHT (1979) p. 177-179 y SEARLE (1964); SEARLE (1997); SEARLE (2007); SEARLE (2018).

ser lícita o ilícita, dependiendo de si se ajusta o no a las normas prescriptivas que las califican; y

(ii) Las *acciones jurídicas normativas* (que crean, modifican o derogan normas) son aquellas cuya realización ha sido constituida/determinada por normas de competencia, de suerte que solamente pueden ser realizadas y descritas de acuerdo con ellas (i.e. dictar o derogar una ley, transferir el dominio de una cosa). La realización de estas acciones puede ser válida o inválida, dependiendo de si se ajusta o no a las normas de competencia que las constituyen/determinan¹⁸.

2. LAS SITUACIONES Y RELACIONES JURÍDICAS INSTITUIDAS POR NORMAS

Las situaciones jurídicas son estatus que las normas jurídicas adscriben a clases de individuos: obligaciones, derechos, libertades, no-derechos, competencias, sujeciones, incompetencias e inmunidades¹⁹.

Dos situaciones son correlativas cuando están recíprocamente implicadas y dos situaciones son opuestas cuando son contradictorias²⁰. Dos situaciones correlativas o dos situaciones opuestas forman una relación instituida por una norma. A continuación, se desarrollan brevemente las relaciones jurídicas compuestas por situaciones jurídicas.

Una norma regulativa adscribe a un individuo un *deber* u *obligación* cuando le exige realizar/omitir determinada clase de acción fáctica o normativa²¹. Un *derecho* es la situación correlativa a la de un deber²². Decir que fulano tiene derecho a que mengano realice/omita la acción A es equivalente a decir que mengano tiene frente a fulano el deber de realizar/omitir A.

Una norma regulativa adscribe a un individuo una *libertad*, *privilegio* o *permiso* cuando lo autoriza a omitir o realizar determinada clase de acción fáctica o normativa, esto es, lo exime del deber de realizarla/omitirla²³. La situación correlativa puede denominarse ‘*no-derecho*’. Si fulano tiene frente a mengano la libertad de omitir o realizar la acción A, mengano no tiene derecho a que fulano realice u omita A. Una relación de libertad/no-derecho es opuesta a una relación de deber/derecho²⁴.

¹⁸ Las acciones normativas válidamente realizadas en ejercicio de una competencia pueden ser calificadas por normas prescriptivas. Por ejemplo, Kelsen (1991) p. 132; Hart (2009) p. 37 y 120; Ross (2000) pp. 168-169; Bulygin (1991b) p. 489; Atienza y Ruiz Manero (2004) p. 84; Duarte d’Almeida (2016) pp. 558-559. Por tanto, tales acciones pueden ser lícitas o ilícitas. Una acción u omisión (fáctica o normativa) que cumple una obligación/prohibición o que usa una permisión es *lícita*. Una acción u omisión (fáctica o normativa) que viola una obligación/prohibición o una permisión excediendo sus límites es *ilícita*. Por ejemplo, MacCormick (2011) p. 149.

¹⁹ Guastini (2016) pp. 83-87. La distinción de estas ocho situaciones es originaria de Hohfeld (2010a) y Hohfeld (2010b).

²⁰ Hohfeld (2010a) pp. 38-39, 55-60 y Hohfeld (2010b) p. 73; Williams (1956) pp. 1144-1145; Rainbolt (1993) p. 95; (2010) pp. 2 y 4; Kramer (2000) pp. 8, 24, 26, 30-31, 35, 40; Cruz Parceró (2007) pp. 33-34, nota N° 19.

²¹ Se discute si hay o no una relación conceptual entre obligación y sanción. Por ejemplo y, respectivamente, Kelsen (1991) pp. 39, 67, 129-131, 140 y Ferrajoli (2011) pp. 475-476.

²² Hohfeld (2010b) pp. 36-38 y 73.

²³ Hohfeld (2010a) pp. 38-39; Williams (1956) pp. 1135-1142; Ross (2000) p. 165.

²⁴ Hohfeld (2010a): 36 y 39.

Una norma sobre la producción jurídica adscribe a un individuo una competencia al instituir su capacidad de realizar válidamente la acción normativa de producir o participar en la producción de normas²⁵. Por lo mismo, una ‘competencia procesal’ es la capacidad de iniciar, mediante una acción, un procedimiento dirigido a la producción de normas generales o individuales²⁶. Toda *competencia* implica una *sujeción* correlativa. Las normas producidas en ejercicio de una *competencia* instituyen, modifican o eliminan las *situaciones/ relaciones jurídicas* de los individuos que se encuentran *sujetos* a esa competencia²⁷.

La relación opuesta a la de ‘competencia/sujeción’ es de ‘incompetencia/inmunidad’. La *incompetencia* de un individuo implica la *inmunidad* (no sujeción) de los individuos de que se trate a la competencia del primero²⁸. Si una relación de esta clase es instituida por normas, estas pueden denominarse ‘*normas de incompetencia*’²⁹.

Toda relación jurídica instituida por una norma puede ser, por tanto, descrita como un *caso normativamente solucionado*. Esto es, haciendo referencia a: (i) una acción u omisión fáctica o normativa que, bajo determinadas circunstancias, es obligatoria o permitida para una de las partes y respecto de la cual la otra parte tiene, respectivamente, un derecho o un no-derecho, o (ii) una acción normativa para cuya realización una de las partes es competente o incompetente y la otra, respectivamente, está sujeta o es inmune sus efectos, bajo determinadas circunstancias.

3. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Este trabajo asume que: (i) las constituciones son rígidas³⁰; (ii) la supremacía de una constitución rígida significa que sus normas no pueden ser modificadas del mismo modo que las demás normas y que la conformidad con las normas constitucionales es una condición de validez de cualquier norma, de suerte que toda norma que pretenda modificar la constitución es inválida³¹; y (iii) una constitución rígida es garantizada cuando prevé alguna forma de control de la observancia de las normas constitucionales³².

Las normas constitucionales sobre la producción jurídica constituyen la competencia de las llamadas *autoridades/poderes normativas/os constituidas/os*³³. La validez de las acciones normativas de estas autoridades depende de su conformidad con las normas constitucionales que determinan la competencia para su realización³⁴.

²⁵ HOHFELD (2010a) y (2010b); KELSEN (1991) pp. 18-19, 29, 68-69 y 150-161; HART (2009) capítulos III y V; ROSS (1991a) pp. 76-77; ROSS (1991b) pp. 111-112 y ROSS (2000) pp. 68-73, 124 y 167-169; ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991); BULYGIN (1991b); ARRIAGADA (2017) p. 117 y ARRIAGADA (2018) p. 9.

²⁶ KELSEN (1991) pp. 155 y 158.

²⁷ HOHFELD (2010a) pp. 35-36 y 50-60; GUASTINI (2016) pp. 84 y 86.

²⁸ HOHFELD (2010a) pp. 35-36 y 60-63.

²⁹ O “normas de competencia negativas”, BÖCKENFÖRDE (2001) p. 49.

³⁰ FERRAJOLI (2006) p. 23; GUASTINI (2001) pp. 188-189.

³¹ GUASTINI (2001) pp. 188-189 y 193. Así caracteriza Kelsen la constitución en sentido formal y en sentido material, respectivamente. KELSEN (1991) pp. 232-233; KELSEN (2009a) pp. 140-142.

³² KELSEN (1991) p. 234; KELSEN (2009b) pp. 292-293; GUASTINI (2001) pp. 193-194.

³³ GUASTINI (2016) p. 157; CARRÉ DE MALBERG (1998) p. 249, nota 1; TROPER (2001) p. 204.

³⁴ GUASTINI (2001) pp. 117-120; GUASTINI (2016) pp. 135-137.

Los órganos aplicadores del derecho (judiciales y administrativos) son también *autoridades normativas*, no solamente porque las normas jurídicas son el producto de las interpretaciones/construcciones que ellos realizan a partir de las disposiciones normativas, sino también porque todo acto mediante el cual se aplican normas generales es, al mismo tiempo, un acto de producción de normas particulares³⁵.

II. LIBERTADES E IGUALDAD EN EL MODELO NORMATIVO SUSTANTIVO

En esta sección se describe la tesis interpretativa/constructiva que, sustentada en el modelo normativo sustantivo de constitución, afirma que las disposiciones relativas a las ‘libertades fundamentales’ y a la ‘igualdad ante la ley’ expresan normas que protegen a los individuos instituyendo relaciones jurídicas que limitan sustantivamente las acciones estatales.

Esta limitación sería, por supuesto, inútil si no se instituyeran órganos competentes para controlar la observancia de las normas constitucionales³⁶. Pero debe subrayarse que la institución de este control presupone que las disposiciones que expresan las normas que instituyen las relaciones jurídicas entre los individuos y el Estado son claras y precisas³⁷. Ello es importante para luego mostrar la diferencia con el modelo normativo procedimental.

Si el objetivo del constitucionalismo es que los ‘derechos’ que la constitución reconoce a los individuos cumplan la función de ser una auténtica barrera que los órganos estatales no pueden traspasar³⁸, es importante explicitar las estructuras que hacen posible el cumplimiento de esta función.

1. LAS ‘LIBERTADES FUNDAMENTALES’

Es común afirmar que las normas que protegen las llamadas ‘libertades fundamentales’ adscriben precisamente *libertades* a los individuos³⁹. Estos estarían exentos del deber de omitir ciertas acciones (i.e. asociarse, emitir opiniones) y, correlativamente, los agentes estatales *no tendrían derecho* a que el titular de la libertad no las realice. Pero en lo que concierne a las relaciones entre los individuos y el Estado, las situaciones instituidas por normas regulativas no son propiamente libertades, sino *derechos*.

Los individuos tienen derecho a que los agentes estatales se abstengan de realizar acciones fácticas que impidan/interfieran el disfrute de bienes como la libertad personal o de reunión y aquellos agentes tienen el deber de abstenerse de realizar dichas acciones. Como las acciones fácticas no pueden ser válidas o inválidas, sino solamente lícitas o ilícitas, el incumplimiento de las obligaciones de abstención correspondientes a aquellos derechos constituye una acción ilícita prohibida por la constitución⁴⁰.

³⁵ Kelsen (1991) pp. 243 y ss.

³⁶ Guastini (2017) p. 262.

³⁷ Esto es destacado por Troper (2004) p. 113, respecto de las disposiciones que consagran las obligaciones constitucionales de los órganos estatales en el modelo de constitución que él llama ‘normativo’, pero es también válido respecto de las situaciones jurídicas propias del modelo normativo sustantivo que aquí se describe.

³⁸ Así describe Pozzolo el constitucionalismo de reglas. Pozzolo (2011) pp. 57-58.

³⁹ Por todos, ver Nogueira (2008) pp. 548-549 y Zúñiga (2013) p. 209.

⁴⁰ Arriagada (2015a) p. 120.

También es común afirmar que las normas constitucionales que protegen las libertades fundamentales prohíben la dictación de normas de ciertos contenidos (i.e. normas que restrinjan la libertad de emitir opinión)⁴¹. Afirmaciones como estas presuponen que la deseabilidad de los contenidos producto del ejercicio de las competencias de los órganos estatales es asegurada preferentemente mediante normas regulativas que disciplinan y limitan el ejercicio de esas competencias estableciendo obligaciones y prohibiciones⁴². Esta tesis es errada porque los límites constitucionales a la competencia de las autoridades constituidas no se establecen mediante normas regulativas, sino mediante normas que instituyen incompetencias e inmunidades.

Para comprender lo anterior, es preciso distinguir los diversos tipos de *normas de competencia* que constituyen el marco de actuación de las autoridades normativas constituidas: (i) las que confieren competencias a determinadas autoridades, (ii) las que definen los procedimientos para ejercer esas competencias, (iii) las que circunscriben el *objeto* de las competencias (los *casos* que pueden ser regulados por esas autoridades), y (iv) las que limitan el *modo* en que dicho objeto puede ser regulado (las *soluciones* que pueden ser conectadas a los casos regulables)⁴³.

Las normas de los tipos (i) y (ii) definen la *forma* de las *acciones normativas*. Las normas de los tipos (iii) y (iv) se refieren al *contenido* de las *normas* producidas por aquellas acciones. Aunque la inconstitucionalidad a que da lugar la violación de las normas del tipo (iv) es considerada independiente de la inconstitucionalidad que tiene su origen en la vulneración de las normas del tipo (iii)⁴⁴, la existencia de las normas tipo (iv) presupone la existencia de las normas del tipo (iii). Las normas del tipo (iv) limitan las *soluciones* que pueden conectarse a los *casos* que se suponen definidos por las normas del tipo (iii)⁴⁵.

No es, en consecuencia, correcto decir que a las autoridades normativas constituidas les está prohibido producir normas que alteren los derechos constitucionales. Lo correcto sería decir que tales normas son inválidas. Una constitución que limita las competencias no impone deberes, sino que establece incompetencias e inmunidades⁴⁶.

De lo anterior fluye que los derechos que la constitución adscribe a los individuos limitan la competencia de las autoridades normativas constituidas en el preciso sentido de que las normas constitucionales del tipo (iv) excluyen de dicha competencia la modificación de aquellos derechos. Estos no son otra cosa que *casos solucionados* por la constitución.

⁴¹ GUASTINI (2001) pp. 88-89; MENDONCA y GUIBOURG (2004) p. 154.

⁴² TROPER (2004) p. 113; RUIZ MANERO (2007) pp. 64, 67-68.

⁴³ GUASTINI (2018b) p. 53-60; PRIETO SANCHÍS (2009) pp. 76-78.

⁴⁴ Mientras la vulneración de las normas del tipo (iv) daría lugar a una inconstitucionalidad material, la vulneración de las normas del tipo (iii) sería una subespecie de inconstitucionalidad formal por infracción de las normas del tipo (i), puesto que estas últimas atribuirían a ciertos órganos la competencia para producir normas jurídicas dentro de ciertos límites relativos a las materias que pueden ser objeto de regulación por esos órganos, EZQUIAGA (2001) p. 68; PRIETO SANCHÍS (2009) p. 77. De hecho, suele reconocerse que los aspectos personal y material de la competencia están siempre unidos, CARRIÓ (1994) p. 254; FERRER (2000) pp. 124-125.

⁴⁵ Cosa distinta es que la distinción de los tipos (iii) y (iv) pueda considerarse vaga porque la descripción de la solución implica, en alguna medida, la descripción del caso, ROSS (2000) pp. 124, 139-140 y 168.

⁴⁶ HART (1982) p. 191; HART (2009) p. 86 y 307, nota de la página 82; ROSS (2000) pp. 159-160 y 172.

Las autoridades normativas constituidas son incompetentes para modificarlos y los individuos son inmunes frente a cualquier intento de modificación.

Así, bajo la interpretación/construcción sustentada en el modelo normativo sustantivo de constitución, las disposiciones constitucionales que consagran las llamadas ‘libertades fundamentales’ expresan dos tipos de normas diferentes que no se refieren al mismo tipo de acciones jurídicas:

- (i) *Normas regulativas* que adscriben a todos los individuos *derechos* que reflejan obligaciones de abstención cuyo incumplimiento determina la *ilicitud* de las acciones jurídicas fácticas de los agentes estatales⁴⁷; y
- (ii) *Normas de (in)competencia* que adscriben a todos los individuos *inmunidades* que limitan la competencia de las autoridades constituidas al determinar la invalidez de toda acción jurídica normativa que se dirija a modificar los derechos mencionados en (i)⁴⁸.

El derecho de todo individuo a que los agentes estatales no le impidan expresar su opinión es, por ejemplo, un caso constitucionalmente solucionado por las normas (i). Esto quiere decir que, por ejemplo, la acción de un agente policial de impedir *de facto* la expresión de opiniones está constitucionalmente prohibida (es una acción *ilícita*). Además, las autoridades constituidas son incompetentes para modificar este derecho constitucional mediante las normas (ii) y los individuos, generalmente sujetos a la competencia de las autoridades constituidas, son inmunes frente a esta interferencia normativa. Esto quiere decir que el legislador es *incompetente* para dictar normas legales que restrinjan, por ejemplo, la libertad de prensa (normas que, en consecuencia, podrán ser consideradas *inválidas*). La libertad de expresión es un bien constitucionalmente protegido tanto frente a interferencias fácticas como normativas.

Para que estas limitaciones fácticas y normativas sean eficaces, las constituciones prevén normalmente dos tipos garantía:

- (i) Normas que adscriben a la jurisdicción constitucional la competencia para controlar la licitud de las acciones jurídicas fácticas de los agentes estatales y la validez de las normas producidas por las autoridades normativas constituidas; y
- (ii) Normas que adscriben a los titulares de los ya mencionados derechos e inmunidades la competencia procesal de reclamar judicialmente frente a su violación.

Así, por un lado, los derechos instituidos por normas regulativas pueden ser vistos como derechos judicialmente exigibles en procedimientos de amparo y, por tanto, como derechos subjetivos en sentido técnico⁴⁹. Por otro lado, las inmunidades instituidas por

⁴⁷ ARRIAGADA (2015a) p. 120.

⁴⁸ ARRIAGADA (2022).

⁴⁹ ARRIAGADA (2015a) p. 121. Sobre la noción de derecho subjetivo en sentido técnico, Kelsen (1991) pp. 146-152, 158-159.

normas de ‘incompetencia’ también podrían ser reclamables⁵⁰ si la constitución adscribe a sus titulares la competencia procesal para solicitar que las normas que afecten sus derechos sean declaradas inaplicables o inconstitucionales.

2. LA ‘IGUALDAD ANTE LA LEY’

La ‘igualdad ante la ley’ puede ser reconstruida de diversas formas en el contexto de los límites sustantivos que supuestamente impone al Estado⁵¹.

Las interpretaciones/construcciones posibles a partir de las disposiciones constitucionales pertinentes sustentan dos diferentes tesis: (i) la tesis de la ‘diferencia estructural’ entre igualdad ante la ley y libertades fundamentales, y (ii) la tesis de la ‘ semejanza estructural’ entre igualdad ante la ley y libertades fundamentales. Bajo la primera reconstrucción, solamente son contrarias a la ‘igualdad ante la ley’ las acciones *normativas*. Ellas son inválidas por existir normas que declaran que las autoridades son incompetentes para realizarlas. Bajo la segunda reconstrucción, también pueden ser contrarias a la ‘igualdad ante la ley’ las acciones *fácticas*. Ellas son ilícitas por existir normas regulativas que las prohíben.

Antes de explicar ambas tesis⁵² son necesarias dos aclaraciones. En primer lugar, cuando se habla de ‘igualdad ante la ley’ se suele distinguir entre igualdad en la creación del derecho (*en* la ley) e igualdad en la aplicación del derecho (*ante* la ley)⁵³. La distinción apunta al destinatario de las normas expresadas en las cláusulas constitucionales de igualdad (el legislador o los órganos aplicadores del derecho)⁵⁴. Las interesantes discusiones sobre si estas cláusulas se dirigen (o deben dirigirse) exclusivamente a los órganos aplicadores o también a los legisladores⁵⁵ pierden relevancia cuando se acepta que las normas jurídicas son el resultado de interpretaciones/construcciones de los órganos aplicadores⁵⁶. Ello es

⁵⁰ HART (1982) pp. 190-191.

⁵¹ La literatura distingue entre igualdad como derecho constitucional y como base de la institucionalidad o principio general. Aquí nos concentramos en la igualdad como derecho fundamental. CODDOU (2020).

⁵² Cuál sea la interpretación/construcción dominante dependerá del sistema jurídico de referencia y, por tanto, de las decisiones de los órganos aplicadores del derecho y de la influencia de la dogmática constitucional. Este trabajo se limita a reconstruirlas, por lo que no toma posición por ninguna.

⁵³ DÍAZ DE VALDÉS (2015) pp. 153-187; DÍAZ DE VALDÉS (2019) pp. 31-60; FIGUEROA (2000); ARRIAGADA (2018) pp. 43-74; NOGUEIRA (2006) pp. 802 y ss.

⁵⁴ ALEXY (2007) pp. 347 y ss.; GARCÍA AMADO (1987) p. 115; GUASTINI (2013) p. 34; FIGUEROA (2000) p. 10.

⁵⁵ Según algunos, a menos que las disposiciones constitucionales excluyan explícitamente discriminaciones fundadas en criterios específicos, solamente pueden ser interpretadas como una exigencia de aplicación imparcial dirigida exclusivamente a los órganos de aplicación. Estos solo podrían tomar en cuenta las distinciones que el legislador ha considerado relevantes, sin introducir excepciones, KELSEN (1991) pp. 134-154; ROSS (2005) pp. 351-352; GUASTINI (2013) pp. 35-36; COMANDUCCI (2010a) pp. 12-13. Según otros, con independencia de su carácter genérico, las cláusulas constitucionales relativas a la igualdad ante la ley deben ser interpretadas como dirigidas tanto a los órganos aplicadores como al legislador, BOBBIO (1993) pp. 72-74 y ALEXY (2007) pp. 347-349.

⁵⁶ Los argumentos que típicamente se usan para justificar decisiones de incluir (interpretación extensiva) o excluir (interpretación restrictiva) un caso específico bajo el caso genérico de una norma, con sustento en que dos casos específicos son iguales (argumento analógico) o diferentes (argumento de la disociación), pueden reformularse como operaciones de construcción de normas o excepciones (pretendidamente) implícitas. GUASTINI (2014a) pp. 270-275 y 277-283.

particularmente claro en materia de igualdad, por lo que, en lo sucesivo, hablaremos de ‘igualdad *ante* la ley’.

En segundo lugar, debe distinguirse entre igualdad de trato, diferencia de trato y discriminación. Asumiendo que ninguna persona es igual a otra⁵⁷, consideraremos que hay ‘igualdad de trato’ cuando se aplican las normas que protegen la ‘igualdad ante la ley’: (i) tratando de igual manera aquellos casos en que no hay rasgos que el sistema califique como relevantes⁵⁸ para justificar un trato diferente, o (ii) tratando de manera distinta aquellos casos en que hay rasgos que el sistema considera relevantes para justificar dicho trato diferenciado⁵⁹. En cambio, la ‘discriminación’ (por eso llamada ‘arbitraria’) se verifica cuando se inaplican las normas que protegen la ‘igualdad ante la ley’: (i) tomando en cuenta rasgos que el sistema considera irrelevantes, o (ii) no tomando en cuenta rasgos que el sistema considera relevantes para justificar un trato diverso⁶⁰. Un ejemplo de rasgo que diversos sistemas califican como relevante para justificar un trato diferente es la discapacidad; mientras que un ejemplo de rasgo que diversos sistemas califican como irrelevante para justificar un trato diferente es el género u orientación sexual de una persona. A partir de dichas normas, una acción puede ser calificada como aplicando o inaplicando las normas relativas a la igualdad ante la ley (y podrá eventualmente constituir una acción discriminatoria).

2.1. Tesis de la diferencia estructural: el carácter normativo de las acciones discriminatorias

La tesis de la diferencia estructural afirma que las relaciones jurídicas que las normas constitucionales instituyen entre los individuos y el Estado para la protección de las ‘libertades fundamentales’ son diferentes de las que se instituyen para la protección de la ‘igualdad ante la ley’.

Hemos visto que la protección constitucional de las ‘libertades fundamentales’ puede explicarse como una conjunción de derechos e inmunidades. Los derechos que las constituciones adscriben a los individuos son la otra cara de la prohibición de acciones jurídicas fácticas dirigida a los agentes estatales. Además, las autoridades constituidas son incompetentes para modificar aquellos derechos y los individuos son inmunes a cualquier intento de modificación.

De acuerdo con la tesis de la diferencia estructural, la protección constitucional de la ‘igualdad *ante* la ley’ no admite una reconstrucción semejante porque las únicas acciones discriminatorias que aquella intenta excluir son de carácter normativo (y no fáctico). En consecuencia, las normas constitucionales instituyen únicamente relaciones de inmunidad-incompetencia (y no de derecho-deber). La protección constitucional de la ‘igualdad ante la ley’

⁵⁷ DÍAZ DE VALDÉS (2015) p. 154; FIGUEROA (2000) p. 13.

⁵⁸ Si bien podría trazarse una distinción entre rasgos considerados relevantes/irrelevantes *a priori* o *en abstracto* y *en concreto*, dicha distinción se difumina cuando se asume la distinción entre disposición y norma y se trabaja con el discurso de los órganos aplicadores.

⁵⁹ Estas dos hipótesis suelen denominarse “igualdad por equiparación” e “igualdad por diferenciación”, FIGUEROA (2000) pp. 15 y ss; NOGUEIRA (2006) p. 808.

⁶⁰ La distinción entre ‘diferencia de trato’ y ‘discriminación’ suele trazarse en términos de ‘desigualdad’ y ‘discriminación’, DÍAZ DE VALDÉS (2015) p. 164.

tiene la exclusiva función de impedir que las *normas* producidas por las autoridades normativas constituidas sean discriminatorias. Dado que las normas adscriben situaciones y relaciones jurídicas, la ‘igualdad ante ley’ se vincula con los estatus jurídicos de los individuos⁶¹.

Ahora bien, lo primero que debe descartarse es que la protección constitucional de la igualdad consista en la *prohibición* de producir normas que sean discriminatorias en la asignación de situaciones/relaciones jurídicas. Es habitual que se afirme que la exigencia de igualdad ante la ley es una *prohibición* de producir normas discriminatorias y que los individuos tienen *derecho* a que las autoridades constituidas se abstengan de producirlas⁶². Al respecto valen las mismas consideraciones introducidas a propósito de las libertades fundamentales: una constitución que limita las competencias normativas no impone deberes, sino instituye incompetencias e inmunidades. Las autoridades constituidas son incompetentes para producir normas que sean discriminatorias en la adscripción de situaciones y relaciones jurídicas y los individuos son inmunes a ellas porque no es posible que sean válidas.

Como se ha dicho, la igualdad de trato y la discriminación, respectivamente, aplican y desaplican una norma que protege la ‘igualdad ante la ley’. Ahora bien, como toda norma discrimina en el sentido obvio de que instituye una clase de iguales (los destinatarios a quienes se aplica) y una clase de diferentes (aquellos a quienes no se aplica)⁶³, la ‘igualdad ante la ley’ significa (y así ha sido reconocido tradicionalmente) que las normas no deben discriminar de manera *arbitraria* o *irracional*.

La pregunta pertinente es ante cuáles condiciones puede afirmarse que una norma es discriminatoria. La respuesta concierne al conjunto de criterios que las autoridades constituidas tienen competencia para usar al determinar los casos genéricos y asimismo las diferencias que, en función de tales casos, están justificadas de realizar al adjudicar las soluciones normativas.

Entre tales criterios, los que mejor parecen expresar la idea de igualdad son los que excluyen ciertos rasgos distintivos (raza, sexo o religión) como razones relevantes para un trato diferenciado. Bajo esta óptica, ningún trato diferente puede justificarse sobre la base de la identidad de una persona (i.e. su sexo) ni de su pertenencia (i.e. su religión). Las únicas discriminaciones legítimas se basarían en lo que una persona ha hecho o no ha hecho⁶⁴.

Ahora bien, como la igualdad excluye los rasgos irrelevantes, pero no los relevantes, no solamente se discrimina cuando se adjudican diferentes soluciones normativas en base a rasgos irrelevantes, sino también cuando a dos casos se adjudica la misma solución normativa soslayando la presencia de rasgos relevantes en uno de ellos⁶⁵.

Las discriminaciones podrían conceptualizarse, en términos de Alchourrón y Bulygin, como acciones normativas en las cuales la ‘tesis de relevancia’ (la proposición que identifica el conjunto de propiedades relevantes) usada por una autoridad constituida no coincide con la “hipótesis de relevancia” (la proposición que identifica el conjunto de propiedades que

⁶¹ ROSS (2005) p. 351; Kelsen (1991) p. 153; GUASTINI (2013) p. 34; PRIETO SANCHÍS (2013) p. 16.

⁶² ROSS (2005) p. 351; BOBBIO (1993) pp. 73-74; GARCÍA AMADO (1987) p. 112; GUASTINI (2013) pp. 34 y 36.

⁶³ RAZ (2011) p. 272; LAPORTA (2007) p. 90; COMANDUCCI (2010a) p. 12; GUASTINI (2013) pp. 35-36.

⁶⁴ COMANDUCCI (2010a) p. 14. En Chile, CORREA (2011) p. 114.

⁶⁵ LAPORTA (1987).

deben ser relevantes) usada por la autoridad constituyente⁶⁶. La constitución determinaría la amplitud de los universos de casos que el legislador puede producir imponiendo determinadas hipótesis de relevancia para determinadas soluciones normativas. Si las tesis de relevancia usadas difieren de las hipótesis constitucionalmente relevantes, las autoridades normativas darían lugar a mundos constitucionalmente imposibles o inaccesibles⁶⁷.

Las formas de discriminación serían: (i) adjudicar diferentes soluciones normativas en base a rasgos irrelevantes y (ii) adjudicar la misma solución normativa para dos casos, pasando por alto la presencia de rasgos relevantes en uno de ellos. Ellas coinciden con las dos situaciones en las cuales, según Alchourrón y Bulygin, hay discrepancia entre una tesis y una hipótesis de relevancia que son comparables: (i) la hipótesis de relevancia es menos amplia que la tesis porque existe al menos una propiedad relevante que no debe serlo (el legislador ha hecho demasiadas distinciones) y (ii) la hipótesis de relevancia es más amplia que la tesis porque existe al menos una propiedad que debe ser relevante (el legislador ha pasado por alto una distinción)⁶⁸.

Ahora bien, si la protección constitucional de la ‘igualdad ante la ley’ consiste en instituir una relación de incompetencia/inmunidad entre las autoridades constituidas y los individuos, las normas que instituyen esta relación habrían de determinar las propiedades que son irrelevantes y relevantes para justificar tratos diferenciados. Solamente así sería posible identificar las situaciones en que una autoridad constituida tiene en cuenta propiedades constitucionalmente irrelevantes o no tiene en cuenta propiedades constitucionalmente relevantes.

Bajo este supuesto, las inmunidades de los individuos y las correlativas incompetencias de las autoridades normativas constituidas son garantizadas mediante órganos con competencia para declarar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de las normas discriminatorias. Las inmunidades de los individuos podrían ser, además, reclamables si a sus titulares se adscribe la competencia procesal para requerir la declaración de dichas inaplicabilidad o inconstitucionalidad.

La tesis de la diferencia estructural puede entonces resumirse en dos diferencias:

2.1.1. La primera diferencia concierne a los tipos de situaciones y relaciones jurídicas instituidas por normas constitucionales.

Las disposiciones constitucionales relativas a las ‘libertades fundamentales’ expresan dos tipos de normas jurídicas diferentes que no se refieren al mismo tipo de acciones jurídicas: (i) *normas regulativas* que confieren a todos los individuos *derechos* que reflejan obligaciones de abstención cuyo incumplimiento determina la *ilicitud* de las acciones jurídicas fácticas de los agentes estatales; y (ii) *normas de (in)competencia* que confieren a todos los individuos *inmunidades* que limitan la competencia de las autoridades constituidas al determinar la invalidez de toda acción jurídica que produzca una norma que modifique los derechos mencionados en (i).

⁶⁶ ALCHOURRÓN Y BULYGIN (1975) pp. 153-157.

⁶⁷ MORESO (2014) p. 155.

⁶⁸ ALCHOURRÓN Y BULYGIN (1975) p. 160.

Las disposiciones constitucionales relativas a la ‘igualdad ante la ley’ expresan únicamente *normas de (in)competencia* que adscriben a todos los individuos una *inmunidad* que limita la competencia de las autoridades constituidas al determinar la invalidez de toda acción jurídica que produzca una norma discriminatoria.

2.1.2. La segunda diferencia concierne específicamente a las relaciones de inmunidad/incompetencia instituidas por normas constitucionales

Si la constitución puede ser entendida como un sistema originario que determina los sistemas jurídicos constitucionalmente posibles, dos clases de sistemas serían imposibles: (i) cualquiera que contenga una o más normas que conecten casos genéricos con soluciones normativas inconsistentes con las soluciones normativas previstas en las normas de la constitución y (ii) cualquiera que contenga una o más normas cuyos casos genéricos sean contruidos a partir de combinaciones de propiedades que no son las que, según las normas constitucionales, deben ser relevantes⁶⁹.

La diferencia entre la protección constitucional de las ‘libertades fundamentales’ y la de la igualdad ante la ley podría entonces expresarse así:

- (i) Las normas constitucionales que, para la protección de las ‘libertades fundamentales’, instituyen relaciones de incompetencia/inmunidad entre las autoridades constituidas y los individuos excluyen a los sistemas de la primera clase; y
- (ii) Las normas constitucionales que, para la protección de la igualdad ante la ley, instituyen relaciones de incompetencia/inmunidad entre las autoridades constituidas y los individuos excluyen a los sistemas de la segunda clase.

Además, las situaciones jurídicas que las normas constitucionales adscriben a los individuos para proteger las ‘libertades fundamentales’ y la ‘igualdad ante la ley’ están garantizadas mediante la competencia jurisdiccional para controlar la observancia de aquellas normas. Las mencionadas situaciones jurídicas podrían estar, a su vez, reforzadas por normas que adscriben a sus titulares la competencia procesal para reclamar su respeto ante la jurisdicción constitucional. En esto no habría diferencia entre la protección constitucional de las ‘libertades fundamentales’ y la de la ‘igualdad ante la ley’.

2.2. Tesis de la semejanza estructural: el carácter normativo y fáctico de las acciones discriminatorias

Las disposiciones relativas a la ‘igualdad ante la ley’ también admiten una interpretación/construcción semejante a la de las disposiciones relativas a las ‘libertades fundamentales’. En este sentido, dichas disposiciones expresarían, por un lado, normas regulativas que confieren a los individuos derechos que reflejan obligaciones de abstención; y normas de (in) competencia que confieren a los individuos inmunidades que limitan la competencia de las autoridades constituidas para modificar los derechos conferidos por las normas regulativas.

⁶⁹ MORESO (2014) pp. 145-156 con directa influencia de ALCHOURRÓN Y BULYGIN (1975).

Respecto de las normas de (in)competencia, vale todo lo dicho en la sección anterior. Las normas constitucionales que, para la protección de la igualdad ante la ley, instituyen relaciones de incompetencia/inmunidad entre las autoridades constituidas y los individuos excluyen a los sistemas que contengan una o más normas cuyos casos genéricos sean contruidos a partir de combinaciones de propiedades que no son las que, según las normas constitucionales, deben ser relevantes. Estas normas determinan la invalidez de las normas producidas mediante acciones normativas discriminatorias.

Ahora bien, según esta interpretación/construcción, las normas constitucionales relativas a la ‘igualdad ante la ley’ instituyen también relaciones de derecho/deber entre los individuos y el Estado. Las acciones discriminatorias podrían ser (también) acciones fácticas.

Desde esta perspectiva, si bien todo juicio de igualdad es normativo en el sentido de que aplica una norma, no todo juicio de igualdad es normativo en el sentido de que se realiza mediante una acción normativa. Una ‘acción discriminatoria’ que viola una norma (regulativa) que instituye la igualdad podría consistir en una acción fáctica que: (i) toma en cuenta propiedades que el sistema considera irrelevantes (i.e. cuando a ciertas personas se les deniega *de facto* la entrada a ciertos lugares, el paso en un control o se cometen a su respecto abusos verbales o violencia)⁷⁰, o (ii) no toma en cuenta propiedades que el sistema considera relevantes (i.e. cuando se impide a personas con discapacidad ingresar a recintos con sus elementos de apoyo, como animales o personas cuidadoras).

Esto es lo que parecen sostener quienes afirman que una discriminación que lesiona la igualdad ante la ley puede ser el resultado indirecto de acciones fácticas. Así, por ejemplo, según Figueroa, si a una persona se le perturba *de facto* su derecho a la asociación se infringe, además de ese derecho, la igualdad ante ley porque todas las personas, salvo la afectada, podrían gozar de ese derecho⁷¹. Se estaría realizando una diferencia de trato (limitar de facto la posibilidad de asociarse) a partir de propiedades que el sistema considera irrelevantes para justificar un trato diferenciado⁷².

Conforme a esta reconstrucción, los individuos tienen derecho a que los agentes estatales se abstengan de realizar acciones fácticas que limiten arbitrariamente el disfrute de bienes *distintos* a la igualdad, y aquellos agentes tienen el deber de abstenerse de realizar dichas acciones⁷³. Como las acciones fácticas no pueden ser válidas o inválidas, sino solamente lícitas o ilícitas, el incumplimiento de las obligaciones de abstención correspondientes a aquellos derechos individuales constituye una acción ilícita prohibida por la constitución.

⁷⁰ AÑÓN (2013) p. 143. Como este trabajo se limita a las relaciones entre individuos y Estado, nos referimos a acciones fácticas perpetradas por agentes estatales (i.e. policías). Esta línea interpretativa/construktiva ha sido utilizada, por ejemplo, a propósito del control de identidad en Chile, IRRARÁZABAL (2015).

⁷¹ FIGUEROA (2000) p. 41. La ‘igualdad ante la ley’ no aparece como un meta-derecho, sino como una norma que disciplina directamente la conducta fáctica de los agentes estatales (en relación con bienes como la libertad de conciencia o la libertad de asociación).

⁷² En contraste, conforme a la ‘tesis de la diferencia estructural’, una perturbación de carácter fáctico no podría contravenir la igualdad ante la ley. No obstante, si frente a una perturbación de esta clase, el individuo afectado reclamare ante la corte, la norma producida por la sentencia que resuelve dicho reclamo podría ser discriminatoria en el sentido requerido por la ‘igualdad ante la ley’.

⁷³ A esto parece referirse Nogueira con ‘discriminación *de facto*’, NOGUEIRA (2006) pp. 820 y ss.

El derecho de todo individuo a que los agentes estatales no le impidan *de facto* asociarse es un caso constitucionalmente solucionado por normas regulativas. Además, las autoridades constituidas son incompetentes para modificar este derecho constitucional, de suerte que los individuos, generalmente sujetos a la competencia de aquellas autoridades, son inmunes frente a esta interferencia normativa. La igualdad ante la ley es un bien constitucionalmente protegido tanto frente a interferencias fácticas como normativas.

Al igual que en el caso de las libertades, para que estas limitaciones fácticas y normativas sean eficaces, normalmente se prevén dos tipos de garantías:

- (i) Normas constitucionales que atribuyen competencia a la jurisdicción constitucional para controlar la licitud de las acciones jurídicas fácticas de los agentes estatales y la validez de las normas producidas por las autoridades normativas constituidas; y
- (ii) Normas constitucionales que adscriben a los individuos la competencia procesal para reclamar judicialmente frente a la violación de sus derechos e inmunidades tanto en procedimientos de amparo, como en procedimientos dirigidos a declarar la inconstitucionalidad de las normas.

III. LIBERTADES E IGUALDAD EN EL MODELO NORMATIVO PROCEDIMENTAL

Conforme al modelo normativo procedimental, la constitución protege a los individuos del poder de los órganos estatales mediante normas que instituyen un sistema de poderes y contrapoderes cuya interacción, control e influencia recíprocas impide que aquellos órganos abusen de sus poderes condicionando la adopción de compromisos sustantivos.

Sus características son las del modelo mecanicista descrito por Troper que se sustenta en la idea de que una distribución de competencias que tiene en cuenta los intereses y las pasiones hace que los órganos estatales se vean constreñidos a adoptar compromisos que impiden resultados no moderados⁷⁴. La mejor manera de hacer más probables los contenidos deseados es diseñando los órganos y sus poderes normativos de forma tal que su juego conjunto maximice, principalmente a través de mecanismos de frenos y contrapesos, la probabilidad de contenidos de ese tipo⁷⁵.

Conforme a este modelo, las relaciones jurídicas que, para la protección de ciertos bienes, son instituidas entre los individuos y el Estado constituyen –no una barrera sustantiva que los órganos estatales no pueden traspasar, sino– el resultado sustantivo de un equilibrio de las competencias formal y dinámicamente delimitadas.

Por lo mismo, el concepto de ‘contrapoder’ no es aplicable a los órganos que, conforme al modelo normativo sustantivo, son competentes para controlar la *observancia* de normas constitucionales que instituyen relaciones jurídicas de derechos/obligaciones y de

⁷⁴ TROPER (2004) pp. 106-108.

⁷⁵ RUIZ MANERO (2007) p. 67.

inmunidades/incompetencias entre los individuos y el Estado⁷⁶. Esto es importante porque en un modelo procedimental o mecanicista la constitución es inviolable –no porque su garantía resida en un cuerpo de control (como en el modelo sustantivo), sino– porque cualquier intento de una autoridad de sobrepasar las competencias asignadas por la constitución choca con la competencia de otra autoridad⁷⁷.

Ahora bien, debe subrayarse que, como los poderes y contrapoderes son instituidos por *normas* de competencia, este modelo es tan *normativo* como el modelo sustantivo⁷⁸. A este modelo se asocia una tesis que afirma la semejanza estructural entre la protección constitucional de las ‘libertades fundamentales’ y la de la ‘igualdad ante la ley’.

Si el objetivo del constitucionalismo es limitar el poder estatal mediante una distribución de competencias que permita a los diversos órganos oponerse entre sí y que, de este modo, se produzca un equilibrio⁷⁹, es preciso explicitar cuáles son las estructuras normativas que hacen posible tal equilibrio.

1. EL FALSO PRESUPUESTO DEL MODELO NORMATIVO SUSTANTIVO

Las tesis presentadas en la sección II presuponen que las disposiciones que consagran las llamadas ‘libertades fundamentales’ y ‘la igualdad ante la ley’ determinan el contenido de los derechos e inmunidades de los individuos frente a al Estado. Dicha presuposición es rechazada por el modelo normativo procedimental.

Para el modelo sustantivo, las cortes son competentes para determinar la licitud/ilicitud de las acciones jurídicas fácticas de los agentes estatales y la validez/invalidéz de las normas jurídicas de las autoridades constituidas, argumentando la afectación/no afectación de las llamadas ‘libertades fundamentales’ y la ‘igualdad ante la ley’. La pregunta relevante es si, al hacerlo, *aplican* normas constitucionales que determinan: (i) lo que está prohibido para los agentes estatales y los correlativos derechos individuales; (ii) lo que se excluye de la competencia de las autoridades constituidas y las correlativas inmunidades individuales. Por razones prácticas y teóricas, la respuesta habría de ser negativa.

Las razones prácticas dicen relación con la característica indeterminación de las disposiciones constitucionales sobre ‘derechos fundamentales’. Esta indeterminación, unida a la circunstancia de que entre los diversos ‘derechos’ se producen conflictos⁸⁰, no disminuiría, sino que aumentaría la discreción de los jueces, quienes determinarían su contenido a través de la interpretación⁸¹. Ello sería la causa de que, frente a los derechos fundamentales,

⁷⁶ En contra, GUASTINI (2017) p. 262, según quien instituir órganos competentes para controlar la observancia de las normas que limitan el poder es lo mismo que crear contrapoderes.

⁷⁷ TROPER (2004) p. 110.

⁷⁸ Cuando Guastini confronta los modelos normativo y mecánico de Troper afirma que la técnica de limitación del poder político de uno y otro es diferente porque en el primero el poder se limita sometándolo a normas y en el segundo creando contrapoderes, GUASTINI (2017) p. 262. La única explicación para ello es que esté usando un concepto restrictivo de norma que se limita a las regulativas.

⁷⁹ Así describe Pozzolo el constitucionalismo de los contrapoderes mediante frenos y contrapesos, POZZOLO (2011) pp. 53-56.

⁸⁰ CELANO (2009) p. 287.

⁸¹ GUASTINI (2010b) pp. 223-225 y 228-231; PECES-BARBA (1999) p. 77.

la lucha ideológica se hubiere desplazado desde el ámbito de la política hacia la interpretación constitucional y, por consiguiente, desde el parlamento hacia los tribunales⁸².

La tipificación constitucional de los derechos contendría referencias normativas y valorativas cuyo significado no podría precisarse *ex ante*. Para determinar el contorno de un derecho no bastaría con acudir a las disposiciones normativas que lo reconocen. Sería necesario considerar todos y cada uno de los preceptos constitucionales e incluso criterios externos a la constitución⁸³. Muchas cláusulas constitucionales tendrían la aptitud de ser adaptadas en su significado y alcance a nuevas necesidades, expectativas y concepciones de lo justo⁸⁴. Sin violar la constitución, los poderes públicos podrían tener comportamientos variados e imprevisibles⁸⁵.

Estos problemas serían particularmente agudos en materia de igualdad ante la ley. Dada la indeterminación sobre cuándo una discriminación es arbitraria, la decisión dependería de un juicio de razonabilidad valorativo del juez⁸⁶. Aun cuando las disposiciones constitucionales aludieran a distinciones basadas en razones determinadas (i.e. raza, sexo, opinión política), los tribunales podrían interpretarlas genéricamente, de modo que una norma podría ser considerada inconstitucional: (i) por razones distintas de las enumeradas y (ii) aun cuando no distinga por alguna de las razones expresamente enumeradas⁸⁷. Todos los casos en que el intérprete considerase violada la igualdad ante ley serían instancias paradigmáticas del concepto de laguna axiológica⁸⁸, donde habría discrepancia entre la hipótesis de relevancia de la constitución y la tesis de relevancia usada por la autoridad constituida.

La mayor dificultad sería, sin embargo, teórica y lógica. A falta de una norma superior a la constitución, su supremacía solamente podría definirse en términos de que, si una conducta de los poderes públicos es contraria a la constitución, debe ser sancionada o anulada. Esto mostraría que no es la supremacía la que conduce al control, sino el control el que crea la supremacía⁸⁹, lo que llevaría al problema de quién vigila a los guardianes de la constitución. El problema no sería nunca de modo exclusivo ni prioritario cuál es la respuesta correcta, sino quién y de qué manera es competente para adoptar la decisión del caso de forma autoritativa y definitiva⁹⁰.

2. ‘LIBERTADES FUNDAMENTALES’, ‘IGUALDAD ANTE LA LEY’ Y COMPETENCIAS PROCESALES

Considerando lo anterior, conforme al modelo normativo procedimental de constitución, las disposiciones constitucionales que consagran las llamadas ‘libertades fundamentales’ y la ‘igualdad ante la ley’ no expresan normas que adjudican auténticas soluciones

⁸² BERNAL (2004) p. 116.

⁸³ PRIETO SANCHÍS (2000) pp. 432-433.

⁸⁴ GARCÍA AMADO (2004) p. 72.

⁸⁵ TROPER (2004) p. 113.

⁸⁶ PRIETO SANCHÍS (2013) p. 16.

⁸⁷ GUASTIN (2001) pp. 53-54 y GUASTIN (2013) pp. 36-37.

⁸⁸ GUASTINI (2001) pp. 53-54; GUASTIN (2011) pp. 147-148; GUASTIN (2013) p. 37.

⁸⁹ TROPER (2004) pp. 114-115.

⁹⁰ CELANO (2001); CELANO (2009) p. 296; LAPORTA (2007) p. 103.

normativas a determinados casos: (i) no expresan normas que, al adscribir a los individuos derechos, determinan *ex ante* el contenido de las correspondientes obligaciones cuyo cumplimiento condiciona la licitud de las acciones jurídicas fácticas de los agentes estatales, y (ii) no expresan normas que, al atribuir a los individuos inmunidades, limitan la competencia de las autoridades constituidas excluyendo *ex ante* determinados contenidos de las futuras normas.

Las disposiciones constitucionales que consagran las ‘libertades fundamentales’ y ‘la igualdad ante la ley’ expresan fragmentos de las normas que adscriben competencias tanto a la jurisdicción constitucional como a los individuos.

2.1. COMPETENCIAS PARA DETERMINAR EL CONTENIDO DE INMUNIDADES

Conforme al modelo normativo procedimental, las disposiciones relativas a las ‘libertades fundamentales’ y a ‘la igualdad ante la ley’ expresan fragmentos de normas sobre la producción jurídica que confieren a la jurisdicción constitucional la *competencia* para determinar: (i) el contenido de los derechos de individuos (en procesos de amparo constitucional) y (ii) el contenido de las inmunidades de los individuos (en procesos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad de normas y, en algunos casos, en procesos de amparo).

Además, la jurisdicción constitucional está a menudo *sujeta* a las competencias procesales que las constituciones adscriben a los individuos para iniciar los procedimientos en que se decide: (i) la constitucionalidad de las acciones jurídicas fácticas de agentes estatales y el correspondiente contenido de los derechos individuales (amparos constitucionales), y (ii) la constitucionalidad de las acciones normativas de las autoridades constituidas y el correspondiente contenido de las inmunidades individuales (procesos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad de normas y, en algunos casos, de amparo). Así, las disposiciones relativas a las ‘libertades fundamentales’ y a ‘la igualdad ante la ley’ expresan también fragmentos de las normas que adscriben a los individuos la competencia procesal de participar en la determinación del contenido de sus derechos e inmunidades.

Esta tesis según la cual los ‘derechos fundamentales’ garantizados en las constituciones son “competencias” para participar en la producción de normas es paradigmáticamente defendida por Kelsen y se sustenta en los siguientes pasos argumentativos:

a.- La constitución en sentido formal expresa una decisión de autolimitación en cuya virtud las normas que afectan a una determinada esfera de intereses solamente son posibles mediante un acuerdo entre mayoría y minoría. Es el documento que contiene disposiciones según las cuales las normas contenidas en él solamente pueden ser modificadas bajo condiciones calificadas. Estas disposiciones sirven para estabilizar las normas de la constitución en sentido material que, en cambio, regulan la producción de normas jurídicas generales⁹¹.

b.- La incorporación de un catálogo de ‘derechos’ fundamentales en las constituciones no es otra cosa que una tentativa de impedir la producción de normas que lesio-

⁹¹ KELSEN (1991) pp. 232-233; KELSEN (2009a) pp. 140-142.

nen ciertos bienes, por lo que su eficacia solo existe cuando se prevé alguna forma de controlar que las normas se ajusten a la Constitución⁹².

c.- Dado que no hay contradicción entre política y jurisdicción y que el acto de anular una norma es un acto de producción de signo negativo, el órgano que controla la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía es un legislador negativo. La jurisdicción constitucional en relación con las normas de inferior jerarquía solamente es posible cuando las normas materialmente constitucionales son también formalmente constitucionales. Esto significa que la decisión de anular una norma inconstitucional por razones de ‘contenido’ no se fundamenta en la norma misma, sino en el ‘hecho’ de no haber sido producida conforme al procedimiento de reforma constitucional. La función de la jurisdicción constitucional consiste en que una norma debe ser anulada en su validez general (para todos los casos) o particular (para un caso concreto) porque el hecho concreto de su producción se encuentra en contradicción con la norma que regula ese hecho, y que por ello es una norma superior⁹³.

d.- Aunque las denominadas ‘libertades fundamentales’ garantizadas en las constituciones aparecen como “prohibiciones” de dictar normas de ciertos contenidos, no constituyen auténticos derechos porque no consisten en imponer la obligación jurídica de no dictar tales normas. Constituyen un “derecho” en el preciso sentido de un ‘poder jurídico’ para iniciar, mediante una acción, el procedimiento dirigido a la anulación general o particular de las normas inconstitucionales. Pertenecen, así, a la categoría de los ‘derechos políticos’ que en los estados democráticos facultan a los ciudadanos a participar directa o indirectamente en la producción del orden jurídico en el cual se expresa la voluntad estatal. Bajo la misma categoría se incluye, por tanto, el poder de elegir a los representantes de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial⁹⁴.

Así, ni del hecho que la constitución haya sustraído ciertas esferas de intereses de la competencia del legislador ordinario ni del hecho que esta decisión esté garantizada mediante un mecanismo de control de constitucionalidad, se sigue que los individuos sean titulares de determinadas situaciones jurídicas frente a las autoridades normativas constituidas. Entendidas como *competencias*, tales situaciones jurídicas solamente entran en juego cuando el control de la constitucionalidad se hace depender de una decisión de los individuos. Los individuos no tienen un derecho a que las autoridades constituidas se abstengan de producir normas de ciertos contenidos ni tampoco una inmunidad frente a tales normas, sino la competencia de participar en los procesos en los cuales puede determinarse su invalidez general o particular.

Esto explica que pueda decirse que las disposiciones constitucionales que consagran las ‘libertades fundamentales’ y ‘la igualdad ante la ley’ expresan:

⁹² KELSEN (2009b) pp. 292-293.

⁹³ KELSEN (2009b) pp. 305-308, 311-314, 324-325 y nota 11 del mismo trabajo.

⁹⁴ KELSEN (1991) pp. 150-156.

- (i) Fragmentos de las normas que adscriben a la jurisdicción constitucional la competencia para determinar el contenido de las inmunidades de los individuos y
- (ii) Fragmentos de las normas que adscriben a los individuos la competencia para participar en dicha determinación.

Tales normas constituirían el significado de al menos cinco disposiciones normativas⁹⁵:

- (i) Una disposición que declara asegurar ciertos bienes, como la libertad personal o la igualdad ante la ley;
- (ii) Una disposición que condiciona la validez general o particular de toda norma jurídica a su conformidad con la constitución;
- (iii) Una disposición que condiciona la validez general o particular de la reforma de la Constitución a su aprobación con un quórum más elevado que el previsto para la modificación de las demás disposiciones del orden jurídico;
- (iv) Una disposición que confiere competencia a un juez para declarar la inconstitucionalidad (invalidez) general o particular de las normas producidas por las autoridades constituidas que, pudiendo afectar los bienes mencionados en el número (i), no hayan sido aprobadas con el quórum previsto para reformar la constitución; y
- (v) Una disposición que confiere a los individuos la competencia para requerir que ese juez declare la inconstitucionalidad (invalidez) recién mencionada.

2.2. Competencias para determinar el contenido de derechos

Dada la indeterminación característica de las disposiciones constitucionales, la aproximación kelseniana también podría explicar que las disposiciones constitucionales que consagran las llamadas ‘libertades fundamentales’ (y, eventualmente, la ‘igualdad ante la ley’⁹⁶) expresan asimismo: (i) fragmentos de las normas que atribuyen a la jurisdicción constitucional la competencia para determinar, en procesos de amparo, el contenido de los derechos de individuos, esto es, las obligaciones cuyo incumplimiento determina la ilicitud de las acciones jurídicas fácticas de los agentes estatales y (ii) fragmentos de las normas que atribuyen competencia a los individuos para participar en dicha determinación.

Las normas que adscriben a jueces la competencia para determinar las obligaciones que constituyen el contenido de los derechos de los individuos y a estos últimos la competencia para participar en dicha determinación constituirían el significado de al menos cuatro disposiciones constitucionales:

- (i) Una disposición que declara asegurar de ciertos bienes, como la libertad personal, de opinión, de conciencia, etc.;
- (ii) Una disposición que condiciona la licitud de toda acción fáctica de los agentes estatales a su conformidad con la Constitución;

⁹⁵ ARRIAGADA (2015a) p. 126.

⁹⁶ Dependiendo la interpretación/construcción que corresponda, según se vio en el apartado anterior.

- (iii) Una disposición que confiere a una corte la competencia para declarar la ilicitud de las acciones fácticas de agentes estatales que afectan los bienes mencionados en el número (i);
- (iv) Una disposición que confiere a los individuos la competencia de requerir a esa corte que declare la señalada ilicitud.

De todo lo dicho se sigue que los individuos a quienes las constituciones adscriben la competencia para participar en las decisiones de los tribunales no serían ni más ni menos que uno de los poderes normativos constituidos cuyas competencias son delimitadas mediante controles e influencias recíprocas. Las disposiciones que, para proteger bienes como las 'libertades fundamentales' o la 'igualdad ante ley', instituyen situaciones jurídicas individuales no serían, como suele creerse, normas sustanciales, sino normas de organización. No integrarían la parte dogmática de los textos constitucionales, sino su parte orgánica, o bien no tendría sentido seguir usando esta tradicional distinción.

Esto es consistente con la tesis según la cual el objetivo del constitucionalismo de los derechos es, bajo la influencia de Kelsen, dilatar o postergar en tanto sea posible la decisión soberana, última, no sujeta a revisión. Se trata de multiplicar las instancias de control, los vínculos y los límites (instituyendo poderes de determinación de tales vínculos, vínculos sobre estos poderes, nuevos poderes competentes para juzgar el respeto de los vínculos, y así sucesivamente) con el fin de retrasar y, de ese modo, despotenciar el momento de la manifestación de la soberanía⁹⁷.

IV. CONCLUSIÓN

La materia sobre la que versa este trabajo puede ser analizada desde al menos tres perspectivas diferentes. Desde una perspectiva típicamente dogmática, el foco habría situarse en un ordenamiento jurídico específico con el objetivo de determinar cuál es el modelo de constitución que permite la mejor interpretación/construcción de las disposiciones constitucionales que establecen las 'libertades fundamentales' e 'igualdad ante la ley', a la luz de ciertas creencias o preferencias valorativas o ideológicas. Desde una perspectiva científica, el foco también habría de situarse en un ordenamiento jurídico específico, pero con el propósito de determinar la medida en que alguna de las interpretaciones/construcciones que son posibles, a partir de aquellas disposiciones y de la influencia de la dogmática constitucional, puede ser considerada dominante.

La perspectiva de la teoría general del derecho, que es la adoptada en este trabajo, es preliminar y funcional a las otras dos perspectivas. La explicitación de los modelos conceptuales implicados en la adopción de aquellas interpretaciones/construcciones y las propuestas dirigidas a refinar la red conceptual que les sirve de sustento allanan el camino de los juristas, removiendo confusiones y proporcionando, en general, claridad conceptual para la consecución de sus objetivos.

⁹⁷ CELANO (2009) pp. 297-298.

Hemos descrito dos interpretaciones/construcciones que son posibles a partir de las disposiciones constitucionales relativas a las ‘libertades fundamentales’ y a la ‘igualdad ante la ley’, que no solamente están disponibles para la dogmática constitucional y los órganos aplicadores del derecho, sino también para los juristas científicos.

A partir de la distinción de dos tipos de normas, así como de dos tipos de acciones a las que dichas normas pueden referirse, hemos procurado explicitar las estructuras que hacen posible el cumplimiento de la función del constitucionalismo de limitar el poder del Estado con base en dos modelos de constitución, que llamamos “sustantivo” y “procedimental”. Conforme a cada uno de dichos modelos, las disposiciones constitucionales mencionadas expresan diversos tipos de normas referidas a diversos tipos de acciones, instituyendo diferentes clases de relaciones entre los individuos y el Estado.

Mostramos que el tipo de normas que expresen tales disposiciones está estrechamente relacionado con un modelo de constitución en que el poder de los distintos órganos estatales está limitado de una manera diferente. En este sentido, la forma en que se cumple la función del constitucionalismo de los derechos –de legitimar los poderes públicos, limitándolos– admite, al menos, dos reconstrucciones posibles.

Conforme al modelo que llamamos ‘normativo sustantivo’, la constitución protege a los individuos del poder de los órganos estatales mediante normas que instituyen límites sustantivos a las acciones de dichos órganos y el respeto de tales límites es controlado por la jurisdicción constitucional. Dentro de este modelo, distinguimos a su vez dos posibles variantes, que llamamos ‘tesis de la semejanza estructural’ y ‘tesis de la diferencia estructural’. De acuerdo con la primera, las disposiciones que establecen la ‘igualdad ante la ley’ y las ‘libertades fundamentales’ expresan normas que instituyen relaciones de derecho-deber y de inmunidad-incompetencia. De acuerdo con la segunda, las disposiciones relativas a la ‘igualdad ante la ley’ expresan normas que instituyen (solamente) relaciones de inmunidad-incompetencia, de manera que las acciones discriminatorias solo pueden ser normativas, y en eso se distinguen de las disposiciones relativas las ‘libertades fundamentales’ que, en cambio, expresan normas que instituyen relaciones de derecho-deber y de inmunidad-incompetencia.

Conforme al modelo que denominamos ‘normativo procedimental’ la constitución protege a los individuos del poder de los órganos estatales mediante normas que instituyen un sistema de poderes y contrapoderes, y no límites sustantivos. De esta manera, las disposiciones constitucionales que consagran las ‘libertades fundamentales’ y ‘la igualdad ante la ley’ expresan fragmentos de normas que adscriben competencias tanto a la jurisdicción constitucional como a los individuos para determinar el contenido de los derechos e inmunidades de los individuos, de suerte que este contenido no viene determinado *ex ante* por el texto constitucional. Bajo este modelo, de inspiración kelseniana, la interacción, control e influencia recíprocas impide que aquellos órganos abusen de sus poderes condicionando la adopción de compromisos sustantivos.

El trabajo aquí realizado es, pues, un punto de partida para trabajos que pretendan responder a preguntas tales como ¿Cuál es, a la luz de ciertas creencias o preferencias valorativas o ideológicas, el modelo de constitución que permite la mejor interpretación/construcción de las disposiciones constitucionales que establecen las ‘libertades fundamentales’ e ‘igualdad ante la ley’? o ¿En qué medida alguna de las interpretaciones/construcciones

que son posibles a partir de aquellas disposiciones y de la influencia de las tesis interpretativas y constructivas de la dogmática constitucional puede ser considerada dominante?

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1975) [1971]: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, Astrea).
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1991a) [1983]: “Definiciones y normas”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 439-463.
- ALEXY, Robert (2007) [1984]: *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- AÑÓN ROIG, María José (2013): “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, vol. 39: pp. 127-157.
- ARRIAGADA, María Beatriz (2015a): “Las cortes constitucionales frente a los ‘derechos civiles y políticos’. Una mirada desde la teoría analítica del derecho”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 105: pp. 105-136.
- ARRIAGADA, María Beatriz (2015b): “La imposibilidad de equiparar derechos sociales y liberales”. *Revista Chilena de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Chile), vol. 42, N° 3, septiembre- diciembre: pp. 819-842.
- ARRIAGADA, María Beatriz (2017): “Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas”, *Doxa*, vol. 40: pp. 93-121.
- ARRIAGADA, María Beatriz (2018): “Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad: tres tesis sobre Hohfeld en discusión”, *Revus*, vol. 35: pp. 1-37.
- ARRIAGADA, María Beatriz (2022): “Las ‘piezas’ de Alchourrón y Bulygin”, en Ferrer, J., Moreso, J.J., Navarro, P., y Rodríguez, J. (coords.) *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, volumen I. Madrid: Marcial Pons (en prensa).
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2004): *Las piezas del derecho* (Barcelona, Ariel).
- BARRANCO, María del Carmen (1996): *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual* (Madrid, Dykinson).
- BERLIN, Isaiah (2017) [1947] “El propósito de la filosofía”, en HARDY, H (ed.) *El poder de las ideas. Ensayos escogidos* (Barcelona, Página indómita) pp. 77-93.
- BERNAL, Carlos (2004): “Fundamento concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen los derechos sociales?” de Fernando Atria”, *Discusiones*, N° 4: pp. 99-144.
- BIX, Brian (2006) [2004]: *Teoría del Derecho: ambición y límites* (Madrid: Marcial Pons).
- BOBBIO, Norberto (1993) [1977]: *Igualdad y Libertad* (Barcelona, Paidós).
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. (2001) [1993]: *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft).
- BULYGIN, Eugenio (1991a) [1976]: “Sobre la regla de reconocimiento”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 383-391.
- BULYGIN, Eugenio (1991b) [1988]: “Sobre las normas de competencia”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 485-498.

- BULYGIN, Eugenio (1991c) [1988]: “Sobre las normas de competencia”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 371-382.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. (1998) [1922]: *Teoría general del Estado* (México D.F, Fondo de Cultura Económica).
- CARRIÓ, Genaro (1991): “Nota preliminar” a HOHFELD, Wesley., *Conceptos jurídicos fundamentales* (México D.F: Fontamara) pp. 7-21.
- CARRIÓ, Genaro (1994): *Notas sobre derecho y lenguaje* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- CELANO, Bruno (2001): “Justicia procedimental pura y teoría del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, N° 24: pp. 407-427.
- CELANO, Bruno (2009): “Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de derecho”, en *Derecho, justicia y razones. Ensayos 2000-2007* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 281-298.
- CHIASSONI, Pierluigi (2011): “Disposición y norma. Una distinción revolucionaria” en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO ALDAY, Rafael (edits.), *Disposición vs. Norma* (Lima, Paletstra) pp. 7-17.
- CHIASSONI, Pierluigi (2012) [2011]: “¿Los precedentes son vinculantes?”, en *Desencantos para abogados realistas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia) pp. 211-266.
- CODDOU, Alberto (2020): “Derecho a la igualdad ante la ley”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (edits.), *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia, Tirant Lo Blanch) pp. 243-279.
- COMANDUCCI, Paolo (2010a): “Igualdad”, en *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 7-19.
- COMANDUCCI, Paolo (2010b): “Democracia y derechos fundamentales”, en *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 37-57.
- COMANDUCCI, Paolo (2010c): “Epistemología jurídica”, en *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 175-185.
- CORREA, Jorge (2011): “Jurisprudencia del TC en materia de Igualdad ante la Ley. ¿Saliedo de la pura tautología?”, *Anuario de Derecho Público*, N° 1: pp. 96-126.
- CRUZ PARCERO, Juan (2004): “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones*, N° 4: pp. 71-98.
- CRUZ PARCERO, Juan (2007): *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos* (Madrid, Trotta).
- DÍAZ DE VALDÉS, José (2015): “La igualdad constitucional: múltiple y compleja”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 1: pp. 153-187.
- DÍAZ DE VALDÉS, José (2019): *Igualdad constitucional y no discriminación (Chile)* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DICIOTTI, Enrico (2004): “Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analítica”, *Quaderni costituzionali*, a. XXIV, N° 4: pp. 733-762.
- DUARTE D’ALMEIDA, Luis (2016): “Fundamental Legal Concepts: The Hohfeldian Framework”, *Philosophy Compass*, vol. 11, issue 10: pp. 554-569.

- EZQUIAGA, Francisco (2001): “Sobre inconstitucionalidad y derogación”, *Discusiones*, N° 2: pp. 65-78.
- FERRAJOLI, Luigi (2006): “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa*, N° 29: pp. 15-31.
- FERRAJOLI, Luigi (2011): *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (Madrid, Trotta).
- FERRER, Jordi (2000): *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- FIGUEROA, Rodolfo (2000): “Igualdad y discriminación”, *Cuadernos de Análisis jurídico*, N° 10: pp. 9-64.
- GARCÍA AMADO, Juan (1987): “Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad”, *Anuario de Filosofía del derecho*, N° 4: pp. 111-131.
- GARCÍA AMADO, Juan (2004): “La interpretación constitucional”, *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 2: pp. 35-72.
- GLOCK, Hans (2012) [2008]: *¿Qué es la filosofía analítica?* (Madrid, Tecnos).
- GUASTINI, Riccardo (2001): *Estudios de teoría constitucional* (México D.F., Fontamara).
- GUASTINI, Riccardo (2010a) [2008]: *Nuevos estudios de la interpretación* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- GUASTINI, Riccardo (2010b): *Interpretación, Estado y Constitución* (Lima, Ara Editores).
- GUASTINI, Riccardo (2011) [1989]: “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO ALDAY, Rafael (edits.), *Disposición vs. Norma* (Lima, Palestra) pp. 133-156.
- GUASTINI, Riccardo (2012): “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *Discusiones*, N° 11: pp. 27-57.
- GUASTINI, Riccardo (2013): “Breve lección sobre la igualdad”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 4: pp. 33-41.
- GUASTINI, Riccardo (2014a) [2011]: *Interpretar y argumentar* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- GUASTINI, Riccardo (2014b) [2013]: “El realismo jurídico redefinido”, en *Otras distinciones* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 337-367.
- GUASTINI, Riccardo (2014c) [2013]: “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”, en *Otras distinciones* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 77-92.
- GUASTINI, Riccardo (2016) [2014]: *La sintaxis del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- GUASTINI, Riccardo (2017) [2010]: *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos* (Lima, Ediciones legales).
- GUASTINI, Riccardo (2018a) [2004]: *La interpretación de los documentos normativos* (México D. F., Derecho Global).
- GUASTINI, Riccardo (2018b) [2017]: *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional*. (Lima, Palestra).
- HART, H.L.A (1982): “Legal Rights”, en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Nueva York, Oxford University Press) pp. 162-193.
- HART, H.L.A (2009) [1961]: *El concepto de derecho* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- HOHFELD, Wesley (2010a) [1913]: “Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning I”, en COOK, Walter (ed.), *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (New Heaven/Londres, Yale University Press) pp. 23-64.

- HOHFELD, Wesley (2010b) [1917]: “Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning II”, en COOK, Walter (ed.), *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (New Heaven/Londres, Yale University Press) pp. 65-114.
- KELSEN, Hans (2009a) [1929]: *De la esencia y valor de la democracia* (Oviedo, KRK Ediciones).
- KELSEN, Hans (2009b) [1931]: “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, en SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid, Tecnos) pp. 289-366.
- KELSEN, Hans (1991) [1960]: *Teoría pura del Derecho* (México D.F., Porrúa, segunda edición).
- KRAMER, Matthew (2000) [1998]: “Rights without trimmings”, en KRAMER, Matthew, SIMMONDS, Nigel y STEINER, Hillel, *A debate over rights* (Nueva York, Oxford University Press) pp. 7-111.
- LAPORTA, Francisco (1987): “El principio de igualdad. Introducción a su análisis”, *Sistema*, N° 67: pp. 3-31.
- LAPORTA, Francisco (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual* (Madrid, Trotta).
- MACCORMICK, Neil (2011) [2007]: *Instituciones del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo (2004): *La odisea constitucional* (Madrid, Marcial Pons).
- MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María (2004): *Introducción a la teoría del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- MORESO, José Juan (2014) [1997]: *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional* (Lima, Palestra).
- NOGUEIRA, Humberto (2006): “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Corruña*, 10: pp. 799-831.
- NOGUEIRA, Humberto (2008): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo 2* (Santiago, CECOCH-Librotecnia).
- ORUNESU, Claudina y RODRÍGUEZ, Jorge (2021): “Reglas constitutivas y mundos constitucionalmente posibles”, de próxima publicación en RAMÍREZ, Lorena y VILAJOSANA, Josep María (eds.), *Reglas constitutivas y derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán (2001): “Inconstitucionalidad y derogación”, *Discusiones*, N° 2: pp. 11-58.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1999): *Curso de derechos fundamentales Teoría General* (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado).
- POZZOLO, Susanna (2011) [2001]: “El neoconstitucionalismo como último desafío al positivismo jurídico”, en *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico* (Lima, Palestra) pp. 17-74.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2000): “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura en el sistema de libertades”, *Derechos y libertades*, vol. 8: pp. 429-468.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2009): *Apuntes de teoría del derecho* (Madrid, Trotta).
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2013): *El constitucionalismo de los derechos* (Madrid, Trotta).
- RAINBOLT, George (1993): “Rights as Normative Constraints on Others”, *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 53, N° 1: pp. 93-111.
- RAINBOLT, George (2010): *The concept of rights* (Dordrecht, Springer).

- RAZ, Joseph (2011) [1979]: “El Estado de derecho y su virtud”, en *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (México D.F., Ediciones Coyoacán) pp. 265-287.
- ROSS, Alf (1991a) [1961]: “Sobre los conceptos de ‘Estado’ y ‘Órganos del Estado’ en Derecho Constitucional”, en *El concepto de validez y otros ensayos* (México D.F., Fontamara) pp. 73-92.
- ROSS, Alf (1991b) [1972]: “Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas”, en *El concepto de validez y otros ensayos* (México D. F., Fontamara) pp. 73-92.
- ROSS, Alf (2000) [1968]: *Lógica de las normas* (Granada, Comares).
- ROSS, Alf (2005) [1958]: *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires, Eudeba).
- RUIZ MANERO, Juan (2007): “Una tipología de las normas constitucionales”, en AGUILÓ REGLA, Joseph, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Fragmentos para una teoría de la constitución* (Madrid, Iustel) pp. 63-112.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1994): “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, vol. 15-16: pp. 651-674.
- SEARLE, John (1964): “How to derive ‘ought’ from ‘is’”, *The Philosophical Review*, vol. 73, N° 1: pp. 43-58.
- SEARLE, John (1997) [1995]: *La construcción de la realidad social* (Barcelona, Paidós).
- SEARLE, John (2007) [1969]: *Actos de habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje* (Madrid, Cátedra).
- SEARLE, John (2018): “Constitutive Rules”, *Argumenta*, vol. 4, N° 1: pp. 51-54.
- STRAWSON, Peter (1997) [1992]: “La filosofía analítica: dos analogías”, en *Análisis y metafísica* (Barcelona, Paidós) pp. 43-60.
- TARELLO, Giovanni (1974): *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto* (Bologna, Il Mulino).
- TARELLO, Giovanni (2002) [1984]: “Organización jurídica y sociedad moderna”, en *Cultura jurídica y política del derecho* (Granada, Comares) pp. 157-188.
- TARELLO, Giovanni (2011) [1966]: “El ‘problema’ de la interpretación: una formulación ambigua”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO Rafael (eds.), *Disposición vs. Norma* (Lima, Palestra) pp. 111-127.
- TARELLO, Giovanni (2013) [1980]: *La interpretación de la Ley* (Lima, Palestra).
- TROPER, Michel (2001) [1994]: “Actualidad de la separación de poderes”, en *Por una teoría jurídica del Estado* (Madrid, Dykinson) pp. 203-216.
- TROPER, Michel (2004) [1999]: “La máquina y la norma. Dos modelos de constitución”, en *Ensayos de Teoría constitucional* (México D.F., Fontamara) pp. 105-148.
- VON WRIGHT, Georg (1970) [1963]: *Norma y acción. Una investigación lógica* (Madrid, Tecnos).
- VON WRIGHT, Georg (1979) [1971]: *Explicación y comprensión* (Madrid, Alianza).
- WELLMAN, Carl (2016): *What They Are and What They Ought to Be* (Nueva York, Springer).
- WILLIAMS, Glanville (1956): “The Concept of Legal Liberty”, *Columbia Law Review*, vol. 56, N° 8: pp. 1129-1150.
- WINCH, Peter (2011) [1958]: *Ciencia social y filosofía* (Amorrortu, Buenos Aires).
- VON WRIGHT, Georg (1979) [1971]: *Explicación y comprensión* (Madrid, Alianza).
- ZÚÑIGA, Francisco (2013): “Los derechos de asociación y reunión: nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales”, *Revista de Derecho Público*, N° 79, 2º sem.: pp. 207-228.

