

EL EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS Y LA COMPETENCIA DEL JUEZ PARA APLICAR LA CONSTITUCIÓN¹

THE EFFECT OF RIGHTS BETWEEN CITIZENS AND THE POWER OF THE JUDGES FOR APPLY THE CONSTITUTION

PABLO MARSHALL BARBERÁN²

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Austral de Chile
pmarshall@uach.cl

RESUMEN. En este artículo se buscan dos objetivos. El primer objetivo es divulgatorio y consta de dos ejercicios. En primer lugar, se bosquejarán algunas de las características fundamentales de lo que en derecho comparado se ha tendido a llamar “efecto horizontal de los derechos fundamentales”, intentando aclarar ciertas cuestiones que pueden dar lugar a malentendidos. Luego, se esbozarán las teorías que en el derecho comparado, alemán y norteamericano, han dado cuenta de tal institución desde un punto de vista abstracto y se complementará esta visión con una visión institucional, que explicará o conformará lo que finalmente será una perspectiva de lo que el efecto horizontal de los derechos fundamentales puede o no significar.

El segundo objetivo es crítico. Se sostendrá que cualquier teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales encuentra su límite en la distribución de competencias entre tribunales de control constitucional y tribunales de aplicación del derecho.

ABSTRACT. In this paper two objectives are sought. The first objective is disclosure statement and consists of two exercises. First, it outlines some of the key features of what comparative law has tended to call “horizontal effect of fundamental rights”, attempting to clarify certain questions that can lead to misunderstandings. Then it will outline the theories in comparative law, German and American, have realized that institution from an abstract point of view and will complement this vision with a corporate vision, explain or conform to what eventually will be a perspective of what that the horizontal effect of fundamental rights may or may not mean.

The second objective is critical. It will be argued that any theory of horizontal effectiveness of fundamental rights is limited by the distribution of competence between courts that apply the law and constitutional courts.

PALABRAS CLAVE: Efecto horizontal – eficacia de la Constitución – distribución de competencias

KEY WORDS: horizontal effect of fundamental right - effectiveness of the constitution - division of powers

¹ Artículo recibido el 11 de noviembre de 2009 y aceptado el 19 de marzo de 2010.

² Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Austral de Chile. Secretario Académico, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Austral.

I INTRODUCCIÓN

El *efecto horizontal* de los derechos fundamentales es denominado de esa manera en oposición al *efecto vertical*. El primero hace referencia al efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los particulares, esto es, entre sujetos sin potestad estatal; el segundo, hace referencia al efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre el Estado o alguno de sus órganos y los particulares que están sujetos a su imperio. Lo que esto signifique en definitiva es una cuestión complicada.

La versión tradicional de los derechos fundamentales no había dado cuenta del efecto horizontal. Esta versión tradicional se constituye desde un punto de vista formal por dos características. Primero, considera que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, o sea, relaciones jurídicas que hacen depender el cumplimiento de la obligación de la voluntad del titular y que se establecen para cautelar *su* interés. Segundo, son derechos subjetivos públicos, cuyo titular es el ciudadano y cuyo destinatario o sujeto pasivo es el Estado. Desde un punto de vista material, los derechos fundamentales se consideran límites a la intromisión estatal en la esfera de autonomía de los individuos, fundados en la dignidad inherente al ser humano y en la expectativa de éste de buscar su propia felicidad. En la versión tradicional no hay, por tanto, lugar para su efecto horizontal.

La versión tradicional de los derechos fundamentales ha sentado las bases de la comprensión moderna de la legitimidad del Estado³. Sin embargo sus características han mutado en algunos aspectos. Así, la comprensión de los derechos fundamentales también como derecho objetivo, con la asunción de los sistemas de control judicial de constitucionalidad⁴, o el reconocimiento de derechos colectivos fundados en la identidad comunitaria o colectiva, son algunos de los cambios que ha experimentado la versión tradicional. Se ha sostenido que esos cambios pueden entenderse como un *cambio de paradigma* en la comprensión de los derechos fundamentales, sin embargo, no se nota una diferencia esencial en la función y fundamentación que subyace a éstos⁵.

Dentro de estos cambios, la eficacia puramente vertical de los derechos fundamentales en su versión tradicional ha sido cuestionada. El avance de las teorías que consideran que los derechos fundamentales son aplicables frente a particulares obedece a dos líneas de justificación. La primera, sostiene que los derechos fundamentales *son* conceptualmente omnicomprendivos, esto es, que su vigencia

³ Vide DWORKIN (1993) y RAWLS (2000).

⁴ Vide BÖCKENFÖRDE (1993).

⁵ Vide BILBAO (1997) pp. 193 y ss.

vincula tanto al Estado como a todos los demás individuos. En esta línea, los derechos fundamentales vienen a reemplazar a la ley natural como vinculación supraconvencional del orden de la sociedad. Históricamente se puede comprender la justificación de esta concepción de los derechos fundamentales como la modernización discursiva de la filosofía jurídica teológica cristiana⁶.

La segunda línea de justificación del efecto horizontal argumenta un cambio de paradigma en los derechos fundamentales. Esta postura coincide con la versión tradicional, pero sostiene que políticamente es necesario que los derechos amplíen su eficacia y vinculen también a los particulares. La forma con que se construye dicha variación ha admitido diversas elaboraciones. Esta segunda línea es la que se ha desarrollado de manera más seria y consistente en el derecho comparado.

Entre los autores que han tratado sobre el efecto horizontal, ha sido sintomática la distinción sobre cuestiones sustanciales y cuestiones procesales relativas a tal efecto⁷. Bajo el rótulo de cuestiones sustanciales han sido situadas la fundamentación del efecto horizontal en normas constitucionales sustantivas o en principios constitucionales, junto con la elaboración dogmática que articula, en el plano de las normas constitucionales, su efecto directo. Por otro lado, por cuestiones procesales se ha tendido a entender la posibilidad de la aplicación de los derechos fundamentales en los procedimientos constitucionales y legales establecidos en los ordenamientos jurídicos particulares. Dicha aplicabilidad dependerá del acondicionamiento de tales procedimientos (y competencias) para realizar adjudicación con base en normas constitucionales. Tanto las cuestiones denominadas sustantivas como las denominadas procesales son relevantes para la efectividad de la fórmula dogmática del efecto horizontal.

El efecto horizontal de los derechos fundamentales es problemático en la medida que su consagración no está explícitamente establecida en la Constitución. Cuando los derechos fundamentales son explícitamente asegurados por la Constitución, fuera de toda duda, como vinculantes para particulares, la manifestación del poder constituyente en ese sentido debe ser respetada. La expansión del ámbito de validez de los derechos fundamentales necesita para ser fundada “una serie de actos políticos y realizarse a través del cauce previsto para la modificación de la constitución” (Stein, 1973, p. 242). Ese no ha sido el caso de la implantación del efecto horizontal en ningún sistema jurídico relevante.

No obstante, como ya señalaran a mediados de los años cincuenta algunos profesores alemanes, existen derechos que tienen vigencia frente a particulares,

⁶ *Vide* FINNIS (2000) pp. 227 y ss.; y GARCÍA-HUIDOBRO (1987). Ha habido tomistas más conservadores, que han argumentado contra los derechos fundamentales, *vide* VILLEY (1979) pp. 172 y ss.

⁷ Se plantea primeramente en GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO (1986) pp. 13-8. Peña toma la idea en PEÑA (1996) p. 666.

pues en estos casos es inequívoco que para ello fueron concebidos⁸. El derecho a huelga legal o a sindicalización son los casos más relevantes. Esta es una cuestión problemática, que por el momento se dejará de lado. Por tanto, cuando se hagan referencias meramente al efecto horizontal, se estará haciendo referencia al efecto horizontal procedente de manera general.

II. PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES

El efecto jurídico de los derechos fundamentales, en los términos que aquí interesa, sólo cobra relevancia desde que algún órgano puede aplicarlos como derecho. Es por ello que el efecto de los derechos fundamentales es tematizado también bajo los rótulos de “constitución como derecho aplicable” o “la fuerza normativa de la constitución”⁹. Es con la instauración de órganos con potestad de *aplicar* jurídicamente la Constitución y los derechos fundamentales que se da el paso previo, para preguntarse si en tal aplicación pueden verse involucradas las relaciones entre dos o más individuos privados.

Observando el derecho comparado, la relación de la organización de los tribunales encargados de la aplicación de derecho legislado con los tribunales de control constitucional del derecho es una cuestión relevante para la evaluación de la procedencia del efecto horizontal. La forma del sistema de jurisdicción constitucional o de justicia constitucional respectivo, con sus acciones y controles, como también su organización jerárquica y de competencias, especialmente en relación con el sistema de jurisdicción común, tiene influencia decisiva en la comprensión del efecto horizontal¹⁰. En este sentido es relevante evaluar qué efectos pueden tener para los particulares los derechos fundamentales, actuando en un procedimiento de control constitucional como también en procedimientos ordinarios de aplicación de derecho. Es por ello que vale la pena hacer presente la distinción entre *tribunales de aplicación* y *tribunales de control*, que aunque muy tosca, servirá para ilustrar una diferencia fundamental entre los tribunales constitucionales y los tribunales ordinarios, respecto a su relación con la Constitución.

Los tribunales de aplicación son aquellos que realizan procedimientos de aplicación de normas generales a casos particulares. La forma que puede revestir o como puede reconstruirse la adjudicación, esto es, la atribución de un resultado al problema jurídico propuesto basado en normas preexistentes, es una cuestión

⁸ *Vide* MARTÍNEZ (1998).

⁹ Por ejemplo, *vide* BULNES (1998); FERNÁNDEZ (2001).

¹⁰ *Vide* GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO (1986); TUSHNET (2003) pp. 79-98.

sumamente discutida. La nota que distingue a estos tribunales es que tienen a la vista hechos y normas, y que no se ven involucrados en la creación de ninguno de esos dos presupuestos, sino que se limitan a alguna forma de conocimiento de ellos.

Los tribunales de control, por otro lado, son aquellos que realizan procedimientos que pueden ser entendidos como de aplicación de normas a normas (o a actos de creación de normas), pero que, sin embargo, son mejor explicados como procedimientos de evaluación de normas a la luz de otras normas.

Esta tipología es abstracta y no coincide normalmente con la distribución de competencias de los sistemas jurisdiccionales, por lo que sería quizá sensato hablar de procedimiento o tribunales de aplicación, en el caso de la aplicación de normas a hechos, y procedimientos o tribunales de control (normativo), en el caso de la aplicación o evaluación de normas por normas. Esta distinción da pie para formular la pregunta central de este trabajo: ¿Cuál es el rol que juega el principio de la supremacía constitucional en el trabajo de los tribunales de aplicación? Se intentará argumentar que *ninguna*, en la medida que esté mediado por el principio de aplicación directa, y *toda*, en la medida que esté mediada por el respeto de la distribución de competencias jurisdiccionales.

Avanzando se verá la relevancia de la distinción anterior. Teniendo esto en cuenta, por el momento se analizará la forma en que los derechos fundamentales son aplicados por los distintos tribunales y qué es lo que los distintos tribunales hacen con los derechos fundamentales.

Derechos fundamentales en procedimientos de control de constitucionalidad

El control constitucional es, en su sentido estricto, la forma mediante la cual se evalúan las actuaciones estatales, utilizando como criterio para tal evaluación, su concordancia con la Constitución¹¹. Una versión del control constitucional es el control judicial, la cual tiene la particularidad de tener como parámetro de evaluación la Constitución como norma jurídica aplicable y ser realizado por un órgano jurisdiccional.

Los modelos de control judicial constitucional a los cuales más se hace referencia en el derecho comparado son con exclusividad, en primer lugar, el control concentrado, en el cual un órgano (u órganos) acumula las competencias para el control judicial de constitucionalidad. El ejemplo más importante de este sistema actualmente es el Tribunal constitucional federal alemán. En segundo lugar, el sistema norteamericano de control judicial de constitucionalidad, también llama-

¹¹ El control constitucional en un sentido amplio coincide con los sistemas previstos por la Constitución para poner límite al poder de los órganos estatales por ella constituidos o legitimados.

do control difuso, en el que cualquier tribunal puede, en principio, declarar una norma como contraria a la Constitución.

a) Control concentrado

El Tribunal Constitucional Federal Alemán puede conocer del control de constitucionalidad mediante tres tipos de procedimiento:

(i) El primero es el control de constitucionalidad de forma preventiva, esto es, el control de constitucionalidad no de la ley, sino del contenido material del proyecto de ley. Una competencia similar tiene en virtud de las atribuciones conferidas en los numerandos 1 y 2 del artículo 93 de la Constitución Política de la República el Tribunal Constitucional de Chile. Los efectos de este mecanismo no tienen mayores implicancias para la determinación del efecto de los derechos frente a particulares, en la medida que el objeto de control siempre es una manifestación de la agencia estatal para la producción de la ley o su análogo¹².

(ii) El control constitucional puede llegar al tribunal también mediante la solicitud que hace a éste un tribunal ordinario, cualquiera sea su jerarquía, cuando considera que una norma, de cuya validez depende su decisión, es inconstitucional (art. 100.1 LFB). Tal aplicación debe ser contraria a la Ley fundamental. Este procedimiento a simple vista reviste características similares a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (arts. [80] *vis-à-vis* 93 CPol), la cual es un examen de constitucionalidad de la aplicación de la norma cuestionada.

(iii) Por último, el Tribunal constitucional federal también puede conocer del control de constitucionalidad mediante el recurso de queja, el cual es planteado directamente por parte del afectado por una actuación normativa estatal, incluida la afectación de sus derechos fundamentales por parte de una sentencia judicial. El juicio de constitucionalidad que el tribunal hace en estos casos, no es ya un control preventivo sino que tiene lugar tras la promulgación de la norma y su aplicación por un ente administrativo o judicial. Es además un control que se

¹² En el ordenamiento jurídico chileno, hasta el momento, el Tribunal Constitucional ha tenido a su cargo el control preventivo de constitucionalidad, por lo que su labor en este contexto no puede ser entendida como una medida de protección de derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos en particular, sino que una evolución de las normas sometidas a su control en referencia a la Constitución y a los derechos fundamentales en cuanto derecho objetivo. La protección de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, frente al legislador (art. 93 N N° 1 y 2 CPol) y a la potestad reglamentaria (art. 93 N N° 3 y 6 CPol) se logra a través de la cautela del estatus o posición jurídica de los ciudadanos protegidos por las normas de derecho constitucional objetivo. La protección preventiva que brinda el Tribunal Constitucional es siempre por tanto frente a una agencia estatal de creación de normas, de forma previa a su promulgación, lo que hace imposible que los intereses particulares se hagan parte o sean afectados directamente. Ello no obsta a que se comprometa en ello lo que más adelante se denominará el efecto indirecto frente a particulares.

plantea a la luz de un caso concreto, en el cual pueden participar los particulares tanto en una contradicción con un ente estatal como enfrentados en una disputa jurídica entre particulares. Esto es así, fundamentalmente, por la previsión de la Ley fundamental en su artículo 1.3 en cuanto “los [...] derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable” (Starck, 1998, p. 11). Es en virtud del tenor de este precepto constitucional que el Tribunal constitucional federal se ha considerado competente para evaluar, mediante este recurso, no sólo la creación del derecho legal y administrativo y su aplicación por una agencia administrativa, sino también su aplicación por los tribunales ordinarios, estampada en una sentencia judicial. Esta fórmula de control es la llave de paso para el efecto de los derechos fundamentales entre particulares.

Las últimas dos fórmulas de control constitucional dan paso a la cuestión de dirimir cómo es que los derechos fundamentales vinculantes para todos los poderes del Estado pasan a ser también vinculantes para los particulares. Por el momento, debe evaluarse cuál es el radio de protección *prima facie* que proveen estos mecanismos procesales.

Frente a la actuación del legislador, el ciudadano está provisto, primero, de una cautela preventiva (i), segundo, de un procedimiento que se inserta dentro del juicio ordinario que tiene como objeto la inaplicación de la ley en aquél (ii), y tercero, tiene el recurso de queja, si cree que la aplicación de la ley ha violado sus derechos fundamentales (iii). Frente a la actuación de la administración, el ciudadano cuenta con una protección similar a la descrita frente al legislador, cuando se trate de actos constitutivos de producción de normas (ii), y con el recurso de amparo cuando se trata de actos no normativos (iii). Sin embargo, vale la pena señalar que el más relevante control de la actuación del Estado, referido a proteger la posición jurídica del ciudadano frente a éste, no proviene del control de constitucionalidad de la aplicación de normas administrativas, sino del control de la legalidad de las normas hecho en la misma sede administrativa.

El control de la legalidad de la actuación administrativa cautela de manera indirecta la constitucionalidad de los actos administrativos. Las actuaciones administrativas normalmente están reguladas por la ley, la que establece obligaciones y sanciones. Las actuaciones de este tipo provienen de órganos estatales que normalmente tienen procedimientos administrativos de control *ad-hoc*. Referido al control de constitucionalidad, en la medida en que existe el principio de legalidad de la administración y el principio de constitucionalidad de la legislación, toda norma legal debe ser constitucional y a su vez toda norma administrativa debe ser legal y constitucional. Ese principio de coherencia jerárquica parece solucionar el problema de la afectación de derechos fundamentales por parte de la adminis-

tración. Sin embargo, muchos casos problemáticos se plantean, en razón de las distintas interpretaciones de las cuales los preceptos legales pueden ser objeto y dado que lo que en abstracto puede no ser inconstitucional en el momento de su aplicación puede volverse inconstitucional¹³.

b) Control difuso

La Constitución estadounidense de 1787 no establecía una carta o declaración de derechos. Dichos derechos fueron agregados a ellas por enmiendas modificatorias. Tampoco existe en la Constitución norteamericana una consagración expresa de protección judicial de la Constitución¹⁴. No obstante ello, la facultad de *judicial review* data ya de 1803, cuando la Corte Suprema mediante el fallo del asunto *Marbury v. Madison*, se autocomprendió dotada de la competencia para revisar un eventual conflicto material entre una ley y la constitución, pudiendo invalidar para el caso concreto la ley contraria a la Constitución.

Los derechos en la Constitución norteamericana tienen la particularidad de tener diferentes destinatarios. Esta característica está dada por su estructura federal. Los destinatarios pueden ser tanto el Estado federal como el Estado federado.

El mecanismo procesal mediante el que los derechos fundamentales son protegidos tiende a ser caracterizado como un sistema *difuso* de control constitucional, pues cualquier tribunal puede declarar inconstitucional una ley determinada –que sea aplicable a un caso en actual conocimiento del mismo tribunal– mediante el planteamiento de un incidente procesal. Sin embargo, por el expediente de la doctrina del precedente –mediante el cual las decisiones anteriores de los tribunales vinculan, para casos análogos, a los tribunales inferiores–, recae en la Corte Suprema, en definitiva, la decisión final sobre la constitucionalidad de una ley u otra acción normativa estatal¹⁵.

Como se puede ver, el control constitucional en la jurisprudencia norteamericana es un control *a posteriori* y que evalúa a la luz de los hechos del caso concreto. Sin embargo, se diferencia de la inconstitucionalidad o de la inaplicabilidad (art. 93 CPol) por ser *difuso*, o sea, por la posibilidad de ser ejercido por cualquier tribunal. Esta nota distintiva plantea una de las diferencias fundamentales entre

¹³ Vide SILVA (2008) pp. 8-13. *cf.* CORREA (2004) pp. 590 y ss. y MARSHALL (2005) pp. 791 y ss; ambos siguiendo a ATRIA (2001). *cf.* GUNTHER (1998).

¹⁴ Normas que pueden servir de asiento institucional a la revisión constitucional citadas por el Juez Marshall en *Marbury* son los artículos 3.2.1, 6.3 y 6.2. *vide* VARELA (1998).

¹⁵ Vide GARCÍA-PELAYO (1984). En la jurisprudencia de la Corte Suprema existen al menos dos fórmulas de control, una como la descrita en el texto principal (*as applied*) y otra, excepcional, que invalida con efectos generales la legislación inconstitucional (*on its face*).

el sistema jurídico estadounidense y los sistemas continentales. En aquél, la distribución de competencias jurisdiccionales no impide la solución de una antinomia entre la constitución y la legislación. La supremacía constitucional debe ser protegida a toda costa. Esta característica, tiene su explicación en la diversa concepción del principio de la separación de poderes, que se desarrolló a uno y otro lado del Atlántico, separación como *aislamiento* y separación como *contrapeso*, en uno y otro caso.

Derechos fundamentales en procedimientos de aplicación

En los procedimientos de aplicación de normas, lo usual es que la Constitución no sea norma aplicable. La Constitución se hizo aplicable para ejercer el control sobre las actuaciones de los órganos del Estado, esto es, control de normas en procedimiento de control¹⁶. No obstante, la Constitución flexibiliza esa característica tan propia cuando ella o la ley expresamente señalan que en determinado procedimiento de aplicación determinadas normas de la Constitución serán tenidas como derecho directamente aplicable a los hechos.

Estos casos no forman parte de una competencia jurisdiccional general, sino de una excepción a la aplicación de las normas constitucionales únicamente en procedimientos de control de la Constitución. Procedimientos de aplicación pueden encontrarse, por ejemplo, en las competencias para la destitución de funcionarios de gobierno, que encomiendan al Congreso la tramitación de la acusación constitucional (art. 52 CPol). En ésta, la norma que presenta el estándar de conducta adecuada es la constitución, la que se aplica a los hechos relevantes que están constituidos por la conducta del funcionario cuestionado.

Pero el anterior no es el caso más relevante para estudiar el efecto horizontal. Ya se dijo que el efecto horizontal tenía que ver, en esta perspectiva procesal, con las relaciones entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. La pregunta relevante sobre este punto es si los jueces ordinarios pueden aplicar la Constitución en procedimientos de aplicación –o si pueden hacerlo en procedimientos de control de legalidad–. Los jueces en tal situación podrían querer hacer dos cosas con la aplicación directa:

(i) Pensar que la norma legal o reglamentaria que soluciona el caso, lo hace de manera inconstitucional, por atentar contra los derechos fundamentales y, por tanto, actuar pretiriendo la norma legal o reglamentaria que contradice la constitución y solucionando el caso con las demás normas legales que no adolecen del

¹⁶ Esa característica puede ser vislumbrada en cuanto se entiende que las competencias sobre la validez material y las competencias sobre la validez formal son competencias que establecen procedimientos de control.

vicio de inconstitucionalidad. A este caso puede llamárselo *eliminación de normas inconstitucionales*¹⁷.

(ii) Pensar que la norma legal o reglamentaria que soluciona el caso lo hace inconstitucionalmente, por lo que su deber, en la medida que la Constitución lo vincula, es simplemente no dar aplicación a dicha norma y solucionar el caso que le ha sido presentado, mediante la aplicación directa de las normas constitucionales relevantes. A este caso se lo llamará *prescindencia de la dimensión legal del derecho*¹⁸.

Ambas soluciones tienen aspectos positivos y negativos. Ninguna de ellas comprende la importancia de la distribución de competencias. La eliminación de normas inconstitucionales cree poder invadir lícitamente la esfera de competencias de los tribunales de control. La prescindencia de la dimensión legal invade directamente la esfera de competencias del legislador.

La *eliminación de normas* toma en cuenta la competencia del legislador para la regulación de las relaciones sociales y se toma en serio la coherencia interna del sistema jurídico, sin embargo no comprende la relevancia que tiene la distribución de competencias jurisdiccionales en el Estado moderno. En este último sentido, quiere hacer propia la doctrina del control difuso, sin tener presente las numerosas diferencias estructurales del sistema jurídico continental con el anglosajón, en el cual el sistema de precedentes constituye un elemento necesario para la utilización del sistema de control difuso. La fórmula de la eliminación se toma en serio la diferencia entre tribunales de aplicación y tribunales de control, pero no está consciente que las competencias de control judicial de constitucionalidad son excepcionales y establecidas expresamente. Ésas son las características sustantivas del control concentrado.

La *prescindencia de la dimensión legal*—la fórmula b)— no sólo infringe la distribución de competencias jurisdiccionales, sino que ignora la naturaleza constitutiva que la distribución de competencias en general tiene para la aplicación del derecho legítimo en el Estado de derecho moderno. Esta fórmula no pretende obtener para la justicia ordinaria la competencia de control o, por lo menos, no ejercerla enteramente. Respeto la separación de funciones que el sistema concentrado plantea,

¹⁷ Un ejemplo de esta idea está dado por la teoría de la derogación tácita por inconstitucionalidad sobreviniente, *vide* CEA (1986) pp. 25-31; y EVANS (1999) p. 446. Sobre ella, *vide* MARSHALL (2005) pp. 784 y ss. *cf.* DOMÍNGUEZ (1996) pp. 112 y ss.

¹⁸ Esta es la concepción que se esboza en SILVA (2009), pp. 23-36. Así, por ejemplo, siguiendo a la doctrina dominante en Chile, suscribe la tesis de que la supremacía constitucional y la aplicación directa, correctamente entendidas (pp.25-31), empoderan a los tribunales ordinarios “para invalidar las actuaciones de la Administración que resulten contrarias a la Constitución, aunque no existe una atribución específica que les sirva de título” (p. 31).

pero quiere solucionar el conflicto jurídico que le ha sido sometido mediante la aplicación de la Constitución directamente.

Es difícil encontrar ejemplos crudos de *prescindencia*; es más fácil encontrar ejemplos de *eliminación*. En lo que sigue se verá cómo es que en el derecho alemán se ha hecho frente a la tentación de constitucionalizar la aplicación del derecho mediante las fórmulas antes descritas, buscando otras fórmulas más refinadas de aplicación directa de la Constitución y en definitiva elaborando una fórmula de eficacia horizontal que no afecte la integridad de la distribución de competencias jurisdiccionales, por lo menos formalmente.

III. TEORÍAS SOBRE LA APLICACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR ÓRGANOS JUDICIALES QUE SOLUCIONAN CONFLICTOS JURÍDICOS ENTRE PRIVADOS: TEORÍAS DEL EFECTO HORIZONTAL EN EL DERECHO COMPARADO

¿Qué es el efecto horizontal de los derechos fundamentales?

El efecto horizontal de los derechos fundamentales es, en definitiva, el efecto o influencia que los derechos fundamentales tienen en las relaciones jurídicas entre dos o más particulares. La existencia de ese efecto en un sistema jurídico concreto no es una cuestión que se prejuzgue por las declaraciones de derechos, ni por el establecimiento de sistemas de control constitucional.

Al imaginarse cómo pueden los derechos fundamentales afectar las relaciones jurídicas entre particulares, se tiende a pensar que tal afectación o influencia se produce no propiamente en las relaciones jurídicas entre privados, sino en el derecho privado que informa dichas relaciones. Ello es de alguna manera cierto, pues la forma como se regulan las relaciones entre particulares es el derecho privado. Ante esta idea pueden presentarse algunos reparos. Existen relaciones entre privados que no tienen regulación legal específica y también existen relaciones entre particulares que dan pie a la intervención del Estado.

¿Fundamenta la comisión de un delito contra particulares una relación de derecho privado? La respuesta intuitiva parece indicar que no. En un sentido, es evidente que no lo es. Pero en otro sentido sí lo es. La comisión de un delito no altera necesariamente la relación entre los particulares envueltos y sí altera la relación entre el realizador del delito y el Estado. Su relación se traslada inmediatamente al plano de la persecución y sanción penal. La comisión de delitos pone en marcha el aparato penal del Estado, cuyo antecedente es la infracción al orden jurídico-estatal, realizada a través del delito. Los delitos, puede decirse, son siempre contra el derecho y contra el Estado. Pero la relación entre los privados intervinientes, en cuanto tales, puede también verse alterada, no por la acción del derecho penal, el que concierne a la relación Estado-ciudadano, sino por la modificación de la

posición jurídica en las relaciones entre los particulares intervinientes, las cuales tienen su regulación en el derecho civil, esto es, el nacimiento de la responsabilidad extracontractual por el daño producido por el delito. El mismo razonamiento puede ser extendido al derecho administrativo regulador y a todos los órdenes que involucran al Estado en relaciones que primariamente, o a simple vista, se sitúan en el ámbito de las relaciones entre los particulares. Esto reafirma la idea de que es el derecho privado el que gobierna todas las relaciones entre particulares.

El caso más tentador para la aplicación directa de la constitución, es el caso de falta de regulación de derecho privado, para solucionar un conflicto entre privados. En procedimientos de aplicación, los jueces deben recurrir a los criterios de integración de lagunas jurídicas o a aplicar otras fuentes del derecho alternativas a la legislación, manteniéndose siempre dentro de los límites que le plantea el sistema de fuentes del derecho privado en cuestión. Puede verse hasta aquí, que *prima facie* la idea de efecto de los derechos fundamentales en el derecho privado o en las relaciones entre privados no logra encontrar algún grado de diferenciación relevante. La problemática se suscita cuando el órgano jurisdiccional considera que la Constitución es derecho directamente aplicable en ausencia de legislación civil, lo que es analogable en sus consecuencias a lo que más arriba se denominó *prescindencia de la dimensión legal del derecho*. Esto es algo que se quiere evitar.

Si el derecho privado es el único que regula las relaciones que son propiamente entre particulares, es el derecho privado el único relevante para que el efecto horizontal sea evaluado. El efecto de los derechos fundamentales en el derecho penal; en el derecho administrativo; en el derecho de la regulación; o en algún otro derecho en el cual la relación relevante, desde el punto de su regulación, es entre el Estado y un particular, no puede ser entonces caratulado de efecto horizontal, pues no involucra a dos particulares o *terceros*.

A continuación se observará cómo en el derecho alemán se ha tratado de explicar el fenómeno de la eficacia horizontal. En esa explicación han emergido dos tesis principales, y rivales, sobre cuál es la forma en la cual los derechos fundamentales afectan el tráfico jurídico privado. La tesis dominante es la de la eficacia indirecta o mediata; la minoritaria, por el contrario, sostiene una eficacia inmediata o directa.

Teoría de la eficacia directa

El núcleo de las posiciones que sostienen la teoría de la eficacia directa, y lo que hace que sea posible su asociación, es la tesis que al menos ciertos derechos fundamentales concretos son aplicables por la autoridad judicial directamente en las relaciones entre particulares, esto es, sin mediación de ley alguna. Ellos sostie-

nen, como se señaló, que sólo algunos, los *inequívocamente frente a privados*, sean los que cobren eficacia horizontal.

Nipperdey, el principal exponente de la eficacia inmediata, plantea los puntos centrales de su posición del siguiente modo:

(i) La mayoría de los derechos emplazados en el catálogo de derechos fundamentales de la Ley fundamental tienen la naturaleza de derechos públicos subjetivos del individuo frente al Estado. “En esta calidad de derechos fundamentales a título de derechos públicos subjetivos no están destinados al tráfico jurídico-privado” (julio, 2000, p. 104).

(ii) Sin embargo, “no pocas disposiciones tienen además la importante función de *proposiciones ordenadoras o principios* para con el *orden jurídico en su conjunto*. Se trata del efecto directamente normativo de algunas disposiciones jurídico-fundamentales como derecho constitucional objetivo vinculante [del cual] también emanan directamente derechos subjetivos privados del individuo” (julio, 2000, p. 104)¹⁹.

(iii) Algunas disposiciones por tanto, y sólo algunas disposiciones, revisten un doble carácter de principios objetivos por un lado y de derechos públicos subjetivos por otro.

(iv) La determinación de este doble carácter requiere de un *test* para evaluar, primero, si los derechos pueden ser aplicables a la esfera privada, y no son de aquellos que únicamente es posible dirigir contra el Estado y, luego, determinar el ámbito de protección determinado por la finalidad de la norma objetiva, lo que se determinará caso a caso, atendiendo fundamentalmente a la desigualdad entre las partes intervinientes en la disputa de derecho privado, a la naturaleza del derecho y a su relación con la autonomía de la voluntad.

La teoría de la eficacia directa fue tempranamente rechazada en Alemania. Ella tenía el problema fundamental de ser un caso de lo que antes se denominó prescindencia de la dimensión legal del derecho. Sin embargo, no puede atribuirse al argumento de la infracción de la distribución de competencias todo el peso que se necesitó para que la crítica contra la idea de eficacia directa no dejara ninguna duda de su impracticabilidad. Junto a él, se reprochó a tal doctrina “propiciar inseguridad jurídica, acabar con la autonomía privada y subordinar el derecho privado al constitucional” (julio, 2000, p. 104)²⁰.

¹⁹ La jurisprudencia constitucional alemana se resiste a dar este segundo paso, si bien puede considerar a los derechos desde una perspectiva objetiva, éstos no vuelven a fundar derechos subjetivos de contenido fundamental frente a otros particulares, sobre el carácter objetivo de los derechos fundamentales.

²⁰ Sobre esto, *vide* VON MÜNCH (1997); JANA (2003); y HESSE (2001). *cf.* FERRERES (2001) pp. 44 y ss.

Después de algunas sentencias del Tribunal federal laboral que adoptaron la eficacia directa, el *Tribunal constitucional federal* fue el encargado de desahuciar esta teoría, mediante el establecimiento de una más moderada. El fallo *Lüth* fue el que adhirió por primera vez a la teoría que hoy es dominante en ese país, no sólo en la jurisprudencia²¹, sino también en la doctrina²².

Teoría de la eficacia indirecta

Las posiciones que sostienen el efecto indirecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, sostienen la necesidad de la mediación legal para tal efectividad.

Según Stein, la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales tiene tres aspectos: (i) la vinculación de la legislación a los derechos fundamentales; (ii) una interpretación constitucional del derecho privado; y (iii) determinadas garantías institucionales²³. Como queda en evidencia, la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, inclusive del legislador, forma parte de la eficacia vertical –meramente frente al Estado– de los derechos fundamentales. Las garantías institucionales, que resguardan instituciones que típicamente forman parte del derecho privado, son la expresión de la constitucionalización y, por tanto, de la mayor estabilidad del matrimonio o de la propiedad. Sin embargo, el efecto que las garantías institucionales tienen frente al derecho privado, desde un punto estrictamente normativo, es el mismo que tienen los demás derechos fundamentales, como la libre expresión o la libertad de desplazamiento. Tal efecto es limitar la actuación de los órganos estatales en sus relaciones frente a los particulares, esta vez, objetivizando la posición del ciudadano frente al Estado, en una institución de carácter abstracto. Por tanto, ninguno de los aspectos recién señalados es distinto del efecto tradicional o vertical de los derechos fundamentales. Es lo que Stein llama *interpretación constitucional del derecho privado*, lo que propiamente es la eficacia indirecta de los derechos fundamentales.

La mediación legal para el efecto de los derechos fundamentales en el derecho privado, se produce a través de los conceptos jurídicos abiertos o cláusulas generales, en cuya interpretación deben ser tenidos en cuenta²⁴. Así se concreta una

²¹ Vide SCHWABE (2003). Para un completo análisis de lo acontecido en la jurisprudencia española, vide BILBAO (1997).

²² Vide STEIN (1973); STERN (1987); SCHNEIDER (1991); ALEXY (1993); BENDA, MAIHOFFER, *et al* (1996); VON MÜNCH (1997); HABERMAS (2001); HESSE (2001); STARCK (2002); HÄBERLE (2003). *cf.* FORSTHOFF (1975); y BÖCKENFÖRDE (1993).

²³ Vide STEIN (1973) p. 243.

²⁴ Vide STARCK (2002) p. 67.

eficacia indirecta, esto es, a través de la interpretación de la ley. Según el *Tribunal constitucional federal* en el fallo *Lüth*: “Por mandato constitucional, el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita; si tal es el caso, entonces, en la interpretación y aplicación de estas prescripciones, tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de aquí resulta” (Alexy, 1993, p. 516).

La comprensión de esta teoría exige un poco más de esfuerzo si es que se quiere presentarla simplemente. El efecto de los derechos fundamentales requiere que el juez interprete de determinada forma una norma legal, pudiendo haberla interpretado de otra forma si los derechos fundamentales no se presentaran como vinculantes para dicha interpretación. Es así como el fallo *Lüth* habla de una *modificación del derecho privado*, la cual se realiza, limitando las posibilidades de interpretación y aplicación de una norma legal, a aquellas que sean conciliables con la vigencia de los derechos fundamentales, operación que en numerosas ocasiones acarreará un drástico cambio en las tendencias de interpretación de determinadas disposiciones. Tales disposiciones tenderán a ser los conceptos generales y las cláusulas del derecho privado, en la medida que son aquellas las que posibilitan una mayor maniobra interpretativa y posibilitan cambios en lo tradicionalmente entendido como orden público, buen padre de familia, buenas costumbres, buena fe, etc.

Con todo, la idea de esta explicación se parece más a una mediación judicial que a una mediación legal. La idea tradicional de la mediación legal entiende que la legislación debe desarrollar y proteger los derechos establecidos en la constitución. Esa sería su función política²⁵. Puede no adherirse a esa concepción de la relación entre constitución y legislación, y pensarse, sin embargo, que en el momento de la interpretación del derecho legislado vigente es sensato que el legislador, al menos, no ha querido vulnerar o violar los derechos constitucionales y, por tanto, debe ser interpretado en armonía con éstos. El razonamiento del cual esta forma de influencia de los derechos fundamentales forma parte, puede tener una relación con el principio de deferencia legislativa que a los contrincantes de la constitucionalización les gusta defender. Por tanto, debe aceptarse que el que realiza la mediación sí es el juez, pero utilizando para ello las cláusulas generales del derecho civil.

La operatividad del efecto indirecto de los derechos fundamentales está dada en Alemania por dos consideraciones. Primero, por la vinculación del juez a la constitución y porque el Tribunal constitucional federal ha comprendido que

²⁵ Vide HESSE (2001) pp. 33 y ss.

puede, mediante el recurso de queja, controlar las violaciones de derechos fundamentales realizadas por la judicatura ordinaria. Segundo, por el razonamiento que ha aplicado el Tribunal constitucional federal para determinar cuándo se han violado los derechos fundamentales por la judicatura ordinaria.

El razonamiento de control de las sentencias de los tribunales ordinarios, por parte del tribunal, es como sigue:

(i) Los tribunales ordinarios, al igual que todos los órganos del Estado, se ven vinculados por la constitución (art. 1.3 LFB).

(ii) Ellos no pueden violar los derechos fundamentales de los particulares mediante una resolución judicial.

(iii) La aplicación, por parte del tribunal, del derecho privado en la sentencia judicial, puede violar los derechos fundamentales.

(iv) Es deber del juez, en la medida de su vinculación, aplicar el derecho privado de forma que no se constituya en una violación de los derechos fundamentales.

(v) En dicha actuación es clave que el derecho privado sea interpretado dando cabida al *efecto de irradiación* que los derechos fundamentales tienen sobre los principios generales y las cláusulas establecidas en la legislación de derecho privado²⁶.

(vi) Cuando una parte que se ha sentido agraviada por el fallo es capaz de justificar que éste constituye una violación de sus derechos fundamentales, podrá entablar un recurso de queja constitucional frente a dicho fallo.

(vii) El Tribunal constitucional federal evaluará si el tribunal ordinario dio aplicación al mandato de vinculación y aplicó constitucionalmente, esto es, conforme al efecto que los derechos fundamentales deben tener en la interpretación de los principios generales y las cláusulas, el derecho privado relativo al caso.

(viii) Si del fallo resulta una violación de derechos fundamentales, el Tribunal constitucional federal lo *anulará*, fundándose en la infracción del deber de respeto que el juez tenía.

En definitiva, si se atiende a lo dicho sobre el efecto indirecto, resulta sensato entender que éste opera en dos niveles. Por un lado, los derechos fundamentales actúan vinculando al juez ordinario a la constitución de una manera mediada por la legislación de derecho privado. Este es el efecto horizontal propiamente tal. Sin embargo, esta vinculación no se vuelve relevante sin el segundo nivel de operación. Éste implica una prerrogativa del Tribunal constitucional federal de evaluar la constitucionalidad del fallo judicial, en un procedimiento de control de constitucionalidad de la actuación de un órgano del Estado, esto es, ya no en

²⁶ Sobre el efecto de irradiación en Chile, desde una perspectiva comparada, *vide* ALDUNATE (2003).

un procedimiento de aplicación sino en un procedimiento de control. Como se ve, el efecto horizontal respeta formalmente la distribución de competencias jurisdiccionales, aunque da cabida a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado.

Tanto la tesis de la eficacia indirecta como la de la eficacia directa vinculan su fuerza dogmática a una consideración de teoría constitucional que es bastante discutida en la actualidad, esto es, la consideración del sistema de derechos fundamentales como un orden objetivo de valores.

Excursus: la tesis de Alexy sobre el efecto horizontal

Alexy, en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, considera que las tres construcciones tradicionales respecto al efecto horizontal, en lo que se refiere a su acción en referencia a la labor judicial, son equivalentes en los resultados²⁷. Esto es, que todo resultado que se puede alcanzar adoptando una, se puede también alcanzar adoptando otra: “Ninguna de las tres teorías traspasa, a través de un simple cambio de destinatario, los derechos fundamentales, en tanto derechos frente al Estado, a la relación ciudadano/ciudadano” (Alexy, 1993, p. 514).

Preocupado por la cuestión de la corrección de las teorías sobre el efecto horizontal, Alexy plantea un modelo unitario de efecto horizontal, esto es, *un modelo de tres niveles de efecto en terceros*, que pretende zanjar la polémica disputa por la corrección suscitada entre las tres teorías, que él considera equivalentes en sus resultados. Alexy señala que “cada una de las tres construcciones subraya correctamente algunos aspectos de las complicadas relaciones jurídicas que caracterizan los casos de efectos en terceros y que lo que las vuelve inadecuadas es que consideran que los aspectos por ellas abarcados constituyen la solución completa” (Alexy, 1993, p. 515).

Para combatir el déficit que cada teoría tomada independientemente acarrea, Alexy ofrece un modelo dividido en tres niveles, que sugiere una solución completa y además coincide con la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal (abreviatura). El primer nivel, en que se sitúan los deberes del Estado, reconoce a la teoría del efecto mediato. En el segundo nivel, se sitúan los derechos frente al Estado. Por último, en el tercer nivel, se sitúan las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado, reconociendo la teoría del efecto inmediato.

²⁷ Aquí no se ha abordado la tercera teoría a la que Alexy hace referencia, ella es la teoría del *deber de protección*, que desarrollada principalmente por Schwabe en Alemania, guarda un extraordinario parecido con la justificación del efecto horizontal en el derecho anglosajón sobre ella, *vide* JULIO (2000) pp. 131 y ss.

En el primer nivel, Alexy se refiere a las normas que establecen derechos fundamentales en cuanto principios objetivos (u orden objetivo de valores), señalando que su función normativa implica una obligación de la jurisprudencia de tenerlos en cuenta a la hora de fallar.

En el segundo nivel, Alexy establece una conexión entre el deber del juez en la interpretación y aplicación del derecho civil de tener en cuenta el orden objetivo de valores y los derechos fundamentales como derechos subjetivos. Tal conexión es construida en base a una máxima de coherencia que debe primar en la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal el incumplimiento del deber del juez necesariamente tiene que implicar la lesión o violación de derechos fundamentales como derechos subjetivos. El propio Tribunal constitucional federal sostiene que un tribunal ordinario “viola no sólo el derecho constitucional objetivo al desconocer el contenido de la norma de derecho fundamental (como norma objetiva) sino más bien, en cuanto titular del poder público, lesiona con su fallo el derecho fundamental” (Alexy, 1993, p. 517).

Al sostener que los ciudadanos tienen frente a la administración de justicia derechos fundamentales, Alexy esquivo la objeción que se plantea a la teoría de Schwabe, complementando los derechos de defensa que, según éste, se ven vulnerados con las prohibiciones o mandatos judiciales, con derechos a prestaciones que son vulnerados con las permisiones judiciales. Al final, la construcción de este nivel desencadena en la existencia de un derecho del ciudadano frente a la administración de justicia a “que ésta tome debidamente en cuenta el principio iusfundamental que habla a favor de la posición que hace valer el ciudadano. Cuando este derecho es lesionado se lesiona el derecho fundamental al cual pertenece el respectivamente relevante principio iusfundamental” (Alexy, 1993, p. 519).

Por último, en el tercer nivel, se debe esclarecer –según Alexy– que es lo que se entiende por efecto inmediato en terceros. No consiste en que los derechos frente al Estado se transformen en, o sean al mismo tiempo, derechos frente a los demás ciudadanos. Esto está excluido por razones conceptuales y no es sostenido por ningún representante de la teoría de los efectos inmediatos en terceros²⁸. La diferencia fundamental estriba en que cada ciudadano que se ve implicado en un caso de efecto horizontal es titular de derechos fundamentales y, por tanto, el efecto de los derechos fundamentales en estas relaciones es diferente. Puede observarse que la construcción de Alexy del efecto inmediato propugna una implicación de ciertos derechos entre particulares distintos a los derechos frente al Estado que sin la existencia de los principios objetivos no existirían. Dichos derechos regulan las relaciones entre particulares y constituyen un límite a la autonomía privada.

²⁸ ALEXY (1993) p. 520.

A continuación, se hará una referencia a lo que ha pasado a este lado del Atlántico, en relación a la aplicación horizontal de los derechos fundamentales, denominada en Estados Unidos como doctrina de la *State Action* (acción estatal).

State Action en Estados Unidos

La jurisprudencia norteamericana ha reconocido la necesidad de modificar la rigidez de la tesis liberal, incorporando actuaciones privadas en las conductas sujetas a escrutinio constitucional, extendiendo así la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales a relaciones que, en principio y por su naturaleza privada, estaban excluidas del ámbito constitucionalmente protegido. Esta alteración se ha caracterizado por la dilatación del criterio de protección y no por la invalidación del mismo. En principio, la jurisprudencia norteamericana sigue abrazando la regla de que sólo ante una *acción estatal* está permitida la protección constitucional, pero las formas que ha adoptado dicha acción estatal se han visto vinculadas por la jurisprudencia al accionar privado. Esto significa que los nuevos criterios de reconocimiento de acciones estatales pretenden ampliar la regla de la acción estatal, sin suprimirla, con la finalidad de incorporar casos de acción privada, sin socavar formalmente una regla constitucional tradicionalmente relevante.

Dos han sido las vías argumentativas que ha utilizado la jurisprudencia norteamericana para ampliar, siempre con carácter excepcional, el radio de acción de las garantías constitucionales²⁹.

a) El ejercicio de funciones públicas

En primer lugar, se ha establecido que el ejercicio de una función propiamente estatal por parte de un sujeto privado —o aparentemente privado— se puede entender como una conducta constitutiva de acción estatal sujeta a escrutinio constitucional. Bajo este criterio, la Corte Suprema ha sostenido que ciertas entidades que desarrollan funciones públicas por naturaleza, pueden incluirse entre los poderes públicos para los efectos de la protección constitucional. Este criterio de carácter funcional ha tenido dos grandes polos de desarrollo.

En primer lugar, el escrutinio constitucional de las medidas que toman los partidos políticos en la organización de primarias electorales, conformándose soluciones que declaran inconstitucionales las medidas discriminatorias de los partidos políticos, encaminadas a excluir a votantes afroamericanos de la participación en dichos procesos. La Corte sostiene que la función de los partidos y de los procesos

²⁹ Sobre la excepcionalidad del efecto horizontal en el derecho anglosajón, *vide*: TUSHNET (2003); y BILBAO (1997) pp. 64-74.

electorales preliminares es una función estatal, vinculada al proceso electoral definitivo, al derecho a sufragio, y que por dicho motivo deben someter su actuar y su procedimiento a la decimoquinta enmienda.

En segundo lugar, el escrutinio constitucional de las medidas de propietarios privados respecto a la restricción del acceso a sus propiedades opuesta a otros particulares. Así, la Corte Suprema ha señalado que la naturaleza y magnitud de las funciones públicas que un propietario desempeña en relación a su propiedad, cuando éste presta aquélla para su uso en condiciones análogas a un bien de uso público, limitan sus posibilidades de acción discrecional respecto a los derechos y libertades involucrados en el uso de ese tipo de bienes. Este criterio fue inaugurado con el caso *Marsh v. Alabama*, que plantea la inconstitucionalidad de la restricción a la libertad de propaganda religiosa por parte del dueño de una ciudad construida en terrenos privados, por entender que la labor de administración de la ciudad era una función estatal y la discriminación una acción estatal. Luego le siguieron una serie de casos sobre restricción a la libertad de expresión en centros comerciales que giraron en torno al precedente de *Marsh*. Sin embargo, el criterio de la función pública lejos de haberse expandido, se ha neutralizado, manteniéndose dentro de márgenes que implican una concepción de la función estatal sumamente restringida. Se ha sostenido, por ejemplo, que las funciones que prestan servicios públicos, como las compañías eléctricas, no pueden ser entendidas como acciones estatales³⁰. En *Flagg Bros., Inc. v. Brook*, se señala, justificando esta tendencia a conservar restringida la procedencia de la protección judicial contra acciones de particulares, que el criterio de la función pública es un criterio estricto: “aunque muchas funciones han sido desempeñadas tradicionalmente por los Estados, son muy pocas las que han sido reservadas exclusivamente al Estado” (Bilbao, 1997, p. 67).

b) La complicidad estatal significativa

El segundo criterio consiste en la existencia de vínculos, complicidades o contactos suficientemente significativos entre el Estado y privados. Constituiría una razón que haría posible la implicación del Estado. Se construye a través de una conexión relevante entre el Estado y quien realiza materialmente la acción. En estos casos se ha resuelto la procedencia de la protección constitucional en virtud de una acción estatal, cuando el factor de conexión es suficientemente relevante para considerar al Estado como un socio o un participante activo de la conducta impugnada. Si bien no se puede conformar en *test* formal de procedencia —y la Corte ha sido enfática en reiterarlo—, se pueden identificar cinco grupos de casos relevantes: Los conve-

³⁰ Tampoco la educación, ni la protección contra incendios. Sí se han aceptado como acciones estatales la selección de jurados y la gestión privada de establecimientos penitenciarios.

nios privados discriminatorios y su ejecución judicial, la asociación entre Estado y privados, los estímulos o ayudas del Estado a privados, la regulación y autorización estatal mediante licencias y, por último, la omisión del Estado.

Los convenios privados discriminatorios y su ejecución judicial. Si bien en un comienzo la Corte Suprema se había pronunciado favorablemente a que convenios privados en que los propietarios de inmuebles establecieran restricciones a la disposición de la propiedad por motivos de discriminación racial, *Shelley v. Kraemer* inaugura la fórmula de implicación del Estado mediante la protección judicial de los convenios discriminatorios. En él se sostiene que el juez que ejecuta judicialmente el acuerdo privado de contenido discriminatorio, constituye un actor estatal que participa coadyudando la actividad privada. Las inusitadas consecuencias de este fallo llevaron a la corte a retroceder en su postura sólo 8 años después con *Black v. Cutre Laboratories*. La jurisprudencia de la Corte salvo algunas pocas excepciones, si bien no por la ejecución de convenios discriminatorios, sino por la ejecución judicial de otro tipo de discriminación privada, ha sido reticente a aplicar el precedente de *Shelley*³¹.

La asociación entre Estado y privados. En *Burton v. Wilmington Parking Authority* se considera por primera vez que la asociación o interdependencia contractual entre el Estado y un privado que realiza un acto contra los derechos –en este caso, nuevamente, discriminación racial–, implica de manera suficiente la acción estatal, como para considerar ésta en un escrutinio constitucional. Según la Corte, el que los privados que realizaban acciones discriminatorias estuvieran emplazados en un edificio que les arrendaba el Estado –prestando servicios alimenticios sólo para blancos–, y el alcance público de la implicación estatal, por ser un edificio notoriamente estatal, exigía al ente estatal, “al regular la prestación del servicio el compromiso del arrendatario de respetar el mandato constitucional de *equal protection*” (Bilbao, 1997, p. 103). Sin embargo, la Corte ha dejado claro que “no basta cualquier contacto. Se exige una participación efectiva, una “relación simbiótica» entre el estado y el particular” (Bilbao, 1997, p. 105).

La asociación entre Estado y privados, para efectos de la implicación estatal ha seguido dos caminos. Siguiendo el precedente de *Burton*, se ha sostenido que la utilización de propiedad pública por privados exige que éstos se comporten de acuerdo a las enmiendas de la Constitución. Además, como en *Pennsylvania v. Borrad of Trusts* la dirección de entidades privadas por representantes designados por instituciones públicas, configura un supuesto de implicación estatal.

³¹ Puede notarse la similitud de la construcción de *Shelley* con el modelo alemán de la eficacia horizontal, en ambos el deber del juez ordinario de considerar los derechos fundamentales de los individuos involucrados pasa a ocupar un lugar prioritario.

Los estímulos o ayudas del Estado a privados. En *Reitman v. Mulkey*, se analizó la cuestión de si mediante una regulación que limitaba la constitución estatal, en el sentido de permitir discriminar en las transacciones inmobiliarias entre privados. La conclusión en ese caso fue que el Estado participa facilitando o incentivando actividades discriminatorias mediante normas permisivas expresas. Los casos más importantes respecto a estímulos o ayudas estatales son, sin embargo, aquellos en los cuales dicha ayuda se canaliza a través de medios económicos como subsidios, subvenciones o exenciones fiscales. Los casos más importantes son de establecimientos educacionales privados que practicaban segregación racial, como en *Norwood v. Harrison* y *Ruyon v. McCrary*. Sin embargo, no existen criterios permanentes en la jurisprudencia de la corte que permitan sostener que el apoyo económico implique necesariamente la existencia de una acción estatal, la discriminación racial por instituciones financiadas con fondos públicos es la única actividad consistentemente catalogada de *state action*.

La regulación y la autorización estatal mediante licencias. Una cuarta forma de interrelación entre privado y Estado que la Corte Suprema ha considerado idónea para la implicación estatal consiste en la vinculación existente entre el ente supervisor o que entrega una autorización y el privado que realiza la acción regulada. Esta relación, si bien puede coincidir con el ejercicio de funciones públicas por parte de privados, constituye un criterio analíticamente distinto. Dicha relación puede ser planteada de dos formas: primero, mediante el otorgamiento de licencias de funcionamiento (o monopolios) por parte de un ente estatal. Eventualmente, el Estado podría verse implicado en la medida que el otorgamiento de la licencia “contribuye a intensificar el impacto negativo de la discriminación, permitiendo que eso ocurra en la prestación de un servicio regulado por el Estado” (Bilbao, 1997, p. 131). Sin embargo, en *Moose Lodge No 107 v. Irvis* la Corte no ve una conexión suficientemente fuerte en el otorgamiento de una licencia de alcoholes (bien escaso por decisión pública) a un club privado sólo para blancos; y segundo, mediante la completa regulación por parte de la administración estatal de una actividad privada que presta un servicio público es más fácil atribuir al Estado la acción, señala la Corte, no obstante, debe establecerse la conexión suficiente, más allá de la regulación misma. Dicha conexión con el particular se realiza sólo —como señala la Corte en *Flagg*— con la conminación estatal para la realización del acto del particular: un criterio súper-restringido. Con esto, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce la regulación y autorización mediante licencias como un criterio negativo de implicación estatal, esto es, como condición necesaria mas no suficiente.

La omisión del Estado. La cuestión de la violación de los derechos de particulares por parte de otros particulares suscita finalmente —y no sólo en la

jurisprudencia norteamericana— la cuestión sobre la implicación del Estado por omisión de protección frente a la acción del particular. La respuesta invariable de la Corte Suprema en casos como *DeShaney v. Winnebago o Country Dep. of Social Servs.* es que “el único contexto en que el Estado asume un deber de protección de las libertades individuales frente a las posibles interferencias de terceros es [...] el constituido por todos aquellos supuestos en los que una persona está privada de libertad, bajo la custodia directa del Estado” (Billbao, 1997, p. 155).

Como ha podido verse, la mayoría de los supuestos relevantes de ampliación de *state action* tienen que ver con discriminación racial. La cláusula de igual protección sin dudas no protege de manera general las discriminaciones provenientes de otros ciudadanos. La implicación estatal significativa es sólo un pretexto para determinar límites a la autonomía de los ciudadanos para discriminar arbitrariamente. La jurisprudencia de la Corte Suprema tiene en cuenta este objetivo, para el que entrega la solución de la *imputability* estatal. Para resolver tales casos, la Corte tiene que ponderar el límite que el interés en que los derechos y libertades se apliquen irrestrictamente frente a particulares, implica para la privacidad (*privacy*), principalmente para la libertad de discriminar arbitrariamente. La carga ideológica que en el contexto norteamericano tiene la intromisión estatal en la vida privada de los ciudadanos es importantísima.

En conclusión, los supuestos de *state action* que se revisaron tienen la característica de ser una excepción a la regla general de la verticalidad de los derechos fundamentales. Excepcional en sentido estadístico y excepcional en sentido conceptual.

Tal como en el derecho alemán, la eficacia de los derechos fundamentales en Estados Unidos no se ha considerado de manera directa, los derechos fundamentales no son aplicados sin más para solucionar problemas de derecho privado.

IV. EL ESPEJISMO DE LA PROCEDENCIA DEL EFECTO HORIZONTAL

Ya se ha mostrado que el efecto horizontal de los derechos fundamentales en el derecho alemán y norteamericano no implica una verdadera ampliación del destinatario *directo* de tales derechos. Además, todos los efectos posibles, atribuibles a la eficacia horizontal, tienden a ser templados por las instituciones procesales existentes, las cuales posibilitarán que la búsqueda, por parte de los privados, de mejores remedios procesales para sus problemas jurídicos, no implique, necesariamente, la utilización de mecanismos de protección de derechos fundamentales.

En esta sección se intentará revisar rápidamente las principales formas en las cuales, hipotéticamente, los derechos fundamentales podrían tener vigencia horizontal en Chile. Algunas de esas formas, como se verá, no tienen que ver con el

efecto horizontal desarrollado en el derecho comparado, sino que pretenden dar una eficacia directa a la Constitución y a los derechos fundamentales.

*Aplicación de los derechos fundamentales
por tribunales de control de constitucionalidad*

Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema conocen del recurso de protección (art. 21 CPol). A su vez, el Tribunal Constitucional conoce del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (art. 93 CPol). Esas competencias son especiales, establecidas expresamente por la Constitución y de forma exclusiva y excluyente para aquellos tribunales. Ellas no quedan comprendidas, por tanto, en la competencia ordinaria de dichos tribunales, establecida en la cláusula de competencia jurisdiccional general y supletoria prevista en el artículo 76 de la Constitución Política³². Exceptuando el accionar del Tribunal Constitucional, estos procedimientos son los únicos que pueden ser catalogados *prima facie* como procedimientos (judiciales) de control constitucional donde puede verse implicada una relación entre privados

Antes de revisar esos mecanismos procesales, deben exponerse los fundamentos dogmáticos que se han dado para justificar el efecto horizontal. En primer lugar, se ha sostenido, del artículo 6° de la Constitución Política, que expresa la vinculación a la constitución de los órganos del Estado sin distinción y *de toda persona*. En segundo lugar, el supuesto –sin distinciones de sujeto pasivo– que establece el artículo 20 respecto de la procedencia del recurso de protección se presenta como un argumento para aceptar que los derechos fundamentales pueden ser afectados por particulares. Se tratarán estas dos cuestiones en lo que sigue³³.

³² Vide MARSHALL (2005) pp. 802 y ss; *cf.* SILVA (2009) pp. 26-31.

³³ Según Guzmán, tras el régimen de la Constitución de 1925, en que los derechos fundamentales conseguían su efectividad solamente a través de la mediación legislativa o reglamentaria, hoy la situación ha variado, llegando a considerar que en nuestro régimen constitucional “[la] figura que los alemanes llaman *Drittwirkung* es derecho positivo” (p. 47). Guzmán considera que “el inciso segundo [del artículo 6 de la Constitución] establece la vinculatoriedad de esa parte con respecto a toda persona, institución o grupo. Y en tal inciso, pues, se contiene la nueva visión denominada *Drittwirkung* por los juristas alemanes” (p. 48). Luego sostiene que “[e]l carácter positivo de la noción de efecto frente a terceros emana, además [complementariamente con el artículo 6 inciso 2°], aunque en particular para algunos derechos, de cuanto establece el artículo 20 inciso 1° CP. en materia de legitimación pasiva para el recurso de protección [...] La vinculación universal de los preceptos sobre garantías se ve reforzada por el efecto directo de la Constitución” (pp. 49-50). Una es la posibilidad de que la Constitución en general y los derechos fundamentales en particular, sean oponibles también frente a individuos particulares, y el otro es la aplicación de la Constitución en momentos jurisdiccionales, sin que medie la acción de otra manifestación normativa, del sistema de producción del derecho chileno. Vide GUZMÁN BRITO (2001). En este mismo sentido, pero mediante una argumentación que puede considerarse exagerada, *vide* CEA (1996) pp. 12 y ss.

a) Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

El recurso de inaplicabilidad, como se señaló en referencia al procedimiento que le es análogo en el derecho alemán, es un recurso especial, mediante el cual el Tribunal Constitucional (antes la Corte Suprema) debe evaluar a la luz del caso concreto, la aplicabilidad de una norma legal. La singularidad que este juicio de aplicabilidad tiene es que considera como criterio relevante la constitucionalidad de la aplicación de la ley impugnada. Esta es una interpretación de la función de tal recurso, que la Corte Suprema antes que el Tribunal Constitucional no implementó, pues siempre entendió que dicho recurso es un mecanismo de inconstitucionalidad abstracta de la ley, pero con efectos relativos para el caso concreto³⁴.

La revisión de aplicabilidad no provee, en este supuesto, de las facilidades para el efecto indirecto, comentadas a propósito del recurso de queja constitucional alemán. El examen de aplicabilidad que se realiza es un examen que se hace antes de la dictación de la sentencia y, por tanto, no juzga la constitucionalidad de la interpretación de la ley en la sentencia judicial, sino que excluye a la norma legal cuestionada, de la gavilla de normas legales aplicables, a las cuales el juez ordinario puede echar mano en el proceso en que se tramita el incidente de inaplicabilidad. Lo que hace la inaplicabilidad es limitar al juez ordinario, impidiéndole la utilización de tal norma legal. Por el contrario, el recurso de queja constitucional alemán no limita al juez, sino que invalida la sentencia cuya interpretación del derecho legal vigente viola derechos fundamentales. Así, es evidente que la declaración de inaplicabilidad no es un mecanismo que aplique derechos fundamentales entre particulares, ni siquiera indirectamente³⁵.

b) Recurso de protección

El recurso de protección es, con mucho, el instrumento de aplicación de derechos fundamentales más relevante en la práctica en el derecho chileno. Sobre el recurso de protección, sobre su naturaleza y objeto, no se puede abundar demasiado. La comprensión que tiene la práctica chilena de él ha sido determinada totalmente por los intereses privados que ha utilizado dicho procedimiento para la sustanciación de problemas jurídicos que tienen un procedimiento expresamente señalado en la ley para su tramitación. La judicatura ha seguido la corriente³⁶.

³⁴ Contra la jurisprudencia de la Corte, *vide* ATRIA (2001) y MARSHALL (2005).

³⁵ Sobre esta cuestión, *vide* el estudio de ALDUNATE (2009a) pp. 5-50.

³⁶ *Vide* CASTELLÓN (2000); JANA y MARÍN (1992); MARTÍNEZ (1998) p. 63; y CASTELLÓN y REBOLLEDO (1999).

El recurso de protección es una acción precautoria. Ello se sigue de que las únicas consecuencias de su aceptación sean la adopción de medidas para “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado” pues la intervención de este procedimiento es “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” (art. 21 CPol). Es una acción precautoria que protege de la ilegalidad o la arbitrariedad³⁷. Con lo dicho –y si se piensa en la aplicación de tal acción precautoria– se puede pensar que es una acción precautoria de procedencia general. Sin embargo, en el artículo 21 se establece un requisito adicional a la ilegalidad o arbitrariedad: dicha actuación debe producir una afectación –“privación, perturbación o amenaza”– de un derecho fundamental.

Tal como es especial respecto a la competencia para su conocimiento, la protección debe ser entendida como una acción precautoria especial respecto a su procedencia. Sólo procederá cuando, primero, se afecten los derechos fundamentales por una actuación ilegal o arbitraria; y segundo, cuando no haya otra acción cautelar que sea aplicable al caso y que se presente en relación de especialidad respecto al recurso de protección. Este requisito se funda en una consideración sistemática. Si el legislador ha propuesto una medida precautoria judicial en la legislación, lo ha hecho porque ha previsto una situación en el cual se necesitaba un remedio provisional eficaz. La consideración de esa situación o solución por el legislador tiene que interpretarse como una decisión en pos de dar determinada protección a la situación jurídica específica. El nivel o intensidad de la protección dispendido por el legislador no tiene que ser tomado como arbitrario. Si ante el diagnóstico de la situación fue establecida una medida precautoria de carácter civil, penal o administrativa, esa decisión implica que el legislador consideró que no era una situación en la que se vieran involucrados derechos fundamentales y, por tanto, el recurso de protección no podría perdurar. Esa es la consideración que sostiene a la protección como una acción subsidiaria ante la falta de remedio jurídico, pero también exclusivamente para casos de afectación de derechos fundamentales. La doctrina nacional no ha tomado este argumento en consideración.

Otro aspecto que debe fundamentarse en contra de la práctica prevaleciente, es que el recurso de protección no procede contra los actos provenientes de particulares, pues éstos no pueden afectar derechos fundamentales. La afectación directa de derechos fundamentales sólo puede ser realizada por la actuación de los órganos del Estado. Contra esta idea hablan los indicios señalados anteriormente como fundamentos del efecto horizontal, esto es, el artículo 6º inciso 2º y el supuesto abierto del artículo 21 de la Constitución Política.

³⁷ Vide SILVA (2009) pp. 37-54.

Responder a la objeción que estos argumentos plantean implicaría que se habrá respondido una de las interrogantes de este trabajo de manera anticipada. Considérese, primero, el efecto horizontal en los tribunales de aplicación del derecho legal, para después concluir con una referencia general a la aplicación directa de la Constitución y una tesis sobre cuál es el rol que el efecto horizontal tiene, y cuál es el que no tiene, en el derecho chileno.

Aplicación de derechos fundamentales por los tribunales de aplicación

La regla general es que los tribunales de aplicación se eximan de aplicar directamente la Constitución. Existen, sin embargo, situaciones de aplicación directa de la Constitución, cuando se presenta un conflicto entre una norma constitucional y una ley anterior a su promulgación, o ante una actuación supuestamente inconstitucional de algún órgano público. Son los casos de derogación tácita por inconstitucionalidad sobreviniente y de nulidad de derecho público por inconstitucionalidad.

La llamada doctrina de la nulidad de derecho público tiene su fundamento en el artículo 7° de la Constitución Política, y pretende declarar la nulidad de un acto de la administración por considerarlo contrario al derecho, incluyendo en éste a la Constitución. Es un procedimiento sustantivo de *lato* conocimiento, cuya tramitación se ha entendido pertenece a los tribunales ordinarios de aplicación (juzgados de letras). No hay espacio aquí para referirse a la anomalía de este procedimiento en un estado de derecho cuya separación de poderes se ha concretado en reglas de competencia bien determinadas en la Constitución.

Algo parecido puede decirse de la derogación tácita por inconstitucionalidad sobreviniente. No parece adecuado, desde el punto de vista de las funciones ejercidas por tribunales de aplicación y tribunales de control, dejar algún margen de actuación cuando se trata de aplicar la Constitución. Tribunales especialmente acondicionados para conocer de los hechos y del derecho legal y que se ven impedidos en el grueso de los casos de aplicar la Constitución, deben dejar dicha tarea a tribunales especialmente creados para control de constitucionalidad y que realizan dicha tarea en el resto de los casos³⁸.

Basta con señalar aquí que respecto a la inconstitucionalidad *a posteriori*, esto es, tras la promulgación de la ley, existe “una reserva concentrada [...] a favor de

³⁸ Cfr. CORDERO (2009) pp. 28-30; y especialmente ALDUNATE (2009) pp. 454-5. Aldunate plantea que el Tribunal Constitucional no tiene la competencia para resolver antinomias sino para eliminarlas y de esta manera parece defender la competencia del juez del fondo para solucionar problemas de inconstitucionalidad en todo caso. No queda claro qué puede significar eso. La aplicación de la expresión eliminación de la antinomia tiende a reservarse para la aplicación del principio de especialidad que no parece interesar en este caso.

la Corte Suprema. Es usual impugnar dicha reserva acudiendo a los principios de sujeción directa [...] y de anulabilidad directa por inconstitucionalidad [...] la objeción se disipa, no obstante, si se tiene presente que la reserva del art. 80 [actual 93 N° 6] es un principio central del orden constitucional directo, igualmente vinculante conforme a los mismos arts. 6° y 7° C. Pol” (Bascuñán, 1998, p. 42)³⁹.

Raramente, tomando en cuenta la aceptación sin reparos de la aplicación directa de la Constitución, en los juicios de derecho privado se puede ver rastros de alguna aplicación de derechos fundamentales. Ni siquiera para fundar determinada interpretación de una disposición o cláusula legal⁴⁰. En la tramitación de los juicios ordinarios de derecho privado podría existir tal práctica, sin implicar, como se ha visto, una práctica que atente contra el principio de distribución de competencias.

Aquí se esquivará la cuestión de la aplicación de los derechos fundamentales por los tribunales del trabajo, en virtud del artículo 5° del Código del Trabajo, y de los tribunales penales, en virtud del artículo 373 del Código Procesal Penal. Esa es una cuestión teórica problemática que queda pendiente. Puede sostenerse preliminarmente que no se trata de un caso de aplicación directa de derechos fundamentales sino de un caso de reenvío y mediación legal.

¿Supremacía constitucional como aplicación directa o supremacía constitucional como interpretación conforme a la Constitución?

a) La supremacía constitucional como aplicación directa

El principio de supremacía constitucional ha sido entendido en Chile como un principio desformalizador. Dicha comprensión ha sostenido que el principio de la supremacía constitucional es el más importante principio constitucional, pues posibilita que las demás normas y principios constitucionales tengan un

³⁹ En el mismo sentido, *vide* MARSHALL (2005) pp. 790-2. *Cfr* BULNES (1998) p. 140; CEA (1999) p. 180; EVANS (1999); y SILVA (2009). Evans llega a plantear lo siguiente: “hay aquí una facultad de los tribunales para otorgar amparo a las personas que tengan sus derechos violados, aunque no se establezca una competencia específica, porque se consagra un caso de jurisdicción general de los tribunales de justicia y de obligación de conocer esa violación” (t.i, p. 26); Silva lo sostiene esquemáticamente de la siguiente forma: “diremos que la aplicación directa de la Constitución se traduce en las siguientes consecuencias: –su observancia no está supeditada a ulteriores desarrollos legales o reglamentarios, ni aun cuando la propia Constitución se remite a la ley–; la incompatibilidad entre una norma cualquiera y la Constitución se resuelve a favor de esta última. Esta consecuencia se realiza a través de la invalidación de los actos (legales, administrativos, judiciales o contralores) que contravienen la Constitución en la forma o en el fondo, o a través de la derogación tácita, si el acto es anterior a la fecha de entrada en vigencia de la Constitución” (p. 29).

⁴⁰ Silva la analiza como un aspecto jurisprudencial de la influencia de la aplicación directa en el recurso de casación en el fondo civil bajo la denominación de “patrocinio constitucional” en SILVA (2009) pp. 96-7.

valor prioritario en el sistema jurídico⁴¹. Dicho principio se concreta en la idea de la nulidad de las actuaciones y normas que contradicen a la Constitución, tanto en lo que respecta al ejercicio de las competencias constitucionales (inconstitucionalidad formal) como al respeto del contenido material de la Constitución, establecido en su parte dogmática (inconstitucionalidad material).

El principio de la supremacía constitucional visto de esta manera parece inocuo si no se conecta con el otro principio básico de la doctrina constitucional chilena: el principio de la vinculación directa⁴². Según éste, todos los órganos del Estado se ven vinculados por la Constitución y los órganos jurisdiccionales no son la excepción. Éstos se ven vinculados de manera que deben aplicar la Constitución directamente, como en el caso de la nulidad de derecho público y la derogación tácita. Sin embargo, la consecuencia directa que se sigue para el efecto horizontal es mayor. Según esta interpretación, todas las personas se ven vinculadas en su actuar, en razón del artículo 6º, por *todas* las disposiciones de la Constitución. Por tanto, los derechos fundamentales son directamente vinculantes en las relaciones entre particulares. Y si lo son, son también aplicables por los tribunales que juzgan los asuntos que a ellos les atañen.

Lo interesante es constatar que en el ámbito de la jurisdicción civil, esa teoría no ha recibido mayor desarrollo práctico, pudiendo ser una oportunidad para introducir el efecto horizontal de los derechos fundamentales en el derecho privado.

*b) ¿Cómo satisfacer la supremacía constitucional y el respeto de los derechos fundamentales sin afectar la distribución de competencias?
Interpretación conforme a la Constitución como el lugar del efecto horizontal de los derechos fundamentales en el derecho chileno*

Considerando la relación entre la supremacía constitucional y la vinculación directa debe señalarse que la idea prevista por el “art. 6º inciso 2º sólo implica un deber de sujeción de la persona a la Constitución en los ámbitos que la misma Constitución determine [, lo cual hará mediante] normas de competencias, vinculatoriedad de la ley, normas de habilitación para la limitación de derechos constitucionales, etc. [...]” (Aldunate, 2003, p. 34)⁴³.

Es lógico, por tanto, entender a la supremacía constitucional como un principio que no solamente impone el contenido material de la Constitución como requisito de la actuación de los órganos del Estado, sino que también determina

⁴¹ Vide por todos CEA (2001) p. 239.

⁴² Vide BULNES (1998); FERNÁNDEZ (2001), y SILVA (2009) pp. 28 y ss.

⁴³ Vide ALDUNATE (2009b) pp. 464-8.

las competencias dentro de las cuales cada órgano actúa válidamente. Ambos son dos vertientes del principio de supremacía constitucional, en la medida que las reglas de distribución de competencias también tienen rango constitucional y son prerequisites de la actuación de cualquier órgano. Una interpretación razonable del principio de supremacía constitucional, en lo relativo a la aplicación judicial de la Constitución, debe quedar restringida a los casos en que tal aplicación sea válida conforme a las reglas que definen los ámbitos de competencia de las potestades jurisdiccionales que se pretenden ejercer con dicha aplicación. En la medida que no se dé aplicación a esta comprensión se estará defraudando el principio de supremacía constitucional en su dimensión formal, esto es, en su comprensión como distribución constitucional de competencias⁴⁴.

El respeto y la protección de los derechos fundamentales quedan, por tanto, restringidos a las posibilidades de actuación, dentro de sus respectivas competencias, de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, la aplicación del derecho legal, en la cual los derechos se pueden hacer parte, no queda sujeta a la distribución de competencias. En la medida que se adopte por todos los órganos del Estado, la fórmula de interpretar las normas infraconstitucionales conforme a su versión más constitucionalizada, se provee al principio de la vinculación directa, al principio de supremacía constitucional en su dimensión material y a los derechos fundamentales, la máxima eficacia posible en el Estado constitucional de derecho.

Entender la interpretación del derecho en los términos propuestos por los defensores de la constitucionalización del derecho, acarrea una importante consecuencia. Se debe superponer a los elementos interpretativos del derecho común, un elemento más fundamental: el de adecuación a la norma constitucional⁴⁵. Cuando se interpreta la misma Constitución, cuando se siguen procedimientos para declarar la inconstitucionalidad de la ley e inclusive en toda actividad interpretativa de carácter jurídico, la Constitución servirá como criterio general y fundamental⁴⁶.

Una vez comprendida cuál es la efectiva labor de la interpretación conforme a la constitución, puede determinarse la forma de control de su ejercicio, que no es otro que los procedimientos establecidos para la *correcta* aplicación de los preceptos infraconstitucionales. En los procedimientos de ilegalidad, para la aplicación de disposiciones administrativas, en los procedimientos de correcta aplicación de la ley, esto es, la casación, para la aplicación judicial de la ley. Se puede pensar en lo disparatada que resulta esta idea, que termina con desformalizar totalmente la aplicación del derecho legal. Esa objeción es diluida en la medida que la in-

⁴⁴ Vide ALDUNATE (2009b) pp. 455-60.

⁴⁵ DOMÍNGUEZ (1996) p. 111; CORDERO (2009), pp. 31 y ss; ALDUNATE (2009b) pp. 446-9.

⁴⁶ DOMÍNGUEZ (1996) p. 112.

interpretación conforme a la Constitución implica realizar el mandato imperativo de supremacía y aplicación directa de la constitución en su mejor versión, la que terminará por contribuir a que toda la interpretación del derecho infraconstitucional, sin perder sus límites formales propios, sea promotora respetuosa de los derechos fundamentales.

La fórmula de la interpretación conforme a la Constitución respecto al derecho privado, no es otra cosa que el efecto indirecto de los derechos fundamentales del derecho alemán. El deber del juez ordinario de interpretar el derecho privado dejándose influir por los derechos fundamentales en su interpretación. De nuevo: “Por mandato constitucional, el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita; si tal es el caso, entonces, en la interpretación y aplicación de estas prescripciones, tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de aquí resulta” (Aldunate, 2003, p. 32).

Para acabar, considérese el problema del recurso de protección que se había dejado planteado más atrás. Se señaló que del enunciado del artículo 20 y del artículo 6º inciso 2º se desprendían razones para comprender al recurso de protección como procedente frente a intromisiones provenientes de todo tipo de agentes. Ya se ha defendido la idea de que el artículo 6º sólo provee aplicación directa allí donde una competencia especial de la Constitución la entregue. Respecto del argumento basado en el enunciado del artículo 20, éste cae por su propio peso. Si no hay más asiento constitucional para entender que los derechos fundamentales vinculan a los particulares que la sola referencia abierta al sujeto pasivo de una medida precautoria supletoria, tal referencia debe ser entendida armoniosamente, conforme a una tradición constitucional uniforme, respecto a la procedencia únicamente frente al Estado de los derechos fundamentales, como procedente sólo en las relaciones en las que intervenga un ente de carácter estatal.

Excurso: Aldunate sobre la constitucionalización

En el artículo “La desconstitucionalización de la constitución”, Aldunate realiza una revisión crítica de la argumentación de los órganos de control constitucional y de la actual situación del discurso constitucional en general, reivindicando el rol fundamental de una dogmática científica en el control de las decisiones tanto del Tribunal Constitucional como de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. La doctrina constitucional no ha respondido a este requerimiento, llevando conjuntamente con la jurisprudencia y quizá con la actitud acrítica de la opinión pública, dice Aldunate, a que nos encontremos inmersos en un fenómeno de “desconstitucionalización de la constitución, entendida como la pérdida del carácter político y fundamental de la Constitución, y su pervivencia más bien con el

carácter de ley constitucional, como precepto superior de aplicación general sobre el ordenamiento jurídico, protegido por mecanismos especiales de reforma y de control de constitucionalidad, pero nada más [visión que contrastaría con la idea de constitucionalización del derecho,] que es un reflejo engañoso del verdadero fenómeno de fondo” (Aldunate, 2001, p. 22).

Lo negativo, enfatiza Aldunate, es que por otro lado se descuida la “comprensión de la Constitución como orden político, como instrumento de gobierno al servicio del equilibrio entre autoridad y libertad” transformándola en sólo una norma justiciable más, desnaturalizándola. La idea de aplicación directa debe ir acompañada de la “correspondiente y necesaria elaboración doctrinal que permita aplicarla, en tanto Constitución”⁴⁷. Dicha labor ha estado ausente de nuestro entorno constitucional.

Aldunate se matricula con una especie de constitución procedimental al señalar que “la constitución [...] no tiene una pretensión de regulación integral del proceso político [...] solamente establece una especie de marco, o mejor, un cauce, por el cual pueda fluir”, sosteniendo que por esa razón no podemos esperar encontrar en la Constitución una solución a toda controversia jurídica, pues muchas veces la constitución no la contempla. Sostiene incluso, citando a Böckenförde, que la labor principal de la jurisdicción constitucional no es resolver conflictos, sino distinguir lo constitucionalmente regulado de lo no regulado y, por ende, entregado al procedimiento de decisión política. Es la razón anterior la que permite afirmar que no existe el principio de inexcusabilidad en sede constitucional, como han afirmado y, más aun, como constantemente han actuado los órganos de control constitucional chilenos. El abandono de “un concepto integral de la constitución, como orden de un proceso político abierto, que no se agota en la Carta” (Aldunate, 2001, p. 30) ha llevado a la vulgarización del derecho constitucional y a la desconstitucionalización de la Constitución, fenómenos que Aldunate vincula a la carencia doctrinaria y jurisprudencial antes anotada.

Las consecuencias que para Aldunate ha tenido la incorporación de alguna forma anómala del efecto horizontal de los derechos fundamentales en el sistema jurídico chileno son severas, y las vincula directamente no a la naturaleza del efecto ante terceros, sino a la particularidad del modelo local de recepción de tal efecto: “desplazar desde el legislador al juez, el trazado de los criterios de solución y preferencia en caso de conflictos de derechos garantizados por la Constitución; [...] darle a dichos criterios un carácter particular, para el caso concreto, y no general, como podría hacer la ley; y [...] reforzar el carácter de la Constitución como norma de conflicto en el mismo nivel de cualquier otra ley, pero con mucha

⁴⁷ DOMÍNGUEZ (1996) p. 113.

menor densidad normativa y, por lo mismo, con una función mucho más pobre como marco de la decisión jurisdiccional [, son tres resultados nocivos que se derivan de la versión nacional del denominado efecto horizontal,] que dicho sea de paso, no tiene, [...] sino escasos puntos de contacto con su equivalente original” (Aldunate, 2001, p. 29). Dicha anomalía se ha “[m]anifestado claramente en la forma de entender la extensión de las facultades jurisdiccionales de la Corte de Apelaciones en los casos de acciones de protección dirigidas contra particulares: en múltiples fallos encontramos ni más ni menos que un pronunciamiento sustantivo sobre la juridicidad o antijuridicidad del actuar de un particular, respecto de otro(s); en otras palabras, la solución de un conflicto entre particulares sobre la pura base de la Constitución” (Aldunate, 2001, p. 29).

Esta aplicación del efecto horizontal de los derechos fundamentales ve en la noción de aplicación directa en un sentido anómalo, su justificación. La acción de protección se ha aprovechado más que como una acción especial y de urgencia de protección de los derechos fundamentales, como una acción ordinaria que ha servido incluso para limitar derechos constitucionales sin las mínimas garantías de un debido proceso. Es en este contexto que Aldunate asegura que la Constitución ya no es el límite que protege la libertad conforme a una regla general, sino que es una más de las leyes con la que el juez fijare dicho límite, sin mayor restricción, ni material ni procedimental, a su voluntad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo (2001): “La desconstitucionalización de la Constitución”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (Nº 22), pp. 17-36.
- ALDUNATE, Eduardo (2003): “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en *La Constitucionalización del Derecho Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALDUNATE, Eduardo (2009a): *Jurisprudencia Constitucional. 2006-2008* (Santiago, LegalPublishing).
- ALDUNATE, Eduardo (2009b): “La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Nº 32), pp. 443-84.
- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ATRIA, Fernando (2001): “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral* (Nº 12), pp. 119-56.

- BASCUÑÁN, Antonio (1998): “El principio de distribución de competencias como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas”, en número especial de *Revista Chilena de Derecho*, pp. 33-44.
- BENDA, MAIHOFFER, *et al* (1996): *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid, Marcial Pons).
- BILBAO, Juan Manuel (1997): *Los Derechos Fundamentales en la Frontera entre lo Público y lo Privado: la Noción de State Action en la Jurisprudencia Norteamericana* (Madrid, McGraw-Hill).
- BILBAO, Juan Manuel (1997): *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares* (Madrid, CEC).
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfwang (1993): “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft).
- BULNES, Luz (1998): “La fuerza normativa de la constitución”, en Número Especial *Revista Chilena del Derecho*, pp. 137-42.
- CASTELLÓN, Hugo (2000): “Acción popular y recurso de protección”, en *Gaceta Jurídica* (Nº 262), pp. 7-19.
- CASTELLÓN, Hugo y Laura REBOLLEDO (1999): *Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil* (Santiago, ConoSur).
- CEA, José Luis (1986): “Notas sobre inaplicabilidad y derogación de preceptos legales”, en *Revista Chilena del Derecho* (Nº 13), pp. 25-31.
- CEA, José Luis (1996): “Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno” en PEÑA, Carlos: *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación), pp. 13-69.
- CEA, José Luis (1996): “La constitucionalización del derecho”, en *Revista de Derecho Público* (Nº 59), pp. 11-22.
- CEA, José Luis (1999): *El Sistema Constitucional de Chile* (Valdivia, Universidad Austral de Chile).
- CEA, José Luis (2001): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CORDERO, Eduardo (2009): “Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno” en *Ius et Praxis* (año 15 Nº 1), pp.11-49.
- CORREA, Rodrigo (2004): “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, en *Rev. D UAI* (Nº 1), pp. 589-97.
- CORREA, Rodrigo (2004): “Comentario de la jurisprudencia del Tribunal constitucional”, en *Rev. D UAI* (Nº 1), pp. 481-550.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (1996): “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Nº 93), pp. 107-37.

- DWORKIN, Ronald (1993): *Ética Privada e Igualitarismo Político* (Barcelona, Paidós).
- EVANS, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2001): “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público* (Nº 63), pp. 77-102.
- FERRERES, Víctor (1997): *Justicia Constitucional y Democracia* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- FERRERES, Víctor (2001): “La eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares”, en VV.AA.: *Derechos fundamentales* (Buenos Aires, Del Puerto).
- FINNIS, John (2000): *Ley Natural y Derechos Naturales* (Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot).
- FORSTHOFF, Ernst (1975): *El Estado de la Sociedad Industrial* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos).
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín (1987): *Defensa y Rescate de los Derechos Humanos* (Valparaíso, Edeval).
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1984): *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid, Alianza).
- GARCÍA TORRES, Javier y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (1986): *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares: La Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid: Civitas).
- GUNTHER, Klaus (1998): “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa* (Nº 17-18).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2001): *El Derecho Privado Constitucional de Chile* (Valparaíso, Universitarias de Valparaíso).
- HÄBERLE, Peter (2003): *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional* (Granada, Comares, 2003).
- HABERMAS, Jurgen (2001): *Facticidad y Validez* (Madrid, Trotta).
- HESSE, Konrad (2001): *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (Madrid, Civitas).
- JANA, Andrés (2003): “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales” en *Derechos Fundamentales* (Buenos Aires, Del Puerto).
- JANA, Andrés y Juan Carlos MARÍN (1992): “El recurso de protección y los derechos personales emanados de contratos”, en *Derecho y humanidades* (Nº 1), pp. 91-132.
- JULIO, Alexei (2000): *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- LEIBHOLZ, G: *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971).

- MARSHALL, Pablo (2005): “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad” en *Rev. D UAI* (Nº 2).
- MARSHALL, Pablo (2007): “Los derechos fundamentales como valores” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Nº 10).
- MARTÍNEZ, José Ignacio (1998): “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos”, en Número especial *Revista Chilena del Derecho*, pp. 59-64.
- PEÑA, Carlos (1996): *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago, Corporación nacional de reparación y reconciliación).
- RAWLS, John (2000): *Teoría de la Justicia* (México, Fondo de cultura económica).
- SCHMITT, Carl (2003): *Teoría de la Constitución* (Madrid, Alianza).
- SCHNEIDER, Hans Peter (1991): “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales”, en *Democracia y Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).
- SCHWABE, Jurgen (2003): *Cincuenta Años de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez).
- SILVA, Luis Alejandro (2009): *El Control de Constitucionalidad de los Actos Administrativos Legales* (Santiago, LegalPublishing).
- SMEND, Rudolf (1985): *Constitución y Derecho Constitucional* (Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales).
- STARCK, Christian (1998): “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 53), pp. 11-32.
- STARCK, Christian (2002): “Derechos fundamentales y Derecho privado”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 66), pp. 65-89.
- STEIN, Ekkehart (1973): *Derecho Político* (Madrid, Aguilar).
- STERN, Klaus (1987): *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- TUSHNET, Mark (2003): “The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law”, en *I. CON* (Nº 1), pp. 79-98.
- VARELA, Joaquín (1998): *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada* (Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- VILLEY, Michael (1979): *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y Fines del Derecho* (Pamplona, Universidad de Navarra).
- VON MÜNCH, Ingo (1997): “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania” en Coderch, P: *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada* (Madrid, Civitas).