

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

EFICACIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A PARTICULARES. LA DOCTRINA DE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE

Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

RODRIGO ANDRÉS URZÚA PALOMINOS

Profesor Guía: Carlos Peña González

Santiago, Chile 2005

Dedicatoria . . .	5
T A B L A D E C O N T E N I D O S . . .	6
RESUMEN . . .	8
INTRODUCCIÓN . . .	9
C A P Í T U L O P R I M E R O CONCEPTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA UNA DOCTRINA DE LA “DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE” . . .	12
1.- Precisiones terminológicas . . .	12
2.- Concepto sustancial de los derechos fundamentales – Punto de partida del estudio de sus efectos entre particulares . . .	13
3.- Liberalismo y derechos fundamentales – Orígenes conceptuales . . .	15
4.- Orígenes y transiciones conceptuales de los derechos fundamentales hasta la actualidad – Primeramente de la perspectiva liberal. . .	17
5.- Los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos – Los derechos fundamentales como status (el aporte de Georg Jellinek). . .	18
5.1.- El status negativo . . .	20
5.2.- Por su parte, el <i>status pasivo</i> . . .	20
5.3.- El status positivo . . .	20
5.4.- Por último, según JELLINEK, deben pertenecer a un <i>status activo</i> . . .	21
6.- Quiebre definitivo hacia la admisión de una vigencia frente a particulares de los derechos fundamentales . . .	21
7.- Transformación de los Derechos Subjetivos Públicos en Orden Objetivos de Valores. . .	22
8.- Necesaria precisión técnico – procesal . . .	23
9.- Derechos fundamentales y el deber de protección derivado de sí mismos. . .	24
10.- Conclusiones del capítulo primero. . .	25
C A P Í T U L O S E G U N D O LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN RELACIÓN A LA DOCTRINA DE LA “DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE” <u>LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN RELACIÓN A LA DOCTRINA DE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE</u> . . .	27
1.- Lo Público y lo Privado . . .	27
2.- Lo privado – el dogma de la autonomía. . .	29
3.- Lo público – la amenaza del sujeto . . .	30
C A P Í T U L O T E R C E R O CUATRO ARGUMENTOS PARA RECONSIDERAR LA DOCTRINA LIBERAL CLASICA EN TORNO A LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES . . .	33
1.- Cuadro General . . .	33
2.- El fenómeno del poder privado. . .	34
3.- El carácter normativo de la Constitución. . .	35
4.- El Estado Social y Democrático de Derecho. . .	37
5.- Los Tribunales Constitucionales. . .	38
6.- Conclusiones . . .	40
C A P Í T U L O C U A R T O DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO. <u>DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO.</u> . . .	41
1.- Generalidades . . .	41

2.- Del sentido de aplicación de los derechos fundamentales. . .	43
2.1.- Precisiones terminológicas previas. . .	43
2.2.- Doctrina del constitucionalismo clásico o de la aplicación “vertical” de los derechos fundamentales. . .	44
2.3.- Argumentos sirven de base a la oposición del constitucionalismo clásico a la “drittwirkung der grundrechte” . . .	45
2.4.- Nacimiento de la doctrina de la “Horizontalidad” de la “drittwirkung der grundrechte”. . .	47
3.- Del modo de aplicación de los derechos fundamentales entre particulares. . .	50
3.1.- Doctrina de la eficacia inmediata de la “unmittelbare drittwirkung der grundrechte”. . .	52
3.2.- Doctrina de la eficacia mediata de la “Mittelbare drittwirkung der grundrechte”. . .	54
3.3.- Teoría de la adscripción al estado de las afectaciones a los derechos fundamentales provocadas por particulares. . .	58
C A P Í T U L O Q U I N T O RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE EN CHILE. ESTADO DEL DEBATE EN DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. LIMITACIONES INSTITUCIONALES. UNA MIRADA HACIA EL FUTURO . .	60
1.- Cuestión preliminar a este capítulo – Un vistazo al camino recorrido . .	60
2.- El fenómeno de la Constitucionalización del Derecho en Chile con motivo del argumento de la “propietarización de los derechos” – Función de la Acción Constitucional de Protección. . .	61
3.- La “cuestión procesal” en Chile, como el único argumento de aquellos que estiman que en Chile ha habido algún grado de recepción de la doctrina e la “Drittwirkung der Grundrechte”. . .	63
4.- Estado del debate en torno a la Drittwirkung der Grundrechte en Chile frente a las limitaciones que le impone el sistema jurídico – institucional . .	65
5.- Conclusiones frente al trabajo emprendido, particularmente en cuanto se refiere a una eventual recepción de la doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares en Chile. . .	65
B I B L I O G R A F Í A . .	68

Dedicatoria

AGRADECIMIENTOS Primeramente a mis padres, Luis e Iris. A mis hermanos Paulina, Alvaro y Gabriela. A mis compañeros y amigos. A la Universidad de Chile, con cuya Facultad de Derecho me siento comprometido de por vida. A “Cariola, Díez, Pérez-Cotapos & Cía. Ltda.”, especialmente a Florencio Bernales, por las facilidades y oportunidad dadas. A mi profesor guía, Carlos Peña, por la instrucción brindada. A todos, gracias.

T A B L A D E C O N T E N I D O S

T A B L A D E C O N T E N I D O S

AGRADECIMIENTOS		
TABLA DE CONTENIDOS		
RESUMEN		
INFORME PROFESOR GUÍA		
INTRODUCCIÓN		
CAPÍTULO PRIMERO. CONCEPTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA UNA DOCTRINA DE LA “DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE”.		
1.- Precisiones terminológicas.		
2.- Concepto sustancial de los derechos fundamentales – Punto de partida del estudio de sus efectos entre particulares.		
3.- Liberalismo y derechos fundamentales – Orígenes conceptuales.		
4.- Orígenes y transiciones conceptuales de los derechos fundamentales hasta la actualidad – Primeramente de la perspectiva liberal.		
5.- Los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos – Los derechos fundamentales como status (el aporte de Georg Jellinek)		
5.1.- El status negativo.		
5.2.- El status pasivo.		
5.3.- El status positivo.		
5.4.- El status activo.		
6.- Quiebre definitivo hacia la admisión de una vigencia frente a particulares de los derechos fundamentales		
7.- Transformación de los derechos subjetivos públicos en orden objetivo de valores.		
8.- Necesaria cuestión técnico procesal.		
9.- Derechos fundamentales y el deber de protección derivados de sí mismos.		
10.- Conclusiones del capítulo primero.		
CAPÍTULO SEGUNDO. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN RELACION A LA DOCTRINA DE LA “DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE”.		
1.- Lo público y lo privado.		
2.- Lo privado – El dogma de la autonomía.		
3.- Lo público – La amenaza del sujeto.		
CAPÍTULO TERCERO. CUATRO ARGUMENTOS PARA RECONSIDERAR LA DOCTRINA LIBERAR CLÁSICA EN TORNO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.		
1.- Cuadro general.		
2.- El fenómeno del poder privado.		
3.- El carácter normativo de la Constitución.		
4.- El estado social y democrático de derecho.		
5.- Los tribunales constitucionales.		
6.- Conclusiones.		
CAPÍTULO CUARTO. DISCUSIÓN TEÓRICA EN TORNO A LA EFICACIA FRENTE A PARTICULARES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.		
1.- Generalidades		

RESUMEN

Desde el punto de vista tradicional del derecho, el cual reposa sobre las concepciones liberales del sujeto y del Estado, es posible encontrar una división estructural en todo su sistema, la cual viene determinada por los conceptos del Derecho, digamos, “Público” y “Privado”, los cuales están encaminados a regular las actuaciones del poder público y las relaciones que median entre particulares, respectivamente. El Derecho Público ostenta como su principal logro dogmático a los derechos fundamentales, los que desde la óptica tradicional están concebidos como un argumento fuerte de defensa del sujeto frente al Estado. El Derecho Privado, en cambio, ostenta como su principal argumento al concepto de la autonomía de la voluntad, en base al cual se estructuran las relaciones entre particulares. Naturalmente, el Derecho Público y Privado mantienen una órbita de aplicación determinada y diversa, lo que desde el punto de vista tradicional impide cualquier posibilidad de interrelación. La presente memoria trata acerca de la doctrina alemana de la “Drittwirkung der Grundrechte”, la que postula que los derechos fundamentales tendrían una aplicación y fuerza obligatoria entre particulares, lo que viene a contradecir toda la estructura tradicional del Derecho concebido hasta hoy.

INFORME PROFESOR GUÍA

INTRODUCCIÓN

A primera vista resulta difícil imaginar la gran cantidad de puntos de contacto existentes entre los derechos fundamentales y las relaciones que pueden mediar entre dos o más particulares en el campo del derecho privado.

La dificultad anotada viene determinada, en primer término, por cuanto los derechos fundamentales, esto es aquellos derechos de los que son titulares los sujetos y, al mismo tiempo, pertenecen a la esencia misma del Estado moderno, son percibidos desde el punto de vista tradicional exclusivamente como un reclamo del súbdito frente al soberano.

Pero, como es posible advertir, no se trata de cualquier reclamo de las personas, sino que de un reclamo de autodefinición. Se trata, en último término, de un grito de libertad o de un reclamo del sujeto aislado en miras a obtener un espacio en el cual el poder soberano queda ajeno y el Estado se ve obligado a dejar sus manos afuera, sin más participación que reconocer las diversas opciones de autodefinición por las que opten los sujetos y la de mantener la paz social, para el caso que esas opciones resulten contradictorias.

En otros términos, desde el punto de vista tradicional los derechos fundamentales son aplicables exclusivamente en la relación que media, usando la terminología de MARITAIN, entre “el hombre y el estado”. Son, del mismo modo, una verdadera carta de triunfo del sujeto frente al deseo y aspiración de control del poder organizado, o lo que es lo mismo, del Estado.

Es por ello que los derechos fundamentales han sido percibidos y estudiados como un aspecto propio del “Derecho Público”, que es aquel que dice relación con el Estado, sus potestades y sus limitaciones de acción.

A su vez, como contrapartida de la percepción tradicional de los derechos fundamentales y su aplicación, el ideal tradicional entiende las relaciones que median entre los particulares como aquellas que se verifican entre dos o más sujetos dotados de igual arsenal de argumentos y poder negociador. Esto lleva aparejado que el ámbito de las relaciones entre particulares se desarrollan fuera de toda posibilidad de coerción. Dicho de otro modo, las relaciones entre particulares excluyen, por su propia naturaleza, toda posibilidad de imposición y suponen que el sujeto actuará si, y sólo si, encuentra en ello un beneficio (no necesariamente económico). Detrás de las relaciones entre particulares siempre encontraremos al “dogma” de la autonomía de la voluntad, cuyo principal exponente ha sido KANT ¹.

Este ideal de autonomía, en virtud del cual entendemos que cada cual es el autor de su propia vida en base a decisiones libres de toda disposición externa (heteronomía ²), es propio del ámbito del Derecho Privado.

¹ KANT, Immanuel. “La metafísica de las costumbres” (Traducción de A. Cortina y J. Conill). 1997. Editorial Altaya – Madrid. Se sugiere, adicionalmente, la lectura de la fantástica explicación de TAYLOR, Charles. “Teoría de la Libertad de Kant” (Traducción de Martín Bruggendick). 1984. En: Revista Estudios Públicos, 93 (Verano). 2004 Página 5 y siguientes.

² Deseo dejar constancia, aunque no es materia de este trabajo, que la democracia viene a ser un esfuerzo por convertir al Estado, en cuanto poder legitimado para el monopolio de la fuerza, en una manifestación de la autonomía del sujeto. Resulta evidente que mientras más participación democrática ostente el ciudadano las decisiones del Estado son menos “heterónomas”.

De ahí que emprender un estudio acerca de la eficacia que puedan tener los derechos fundamentales en el marco del tráfico jurídico privado acaecido exclusivamente entre particulares pueda contener, en principio, un asomo de contrasentido. Acto seguido, en caso de aceptarse a primera vista la propuesta, podría imaginarse que se trata de un asunto de interés meramente intelectual, cuya aplicación práctica queda reservada solamente a hipótesis cuidadosamente diseñadas por la academia y con escaso o nulo reflejo en la vida cotidiana.

Sin embargo, el desarrollo económico, tecnológico y teórico han impulsado nuevos campos de estudio jurídico y han generado nuevas realidades que requieren, naturalmente, de nuevos esquemas intelectuales de análisis y soluciones novedosas.

Conforme es explicado por connotados autores comparados, casi siempre desde la óptica iuspublicista, las experiencias de las postguerras y las experiencias traumáticas de diversos países han originado un fuerte llamado de atención de los juristas hacia los aspectos más propios del sujeto, quien se encuentra a merced del poder Estatal y de sus abusos.

De ahí que no falten liberales que vean en el Estado a la primera y principal amenaza de la autonomía del sujeto y de su subjetividad, sobre la cual se fundamenta, en último, término la diversidad y la democracia.

Entonces, las realidades que se vislumbran a propósito de las sociedades modernas ofrecen una serie de buenos argumentos para proceder a una severa revisión de los dogmas y separaciones clásicas o tradicionales utilizados por los estudios jurídicos del “Derecho Público” y del “Derecho Privado”. Y, sencillamente, los derechos fundamentales ofrecen importantes ventajas comparativas respecto de otros institutos jurídicos para llenar esas necesidades dogmáticas.

La doctrina de origen alemán de la “Drittwirkung der Grundrechte”, cuya versión española también goza de considerable desarrollo teórico, postula que los derechos fundamentales constituyen una técnica que resulta aplicable no sólo en cuanto defensa del ciudadano frente al Estado, sino que también tiene eficacia normativa y obligacional entre particulares en medio del tráfico jurídico. Justamente esta memoria aborda los elementos y argumentos que conducen a dicha conclusión.

A fin de lograr una exposición coherente, en una primera parte (capítulo primero) dedico los esfuerzos y la atención a proveer de una explicación de lo que se debe entender por la voz “derechos fundamentales” para poder abordar, luego, la doctrina de la “Drittwirkung der Grundrechte”. En este capítulo analizo brevemente la historia conceptual de los derechos fundamentales, comenzando por su concepción liberal tradicional hasta los análisis más avanzados de la actualidad.

Acto seguido, en una segunda etapa (capítulo segundo) reviso la dicotomía que tradicionalmente se encuentra entre aquellas categorías de “lo público” y “lo privado” del Derecho, atendido que la doctrina de la “Drittwirkung der Grundrechte”, objeto central de este estudio, supone una severa revisión de los límites que operan entre ambas categorías. En efecto, con el riesgo de utilizar un lenguaje algo impreciso aunque clarificador, la doctrina en estudio supone indagar acerca de una suerte de “invasión” de una de las principales instituciones del Derecho Público en el Derecho Privado, lo que puede ser visto como un “caballo de troya” que traiga consigo la pérdida de interés del Derecho Privado o, por el contrario, como un largo camino que demuestra que en el Derecho Privado hay, todavía, una extensa cantidad de asuntos cuyo estudio depara el futuro.

Luego, como un tercer estadio de este trabajo (capítulo tercero), me ocupo de los principales argumentos que han forzado las revisiones que he insinuado respecto de las percepciones tradicionales acerca de los derechos fundamentales, cuya constatación y desarrollo han forjado los sólidos cimientos para la elaboración de esta doctrina que presento.

En cuarto lugar (capítulo cuarto), y que constituye la parte más extensa y documentada de esta Tesis, me ocupo de la explicación de la doctrina de la “Drittwirkung der Grundrechte”, desde su concepción “directa” hasta las versiones más desarrolladas o “indirectas”. Además, sin perjuicio de lo anterior, se dedican en este capítulo algunas líneas a la presentación de algunas teorías alternativas a la “Drittwirkung der Grundrechte”, en las que más de alguien ha visto una superación de la misma.

Por último, en la quinta etapa de este estudio (capítulo quinto) analizo el grado de recepción en nuestro país de la doctrina de la “Drittwirkung der Grundrechte”. Dedico parte de este capítulo al estudio de lo que en nuestro medio se ha dado en conocer como la “Constitucionalización del Derecho Civil”, cuestión que, en mi criterio, no alcanza el desarrollo ni la extensión de la doctrina objeto del análisis de esta Tesis de Grado.

A modo de epílogo de esta introducción, deseo dejar constancia del inmenso agrado que me provocó haber emprendido este estudio, toda vez que llegado al convencimiento de haber presentado un tema de Tesis que conecta la historia del Derecho Civil con los pasos que vienen, lo que me deja muy satisfecho con el resultado obtenido.

RODRIGO URZUA PALOMINOS

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA UNA DOCTRINA DE LA “DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE”

CONCEPTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA UNA DOCTRINA DE LA DRITTWIRKUNG DEL GRUNDRECHTE

1.- Precisiones terminológicas

La presente memoria analiza la supuesta y eventual eficacia que los derechos fundamentales pueden presentar entre particulares, todo esto dentro del marco de sus relaciones en tanto sujetos de derecho privado. En derecho comparado esta discusión se conoce bajo su nomenclatura alemana “*drittwirkung der grundrechte*”, toda vez que nació en dicho país europeo.

A raíz de su influencia, especialmente en España, el enunciado ha sido utilizado literalmente en castellano como “efecto frente a terceros de los derechos fundamentales”³.

Siguiendo la sugerencia del profesor PIZARRO⁴, como primer punto del presente trabajo habré de precisar algunos términos que se usarán de modo recurrente en las líneas que siguen, todo lo anterior con el fin expreso de evitar confusiones.

De aquí en más he preferido usar la voz “derechos fundamentales” por sobre la locución “derechos humanos”. No cabe duda que una y otra presentan ideas afines y, en más de una opinión, resultan plenamente coincidentes, pero para los efectos de este trabajo ambos conceptos presentan matices que resultan importantes de destacar y precisar.

La distinción conceptual entre ambos institutos jurídicos, esto es los “derechos fundamentales” y los “derechos humanos”, se encuentra en una razón mas bien formal que en un argumento sustancial. Resulta incluso discutible o dudoso que semánticamente posean significados diversos, pero, como vengo diciendo, argumentos de tipo formal militan a favor de la distinción anotada. Para todos los efectos del presente estudio acerca de la “*drittwirkung der grundrechte*” concuerdo con el profesor PIZARRO que con las voces “derechos humanos” y “derechos fundamentales” se alude a dos fenómenos diversos.

³ GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. 1986. Editorial Civitas. Madrid. Página 11.

⁴ PIZARRO, Carlos. “Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la drittwirkung”. 1998. En: Revista Gaceta Jurídica N° 221 (Noviembre). Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios. Página 7 y siguientes.

En efecto, bajo la fórmula de “derechos humanos” se alude comúnmente a aquellos derechos que integran el sistema internacional de protección, en todo caso ajenos a los textos constitucionales y que, por lo mismo, carecen de una consagración o reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico interno de un país determinado. A su turno, como puede comprenderse ya, bajo la fórmula de los “derechos fundamentales” se alude a aquellos derechos reconocidos y protegidos en el sistema constitucional interno, en el cual cuentan con una garantía explícita o expresa.

En doctrina se ha señalado, por uno de los más importantes pensadores acerca del fenómeno de los derechos fundamentales como es ALEXY, que “siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Es dudoso que valga lo inverso”⁵. En otros términos, en doctrina es lugar común señalar que los derechos fundamentales, para ser tales, requieren de consagración positiva dentro del orden constitucional interno.

En general, “derechos humanos” y “derechos fundamentales” se distinguen por el continente que integran y por los mecanismos idóneos con que cada uno cuenta para imponerse dentro de los sistemas. En consecuencia, se trata de dos estadios diversos de un mismo fenómeno, lo que los hace diferentes entre sí por la fuerza vinculante de uno con respecto al otro, constituyendo los “derechos fundamentales” el último escalón de legitimidad y reconocimiento interno.

De esta manera, y por las razones anotadas precedentemente, en lo sucesivo he preferido referirme a los “derechos fundamentales” por cuanto dicha fórmula es, precisamente, la que ha generado la discusión en torno a la “*drittwirkung der grundrechte*”, tema sobre que trata la presente memoria.

Con todo, superada la primera barrera terminológica de esta memoria de grado, se está en condiciones más provistas para abordar la discusión dogmática que se plantea en derecho comparado acerca de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.

2.- Concepto sustancial de los derechos fundamentales – Punto de partida del estudio de sus efectos entre particulares

Como ya he señalado, el presente estudio versa acerca de la posibilidad de esgrimir los derechos fundamentales como normas obligatorias entre los actores del tráfico jurídico privado. En otras palabras, como es posible vislumbrar, se trata de verificar si resulta adecuado señalar que los derechos fundamentales tienen aplicación entre particulares cuando estos interactúan dentro del marco jurídico del derecho privado. Entonces, resulta apropiado y pertinente indagar acerca del concepto de los derechos fundamentales para, a partir de ahí, emprender el estudio acerca de sus efectos.

La doctrina ha elaborado diferentes conceptos acerca de qué se debe entender por la voz “derechos fundamentales”, sin haber alcanzado un concepto unívoco. El autor de una de las obras científicas más importantes sobre la materia, me refiero a Carl SCHMITT, sostiene que los derechos fundamentales son “sólo aquellos derechos que pertenecen

⁵ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. 2002 (Tercera reimpresión). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. Página 47.

al fundamento mismo del estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales en la constitución”⁶.

El concepto recién citado se opone, claro está, atendido su contexto autoritario y su militancia en la escuela del positivismo jurídico alemán, a la concepción de los derechos fundamentales como emanaciones de la propia naturaleza humana, anteriores y superiores a la propia soberanía estatal, la que se debe limitar a reconocer su existencia y promover su respeto. El artículo 5 inciso 2° de la propia Constitución Política de Chile sigue, al decir de varios, esta concepción de los derechos fundamentales. Preceptúa el señalado artículo, en lo pertinente, que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

Como puede apreciarse desde ya, cualesquiera sea la posición que se adopte, ya sea desde el punto de vista “positivista” de SCHMITT como “iusnaturalista” de la Constitución Chilena, la sola mención de los derechos fundamentales evoca la idea de una relación que existe entre el Estado, como depositario del poder público, y el ciudadano, como súbdito. En dicha relación, digamos “vertical”, median los derechos fundamentales con el fin de proteger al individuo frente al Estado, sindicado como la principal amenaza de la libertad del individuo.

Sobre el particular, bastante reveladoras son las palabras de DWORKIN, quien ha señalado que “la constitución, y particularmente el <<Bill of Rights>>, está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común”⁷. La referencia de este autor a una “mayoría de ciudadanos” se refiere a las mayorías que constituyen el poder político, no al fenómeno del “poder privado”, que será analizado más adelante⁸. En este mismo orden de ideas aparecen las explicaciones Burt NEUBORNE, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, quien ha señalado que “el <<Bill of Rights>>, en sí mismo, no protege a los individuos contra el abuso del poder privado. Con la importante excepción de la prohibición de la esclavitud de la 30ª enmienda, los artículos del <<Bill of Rights>> protege a los individuos contra el Estado, no contra otros individuos”⁹.

El presente estudio no pretende escudriñar la doctrina a fin de presentar un concepto acerca de qué son o qué debemos entender, sustancialmente, por “derechos fundamentales”, lo que por lo demás correspondería más bien a un trabajo de derecho público y no de derecho privado como el presente, pero me resulta indispensable intentar abordar ciertos aspectos esenciales que no pueden ser obviados para un correcto entendimiento de la problemática de la “*drittwirkung der grundrechte*”.

Uno de esos aspectos esenciales a que me refiero, y que resulta importante, es la discusión que en torno a los derechos fundamentales se ha planteado desde la óptica

⁶ SCHMITT, Carl. “Grundrechte und Grundpflichten” (1932). Citado por ALEXY, Robert. Obra citada [Nota 5]. Página 63.

⁷ DWORKIN, Ronald. “Los derechos en serio” (Traducción de M. Gustavino). 2002 (5ª reimposición). Editorial Ariel – Barcelona. Página 211.

⁸ Véase capítulo 3, título 2 de esta Memoria.

⁹ NEUBORNE, Burt. “An Overview of the Bill of Rights”. En: MORRISON, Alan B. (General Editor). “Fundamentals of American Law”. 2000. New York University School of Law. Oxford University Press. Traducción libre. Página 83 y 84. El texto original señala: “... Bill of Rights, standing alone, does not protect individuals against misuse of private power. UIT the imortant exception of the prohibition against slavery in the Thirteenthamendment, the provisions of the Bill of Rights protect the individuals against the government, not against other individuals...”.

liberal. A estas alturas no está de más señalar que es precisamente la perspectiva liberal la que puede reivindicar con mejores títulos una suerte de primera bandera sobre los derechos fundamentales, a lo menos en su aspecto más tradicional.

3.- Liberalismo y derechos fundamentales – Orígenes conceptuales

Para el liberalismo clásico, los derechos fundamentales son, exclusivamente, mecanismos de defensa del ciudadano frente al Poder del Estado.

Si bien este no es un estudio acerca del liberalismo clásico, algunas ideas esenciales resultan imprescindibles en estas líneas, las que tienen por objeto simplemente ofrecer una mirada general de los efectos de la primera gran victoria del liberalismo, a saber: los derechos y libertades de los ciudadanos.

No pretendo ofrecer definiciones ni abrazar determinadas posiciones sobre el particular, sino simplemente exponer clara y abiertamente el discurso liberal, en el cual se encuentra la génesis de la discusión que trato en este texto.

En una primera aproximación, cabe destacar que “el liberalismo, obvio es decirlo, es una teoría política: construye una perspectiva política”¹⁰. Además, cabe recordar que ha sido descrito como “un cuerpo de teorización que aboga por un estado constitucional... y una elevada porción de libertad civil”¹¹. Sobre la idea del “estado constitucional”, concepto que sobrepasa los límites de este trabajo, el mismo MERQUIOR señala que este supone una autoridad central con poderes bien definidos y limitados, y con un alto grado de control por los ciudadanos.

Desde el punto de vista filosófico, el liberalismo es una de las manifestaciones más coherentes del individualismo de los sujetos. Desde sus orígenes, el liberalismo ha presentado al principio de la autonomía como su principal bandera de lucha. Este principio moral de autonomía es particularmente fuerte en la obra de KANT¹².

Este principio, rector de orden jurídico privado, es una plasmación de un principio todavía más general, como es el de la libertad. Al tratarse de un principio general, aplicable a todos los sujetos por igual, se da una situación general de libertad e igualdad esencial entre sujetos, de modo que sus interacciones en el ámbito privado siempre será, por definición, entre iguales y entre dos titulares de derechos fundamentales de libertad.

Según la óptica descriptiva de TEJEDOR CAMPOMANES, el liberalismo, en esencia, desconfía e intenta impedir los fenómenos asociativos, toda vez que ellas podrían atentar contra la individualidad. El mismo autor resalta que a su amparo se instauraron gobiernos constitucionales, se lograron libertades públicas y se impuso la libertad de enseñanza.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. “Ética privada e igualitarismo político” (Traducción de Antoni Domènech). 1993. Ediciones Paidós – I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona. Página 54.

¹¹ MERQUIOR, José Guilherme. “Liberalismo. Viejo y nuevo”. 1993. Editorial Fondo de Cultura Económica. Página 32.

¹² KANT, Immanuel. Obra citada [Nota 1]. Un trabajo particularmente bello en torno al principio de la autonomía puede verse en RAZ, Joseph. “Autonomía, tolerancia y el principio del daño”. En: Revista Estudios Públicos, 76 (Primavera 1999). Página 91 y siguientes. Puede consultarse también, en torno a la particular fuerza del principio de la autonomía en la obra de Kant, PEÑA, Carlos. “¿Por qué necesitamos a Kant?”. 1998 En: Revista Estudios Públicos, 68 (Verano). Página 5 y siguientes.

Además, no exento de polémica, el propio TEJEDOR señala que en el discurso liberal es posible encontrar una defensa de la desigualdad, la que desde este punto de vista no se basa en el nacimiento, sino en la riqueza y la instrucción”^{13 14}.

Desde el punto de vista histórico, el liberalismo nació en abierta protesta contra la intrusión del poder estatal en la esfera privada de los sujetos, respecto de la cual se comenzó a reclamar privacidad, buscando establecer tanto una limitación como una división del poder. El liberalismo nace como un reto frente al poder absoluto, concentrado en las manos de una sola autoridad.

Los proto-liberales¹⁵, amparados en el férreo argumento de la libertad del individuo, propugnaban sus postulados sobre la base de cuatro ideas-pilares sobre los cuales construyeron su doctrina, a saber:

3.1.- En el orden político, sostienen la necesaria limitación del poder del soberano mediante la declaración y respeto de los derechos de los ciudadanos.

3.2.- En el orden institucional, argumentan la conveniencia de la separación de poderes y la consagración del estado constitucional. Desde esta perspectiva, la constitución, escrita o no, consiste en “las reglas que gobiernan el gobierno”¹⁶.

3.3.- En el orden económico, abogaron por el respeto de la propiedad privada. Además, en el orden económico se propuso el libre juego de las transacciones privadas como sistema auto-regulador del quehacer de la economía.

3.4.- En el orden jurídico, señalaron que el sujeto, en cuanto tal, es autónomo para los efectos de definir su propia vida, tomando en cuenta exclusivamente sus propias definiciones, frente a las cuales el Estado debe adoptar una posición neutra.

Como resulta natural, la consagración de derechos – libertades constituye la primera reivindicación de los liberales, que en sus inicios se refería tanto a lo religioso, lo político y lo económico.

Evidentemente, la lucha que terminó en la conquista de derechos y libertades determina que la estructura y función de estos derechos viene dada, exclusivamente, en la limitación del poder soberano, quedando fuera de su aplicación la acción de los privados, lo que, como se destacará, estaba al margen de su aplicación, toda vez que la interacción entre sujetos libres e iguales es una situación siempre deseable desde el punto de vista jurídico y económico.

¹³ TEJEDOR CAMPOMANES, César. “Historia de la filosofía en su marco cultural”. 1991. Editorial SM – Madrid. Página 303.

¹⁴ Acerca de la de la supuesta defensa de la desigualdad anotada por TEJEDOR, resulta interesante la presentación del liberalismo por uno de sus más importantes expositores en la actualidad, como es Ronald DWORKIN, quien ha señalado que “... los liberales son, por lo menos, modestamente igualitaristas. Lamentan las grandes desigualdades de riqueza características de las modernas naciones industriales y son partidarios de programas de redistribución tendientes a reducir esas desigualdades...”. DWORKIN, Ronald. Obra citada [Nota 10]. Página 49. Desde la perspectiva teórica, la afirmación de TEJEDOR resulta poco afortunada y, además, induce a error. En efecto, la defensa del liberalismo no apunta al mantenimiento de las desigualdades, sino que al ideal de la autonomía, esto es la facultad de los sujetos de autodeterminar sus propias vidas de acuerdo a su propia decisión. Del ejercicio de la autonomía privada van a resultar diferencias entre los sujetos, las que tienen su origen en las diversas decisiones que cada cual adopte para sí. Entonces, lo que defiende el liberalismo es la autonomía de los sujetos para adoptar las decisiones que cada cual estime adecuadas para su propia vida, de lo que sin lugar a dudas van a resultar diferencias.

¹⁵ Entiéndase, LOCKE, John, ROUSSEAU, Jean J., KANT, Immanuel, etc.

¹⁶ WHEARE, Kenneth. 1966. “Modern Constitutions”. Oxford University Press.

En conclusión, para los proto-liberales la primera gran amenaza de la libertad de los individuos radica en el poder estatal, por lo que resulta indispensable contar con ciertos límites a la actividad del poder, a fin de evitar los excesos del soberano. Uno de los grandes pensadores del Liberalismo, me refiero a BERLIN, parafraseando a CONSTANT, sobre el particular señaló que “la verdadera causa de la opresión está en el mero hecho de la acumulación misma del poder, esté donde esté, ya que la libertad se pone en peligro por la mera existencia de la autoridad absoluta como tal. No es el brazo el que es injusto... sino el arma la que es demasiado pesada; algunos pesos son demasiado pesados para la mano humana”¹⁷.

El marco general precedentemente descrito en breves notas es presentado como el origen de los derechos y libertades públicas, tal como se conciben hoy en día.

Esto es, la lucha de los ciudadanos por el respeto a sus libertades fundamentales es el punto de partida que habremos de usar para el estudio de la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*”. No cabe duda que las raíces más remotas de los derechos podrán encontrarse en momentos históricos bastante anteriores, pero el desarrollo definitivo de la categoría de los derechos fundamentales la encontramos en la época de la ilustración liberal y del racionalismo contractualista, tal como lo ha propuesto JULIO¹⁸.

4.- Orígenes y transiciones conceptuales de los derechos fundamentales hasta la actualidad – Primeramente de la perspectiva liberal.

Una investigación acerca de los orígenes conceptuales más remotos de los derechos fundamentales resultaría una empresa tan extensa que podría devenir en un trabajo estéril. Por lo demás, dicho estudio excedería con creces los límites y restricciones de la presente memoria.

Es por lo anterior que en este título intentaré hacer un breve, pero no por eso menos riguroso, recorrido del desarrollo conceptual que ha experimentado el concepto de los derechos fundamentales, desde aquella herramienta de limitación del poder soberano hasta aquello que se entiende hoy por la doctrina y jurisprudencia de aquellos países en que la discusión en torno a la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales ha cobrado su mayor desarrollo; me refiero particularmente a Alemania y España.

Resulta indispensable recordar que se trata de una visión general, teórica o dogmática sobre el tema propuesto, sin referirme a un sistema jurídico específico, por lo que su discusión puede ser adoptada en nuestro medio.

¹⁷ BERLIN, Isaiah. “Cuatro ensayos sobre la libertad” (Traducción de J. Bayón). 2000. Alianza Editorial – Madrid. Página 270.

¹⁸ JULIO ESTRADA, Alexei. “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”. 2000. Universidad Externado de Colombia. Página 27. Conuerdo con este autor en que la elección de la época que se toma como punto de partida o desarrollo definitivo de los derechos fundamentales resulta determinada por una mera arbitrariedad. El propio autor citado señala que “... la elección de un punto de partida ha de ser necesariamente arbitraria, pues supone una ruptura artificial en el entorno conceptual existente en un momento dado, del que no se pueden escindir de manera natural determinadas ideas, separándolas del marcos social e ideológico en el que fueron concebidas... ”.

Cabe recordar que, para los efectos de este trabajo, el punto de partida dogmático arranca de la concepción de los derechos fundamentales de la filosofía liberal del siglo XVIII, pues es sin duda en la Ilustración y el racionalismo contractualista donde, como destaqué, se encuentra el origen del sentido actual de las libertades públicas y derechos fundamentales de los ciudadanos.

En primer lugar, se debe reiterar una vez más que los derechos fundamentales fueron concebidos originalmente como una conquista de los individuos frente a la más importante amenaza de su libertad, esto es el poder Estatal.

Las corrientes del “liberalismo / racionalista / contractualista” extraen el concepto de los derechos fundamentales de uno mucho más general, como es el concepto de la libertad, una libertad que, no está de más indicarlo, se extrae del supuesto teórico de la existencia del “Estado de Naturaleza”, concepto que nos ayuda en la presentación de este apartado.

En efecto, en el estado de naturaleza, según la descripción de LOCKE ¹⁹, todos los individuos gozaban de una libertad natural y eran titulares de propiedad privada. En rigor, reinaba la paz social como una manifestación de la libertad general. El paso del estado de naturaleza al Estado civil habría ocurrido cuando la tierra no alcanzó para todos en la medida de sus ambiciones, por lo que cada uno intentó imponerse por la fuerza a los otros.

En tales circunstancias de desorden y convulsión sociales, el Estado civil se constituyó con el fin de resguardar la libertad y la propiedad de los sujetos, sin convertirse el estado en un opresor. Tales derechos a la libertad y a la propiedad se convirtieron en la pieza clave de sistema de los derechos subjetivos naturales del estado liberal.

En definitiva, puede apreciarse que para el liberalismo más clásico los derechos fundamentales del individuo tienen su origen en un momento previo a la existencia misma del Estado, los cuales se presentan como una especie de “reserva de derechos” frente a la transferencia de libertades que los sujetos ejecutan a favor del Estado al momento de suscribir el pacto social. Al Estado, por lo tanto, sólo le cabe reconocer aquellos derechos previos a él mismo.

5.- Los derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos – Los derechos fundamentales como status (el aporte de Georg Jellinek).

Está claro que desde la óptica liberal clásica los derechos fundamentales de los individuos nacen como una defensa frente a la potestad estatal, cuyos poderes configuran una fuerte amenaza de las libertades de los sujetos. Curiosamente, en los inicios de la doctrina liberal no se decantó una doctrina contundente acerca de los derechos fundamentales y sus efectos. Dicha obra vino a ser elaborada por las corrientes positivistas decimonónicas, de marcado acento autoritario.

¹⁹ LOCKE, John. “Segundo tratado sobre el gobierno civil” (Traducción de C. Mellizo). 1990. Alianza Editorial – Madrid.

En general, la ciencia jurídica no se destaca por la gran cantidad de conceptos unívocos. Sin embargo, nadie discute que una de las obras más influyentes en materia de dogmática de derechos fundamentales es la del autor alemán JELLINEK²⁰.

El aporte de este autor, cuya principal preocupación radica en explicar los derechos de los ciudadanos frente al poder público, parte de la idea del derecho subjetivo. Para JELLINEK el derecho subjetivo “es la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirige a un bien o a un interés. Solamente el reconocimiento jurídico de la potestad dirigida a un bien o a un interés puede producir esa individualización del derecho, su conexión con una determinada persona, que es uno de los elementos esenciales del derecho subjetivo”²¹.

El otro elemento central de la doctrina de JELLINEK, además del concepto del derecho subjetivo, es la concepción del Estado como sujeto de derechos que, en un sentido estricto, mantiene relaciones con el individuo, mediante las cuales concede al sujeto ciertas esferas de privacidad que quedan al margen del poder. Lo anterior se logra bajo la fórmula de autolimitaciones o concesiones expresas.

Ahora bien, según la obra de JELLINEK el derecho subjetivo será privado (*licere*) si el derecho de que se trate puede ser separado de la personalidad del titular mediante una declaración de voluntad o acto jurídico²². Será público (*possé*) cuando dicha potestad no sea escindible del titular sin que su propia personalidad se vea disminuida²³.

Este carácter inalienable, en JELLINEK²⁴, viene determinada por la especial naturaleza de la concesión estatal.

Es fácil apreciar que la concepción de JELLINEK se aparta del ideal liberal original de los derechos fundamentales conceptos previos al Estado mismo.

En otras palabras, y siguiendo la explicación de BILBAO acerca de la doctrina de JELLINEK, “los derechos individuales no son prerrogativas naturales, anteriores y superiores a la organización estatal, sino meros derechos reflejos que tienen su origen y fundamento en el proceso de autolimitación del estado, que acepta la necesidad de regular (autorregular) el ejercicio de su poder soberano”²⁵.

En el fondo, como puede comprenderse, la limitación del poder estatal viene determinada por la decisión del propio Estado, quien decide limitar sus potestades públicas en reconocimiento de la libertad y autonomía de los sujetos. Esto es, usando la magnífica

²⁰ Un acabado análisis de la obra y el gran aporte de este autor puede verse en ALEXY, Robert. Obra citada [Nota 5]. Capítulo 5, páginas 247 y siguientes.

²¹ JELLINEK, Georg. “Sistema dei dirritti publici subbietivi”. 1919. Soc. Editrice Libreria – Milan. Página 49.

²² No puedo dejar de recordar el concepto de “titularidad protegida por derechos de propiedad” en el sentido anotado por CALABRESSI, Guido y MELAMED, Douglas. “Reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad. Un vistazo a la catedral”. 1996. En: Revista Estudios Públicos, 63 (Invierno). Páginas 347 y siguientes.

²³ Se me viene a la memoria el concepto de “titularidad protegida por inalienabilidad”. CALABRESSI y otro. Obra Citada [Nota 22].

²⁴ JELLINEK, al igual que SCHMITT y otros autores de gran renombre, son representantes del positivismo jurídico alemán, marcado por el poder autoritario del soberano, en el cual el derecho fundamental supone una autolimitación expresa del estado, pero en ningún caso de una especial cualidad derivada de la propia naturaleza humana.

²⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María. “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. 1997. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Boletín Oficial del Estado. Madrid. Página 235.

fórmula de JULIO, “el Estado ejerce su potestad sobre hombres libres, es decir, sobre personas, ya que al reconocer la personalidad del individuo – su capacidad jurídica, el *possé* –, el Estado se restringe a sí mismo”²⁶.

No cabe duda que el aporte de JELLINEK es decisivo para el desarrollo del concepto actual de los derechos fundamentales, toda vez que el Estado no solo demarca una zona en la que el sujeto queda excluido del ámbito de intromisión del soberano, a modo de un *status negativo*, esto es como un argumento fuerte a favor de la privacidad del sujeto frente al ataque público del soberano, sino que al mismo tiempo le otorga herramientas para exigir del poder público una cierta categoría de prestaciones estatales destinadas a proteger eficazmente esta esfera de libertad.

Ahora bien, según JELLINEK el derecho fundamental es, a un mismo tiempo, un conjunto de posiciones de diferente contenido y estructura. En efecto, un sujeto no se encuentra en una posición estática frente al Estado, sino que su participación en el Estado supone, necesariamente, un conjunto de situaciones que se entrelazan en un mismo tiempo.

Estos conjuntos de posiciones y relaciones se denominan “*status*”, que es lo que da el nombre a la doctrina de JELLINEK tal como es masivamente conocido su aporte, esto es la “teoría de los *status*”. Cuatro categorías de “*status*” reconoce este autor.

5.1.- El *status negativo*

²⁷ corresponde a la esfera de la libertad del individuo, que ha sido concebido de manera expresa por el Estado en miras del interés individual de los sujetos. No se trata de un reconocimiento de los derechos que emanan de la naturaleza humana, sino que de un proceso de concesión estatal de ciertos ámbitos de privacidad en los que el soberano mantiene, simple y voluntariamente, sus “manos afuera” (*hands off*). Este concepto del “*status negativo*” equivale a lo que BERLIN identifica como “libertad negativa”²⁸.

5.2.- Por su parte, el *status pasivo*

, o también *status subiectionis*²⁹, supone la posición del individuo frente al estado en su calidad de súbdito y, como tal, dentro de la esfera del deber individual. En otros términos, el individuo se encuentra “sujeto” a aquel Estado al que se adscribe.

5.3.- El *status positivo*

³⁰ es la capacidad jurídicamente tutelada de los individuos para exigir ciertas prestaciones positivas de parte del Estado. En efecto, la esfera de libertad negativa carece de eficacia si no se le otorga al sujeto un mecanismo o herramienta mediante la cual el sujeto pueda exigir del Estado el respeto o cumplimiento de dichas libertades. La principal figura del *status*

²⁶ JULIO, Alexei. Obra citada [Nota 18]. Página 39.

²⁷ ALEXY, Robert. Obra citada [Nota 5]. Página 251.

²⁸ BERLIN, Isaiah. Obra citada [Nota 17]. Página 220.

²⁹ ALEXY, Robert. Obra citada [Nota 5]. Página 249.

³⁰ Ibidem. Página 256.

positivo es, como puede entenderse, la acción judicial. Este concepto del “status positivo” equivale a lo que BERLIN identifica como “libertad positiva”³¹.

5.4.- Por último, según JELLINEK, deben pertenecer a un *status activo*

³² las competencias que tienen como objeto la participación en el estado, que sirven para la formación de la voluntad estatal, como el derecho a sufragio. En otros términos, a fin de encontrarnos en este status, deben otorgársele al individuo ciertas capacidades que se encuentren fuera de su libertad natural.

Esta es la estructura que aportó JELLINEK al estudio de los derechos fundamentales, estudios que en dicho autor se demuestra el positivismo que presenta casi la totalidad de la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XIX.

Como es posible percibir fácilmente, tal como fue formulada por JELLINEK, su doctrina acerca de los derechos fundamentales resulta inaplicable entre particulares, ya que reduce su campo de acción a las relaciones subjetivas que median entre el individuo y el Estado. De ahí que un autor como PIERANDREI³³ haya negado de modo enfático la posibilidad que un derecho fundamental pudiese tener eficacia entre particulares, posibilidad que fue calificada por dicho autor como “impensable”. Y resulta que, dogmáticamente hablando, esta apreciación es correcta desde todas las ópticas posibles.

Esta concepción positivista clásica de los derechos fundamentales como argumentos aplicables únicamente frente al Estado se mantuvo vigente, sin mayores contrapesos por más de un siglo. En otras palabras, las concepciones según las cuales resulta “impensable” extender la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares dominaba el escenario jurídico.

Entonces, para que yo puede estar haciendo este trabajo, resulta indispensable que en la evolución del pensamiento jurídico alemán haya mediado alguna situación de especial fuerza para cambiar una tradición que había imperado sin mayores contrapesos por casi 100 años. Las primeras discusiones en torno a la “drittwirkung der grundrechte” se suscitaron a mediados del siglo XX.

6.- Quiebre definitivo hacia la admisión de una vigencia frente a particulares de los derechos fundamentales

La historia del concepto de la “*drittwirkung der grundrechte*” es muy reciente, en comparación con la de la generalidad de los conceptos jurídicos de raigambre románica.

³¹ BERLIN, Isaiah. Obra citada [Nota 17]. Página 231. En el sentido de BERLIN, ser libre “positivamente” supone el poder actuar e impedir (“activamente”) que otros interfieran.

³² ALEXY, Robert. Obra citada [Nota 5] Página 260.

³³ PIERANDREI, F. “I diritti subbietivi pubblici nell’evoluzione della dottrina germanica”. 1940. Torino, Memorie dell’Istituto Giuridico. Citado por JULIO, Alexei. Obra citada [Nota 18]. Página 52.

La expresión nace, precisamente, hacia mediados de la década del 50 en Alemania. Sin perjuicio de ello, se ha señalado que la problemática sobre la que trata esta doctrina ya había sido tratada en época de la Constitución Alemana de 1919, aunque sin la sistemática actual ³⁴.

La teoría de la “*drittwirkung der grundrechte*”, que como ya he señalado trata acerca de la posibilidad de extender la aplicación de los derechos fundamentales al tráfico jurídico nacido entre particulares para regular directamente sus relaciones privadas, tuvo su génesis en Alemania gracias a labores interpretativas de los textos constitucionales por parte de los estudiosos del derecho, especialmente iuspublicistas, no teniendo una cabida explícita “en” los textos, aunque se ha señalado que sí es posible de ser deducido “de” los mismos.

Si la discusión en torno a la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales tuvo nacimiento en Alemania, hacia mediados del siglo pasado, debe haber mediado alguna razón para ello. Según lo ha explicado el autor alemán Ingo VON MÜNCH, “ciertamente los juristas alemanes no son más creativos e innovadores que los juristas de otros países. ¿Qué circunstancias concurrieron para que la idea de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales naciera precisamente en Alemania?... tal vez la razón sea que el constitucionalismo alemán siempre gozó de un elevado nivel científico, si exceptuamos, naturalmente, la época del nacionalsocialismo. Sin embargo, quizás deba buscarse la explicación, precisamente, en la experiencia histórica del período hitleriano. Efectivamente, durante la época de la dictadura en Alemania se vulneraron diaria y masivamente hasta prácticamente dejar de existir. Por esa razón, el constitucionalismo alemán a partir de 1945 se dedicó con especial intensidad a los derechos fundamentales. La atención de los mismo gozó de la máxima prioridad. En Alemania, la dogmática de los derechos fundamentales estaba de moda” ³⁵.

7.- Transformación de los Derechos Subjetivos Públicos en Orden Objetivos de Valores.

Como quedó de manifiesto, el especial interés desplegado por los estudiosos en la doctrina constitucional alemana sobre los derechos fundamentales remeció fuertemente todo el debate jurídico, alcanzando a violentar los cimientos más profundos de aquel recinto inexpugnable que parecía ser el Derecho Privado.

En mi opinión, el paso más importante desde el punto de vista del camino recorrido hasta la concepción actual acerca de los derechos fundamentales, viene configurado por el entendimiento de éstos ya no tan sólo como derechos subjetivos públicos sino que, además, como un Orden Objetivo de Valores instaurado por la propia Constitución.

En efecto, como vengo diciendo, ya desde mediados del siglo XX la dogmática constitucional alemana ha venido ofreciendo, siguiendo la nomenclatura de JULIO, una “doble cualificación de los derechos fundamentales” ³⁶, a saber, de una parte como derechos subjetivos de libertad, y de otro punto de vista como normas objetivas de principios y

³⁴ VON MÜNCH, Ingo. “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”. En: SALVADOR CODERCH, Pablo. (Coordinador) “Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada”. 1997. Editorial Civitas – Madrid. Página 28.

³⁵ Ibidem. Página 29 y 30.

³⁶ JULIO, Alexei. Obra citada [Nota 18]. Página 65 y siguientes.

decisiones axiológicas. Acerca de los derechos fundamentales como normas objetivas de valor se discutió por primera vez hacia 1958, en el marco del conocido “caso Lüth”. Hasta ese momento, los derechos fundamentales se entendían como derechos subjetivos públicos de aplicación exclusivamente “vertical”, esto es en la relación Estado – ciudadano, aunque un año antes había quienes postulaban una eficacia horizontal directa.

Pues bien, el “caso Lüth” versaba en la oposición clara del derecho a no ser perjudicado dolosa ni culposamente por otro y el derecho a la libertad de expresión, la que en este caso llamaba a boicot de una película dirigida por un sujeto que había militado activamente en las corrientes antisemitas hitlerianas.

Los tribunales ordinarios aplicaron, sensatamente, las normas jurídico – privadas que estipulaban que nadie puede dañar a otro dolosa o culposamente, caso en que deberá responder de dichos daños (Art. 826 del BGB). Sin embargo el Tribunal Constitucional Federal Alemán acogió el amparo interpuesto contra dicho fallo, argumentando que si bien es correcto lo afirmado por los Tribunales Ordinarios, no es menos cierto que la Constitución no pretende ser un catálogo frío de reglas, sino que presenta, además, un modelo moral socialmente preferible, que aboga por la libertad e igualdad de los individuos, motivo por el cual, dejó sin efecto la condena civil al Sr. Lüth, quien fue amparado en su política opositora al nacionalsocialismo, pues se estimó ello como una conducta “axiológicamente” preferible a la responsabilidad por sus actos.

El “caso Lüth” causó tal revuelo jurídico en la época, que a partir de él la discusión en torno al efecto de los derechos fundamentales frente a particulares trascendió a las aulas Universitarias y estudios de los letrados.

En definitiva, la Constitución, además de fijar derechos fundamentales, dicta pautas de conducta que son valoradas positiva y preferiblemente frente a actos que no acojan dichos principios de valor.

La doctrina de la doble cualificación ha sido recepcionada de manera particularmente intensa por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el cual ha establecido una Jurisprudencia uniforme en torno a su aplicación.

8.- Necesaria precisión técnico – procesal

Ahora bien, antes de continuar me parece digno de relatar que la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*” se ha desarrollado en países que cuentan con un complejo entramado de instituciones destinadas a llevar a verdadera práctica el principio de la supremacía constitucional, en especial la existencia de un Tribunal Constitucional con facultades y funciones jurisdiccionales para conocer de las ofensas a los derechos fundamentales, lo que ha generado una discusión de interés procesal que debe ser anotada.

En efecto, para una correcta comprensión del problema acerca de la “cuestión procesal” se debe tener presente que esta se suscita únicamente en sistemas que, como el alemán o el español, conocen la acción de amparo constitucional ante un Tribunal Constitucional independiente de los Tribunales Ordinarios, por vulneraciones de los derechos fundamentales por parte de los organismos estatales o de autoridad, incluso de sentencias judiciales, no siendo, en principio, “admisible” la acción por ofensas provenientes de particulares.

Por lo anterior, hay autores que a propósito de la “*drittwirkung der grundrechte*” han generado una división de la discusión entre una “cuestión procesal” y, por otro lado y como una categoría totalmente distinta de la anterior, una “cuestión sustancial”³⁷.

Esta “cuestión procesal” dice relación con la objeción formal a que los particulares puedan recurrir al Tribunal Constitucional por violaciones a sus derechos fundamentales por parte de otro particular. Ello se debe a que tanto en Alemania como España el “Amparo Constitucional” supone, como requisito objetivo básico, que la vulneración al derecho fundamental provenga del Poder Público.

En general el tema ha sido saldado, ingeniosamente a mi juicio, señalando que cuando el afectado en su esfera iusfundamental no encuentra respuesta en los Tribunales Ordinarios, éstos se hacen partícipes de la vulneración, por lo que el requisito del “Poder Público” se ve materializado en los propios Tribunales y sus decisiones.

Se ha planteado también que el Estado se hace partícipe de antemano por las vulneraciones iusfundamentales provenientes de particulares, por cuanto es el Estado, a través del legislador, el que dispuso un sistema jurídico que permite las vulneraciones de los derechos fundamentales por parte de terceros. En definitiva, la cuestión procesal se ve superada en base a un criterio de atribución de las ofensas privadas al Estado, solución que ha sido fuertemente criticada por la doctrina, como se verá más adelante.

9.- Derechos fundamentales y el deber de protección derivado de sí mismos.

Por último, la doctrina y la Jurisprudencia comparada han asignado a los derechos fundamentales, a partir de las últimas décadas del siglo XX, una nueva función, como es la función de protección, entendiéndose ésta como una categoría distinta a la “doble cualificación” explicada anteriormente.

Los derechos fundamentales hasta ahora se habían percibido como argumentos fuertes de defensa individual, lo que ha sido concebido como la “artillería pesada” de los intereses de un sujeto frente a una intromisión no deseada. Además, se los concebía como una pauta valorativa que resulta preferible adoptar y proteger. Ahora, el deber de protección, que paso a exponer en breves líneas, impone al Estado que intervenga frente a vulneraciones de los derechos fundamentales, ya sea que provenga del propio Estado o que venga de cualquiera otra parte.

A raíz de ello, se ha llegado a señalar que la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*” ha perdido interés³⁸. Sin embargo, estas nuevas y últimas objeciones a la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*” parecen desprovistas de la fuerza necesaria para provocar el abandono de la indicada doctrina, toda vez que aun cuando genera embates de grueso calibre, se suele ver en el deber de protección un respeto de los derechos fundamentales en distinto sentido que el de la eficacia frente a terceros.

³⁷ BILBAO, Juan María. Obra citada [Nota 25].

³⁸ KLEIN, E. “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”. 1989. “NJW”, Páginas 1633 y siguientes. Citado por VON MÜNCH, Ingo. Obra citada [Nota 34]. Página 45.

El deber de protección implica una fuerte ampliación del respeto a los derechos fundamentales, toda vez que por su medio se ha logrado justificar un respeto de estos derechos aun cuando no medien relaciones particulares entre los involucrados.

Un caso trágicamente clásico de la idea del deber de protección es el conocido caso *Schleyer*³⁹. En el año 1977 unos terroristas secuestraron al entonces presidente de la “patronal alemana”, Hans Martin Schleyer, exigiendo la libertad de otros 11 terroristas encarcelados y el pago 100.000 marcos a cada uno. Todas las exigencias anteriores fueron apoyadas bajo la amenaza de asesinar a Schleyer.

En dicha circunstancia, el hijo de Schleyer concurre al Tribunal Constitucional Federal Alemán, a fin que dicho tribunal adoptara una medida provisional destinada a evitar que los terroristas asesinaran a su padre, disponiendo que el gobierno, actuando en consecuencia al deber de protección de la vida de Schleyer, pagase y cumpliera las exigencias de los terroristas. Según las explicaciones de VON MÜNCH, y como resultaba sensato, si bien el Tribunal Constitucional siguió la argumentación de la peticionaria en orden al deber de protección, desechó la adopción de la medida provisional solicitada. Lamentablemente, los terroristas cumplieron con su amenaza⁴⁰.

10.- Conclusiones del capítulo primero.

Revisado el camino conceptual recorrido por los derechos fundamentales hasta ser concebidos como un Orden Objetivo de Valores o como argumentos fuertes para imponer la acción protectora del Estado frente a amenazas de toda parte, solo resta señalar que la doctrina del “deber de protección” se dirige a una pretensión clara del individuo frente al Estado, circunscrita, por tanto, dentro de las relaciones “verticales” a que se ha mención en esta memoria⁴¹, tal como la presentó JELLINEK al referirse al “status positivo”.

En cambio, el debate en torno a “*drittwirkung der grundrechte*” se presenta a propósito de si resulta posible aplicar los derechos fundamentales entre particulares, siendo exigibles de parte de estos un respeto de los mismos en su actuar privado.

En conclusión, la aparición de nuevas corrientes de pensamiento acerca de la naturaleza, fines y estructura de los derechos fundamentales generan nuevos campos de

³⁹ Comentado y expuesto por VON MÜNCH, Ingo. Obra citada [Nota 34]. Página 46.

⁴⁰ VON MÜNCH, Ingo. Obra citada [Nota 34]. Página 46, el fallo del Tribunal Constitucional puede verse en BverfGE, 46, páginas 160 y siguientes. Resulta fácil percatarse que de haber acogido el Tribunal Constitucional la solicitud de la medida provisional, se habría creado un funesto incentivo para aquellos secuestradores ávidos de pretensiones de toda índole, las que bajo amenaza de atentados contra la vida de terceros, podrán ver satisfechas sus exigencias vía medidas provisionales del Tribunal Constitucional. Por lo anterior VON MÜNCH estima correcta la decisión adoptada.

⁴¹ En otros términos, es posible señalar que, desde un punto de vista procesal, el “deber de protección” tiene en el ciudadano al sujeto activo de la pretensión protectora, ya sea que la ejerza por sí mismo o por cualquiera a su nombre. Ahora, el sujeto pasivo del deber de protección, esto es, aquel que debe adoptar una conducta activa de protección es el Estado. Lógicamente, se puede argumentar que si el Estado, representado por los Tribunales de Justicia (ya sea común o constitucional) no adopta una conducta protectora, es, precisamente el estado quien estará vulnerando los derechos del ciudadano, toda vez que, como recuerda ALEXEY, los derechos pueden ser vulnerados solo por aquel frente a quien pueden ser esgrimidos. En conclusión, atendido que el deber de protección solo puede ser exigido de parte del Estado, parece natural que no resulta contrapuesto a la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*”, sino que complemento. Esta disquisición será analizada más adelante.

estudio que, en caso alguno, hacen que el efecto frente a terceros de estos derechos pierda interés jurídico, tanto desde una óptica *iuspublicista* como *iusprivatista*.

CAPÍTULO SEGUNDO LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN RELACIÓN A LA DOCTRINA DE LA “DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE” LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN RELACIÓN A LA DOCTRINA DE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE

1.- Lo Público y lo Privado

La doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*”, que se refiere a la posibilidad de extender la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones que median entre particulares en el tráfico jurídico privado, es uno de los debates teóricos más intensos del actual estado del derecho civil y constitucional.

La discusión en torno a la “*drittwirkung der grundrechte*” se construye, como es posible vislumbrar, sobre la base de una tenue, sino inexistente, línea divisoria entre lo que se denomina “lo privado” y aquello que, por otro lado, se designa como “lo público” del derecho.

Si bien es correcto afirmar que todo el Derecho es en esencia público por las formalidades institucionales que suponen sus fuentes formales, tal como lo expresa BARROS⁴², no es menos cierto que hay argumentos fuertes para abogar por una clara diferencia entre aquello que podemos denominar “lo jurídicamente público” y “lo jurídicamente privado”.

En efecto, desde el punto de vista tradicional la distinción entre “lo público” y “lo privado” es una construcción fundamental de todo el ordenamiento jurídico, cuyos ribetes distintivos son tan fuertes y característicos que parecen inamovibles. Desde este mismo punto de vista, además, no habría ningún motivo relevante por el cual sea necesario revisar dicha separación estructural del Derecho.

Lo “público” del derecho es todo aquello que regula la actividad del Estado, abarcando desde las potestades públicas hasta los límites a su actividad. Desde este punto de vista, que he denominado “tradicional”, autores como LATORRE han dicho que “el derecho público se caracteriza porque en él existe un ejercicio del poder del estado. Sus normas son las que van dirigidas a regular la organización y la actividad del estado y demás entes públicos y sus relaciones como tales entes públicos con los particulares”⁴³. En otros

⁴² BARROS, Enrique. “Lo público y lo privado en el derecho”. 2001. En: Revista Estudios Públicos N° 81 (Verano). Página 14.

⁴³ LATORRE, Angel. “Introducción al derecho”. 1974 (6ª edición). Editorial Ariel. Página 185.

términos, es posible percibir que el Derecho Público cuenta con una temática propia y una lógica particular que lo hacen inconfundible con la lógica y lenguaje privado. BARROS resume esta opinión de “lo público” como lo estatal cuando señala que “pareciera que éste es el sentido más estricto de lo público, entendido como lo estatal, en el derecho moderno”⁴⁴.

Por su lado, el “derecho privado” es aquella parte del derecho que “regula las relaciones entre particulares, es decir, aquellas en que ninguna de las partes actúa revestida de poder estatal”⁴⁵.

Como puede apreciarse a simple vista, desde esta perspectiva tradicional, los límites o fronteras entre “lo público” y “lo privado” son muy profundos. No está de más señalar que los derechos fundamentales se encuentran dentro de aquella esfera o territorio perteneciente a la dimensión pública del derecho, lo que está fuera de toda discusión jurídica.

Esta visión tradicional, de división tajante entre “lo privado” como antagónico de “lo público”, se puede ver reflejada en una charla dictada por el ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile don Eugenio VELASCO quien, a propósito de un encuentro acerca de la enseñanza de los derechos fundamentales en las cátedras universitarias de derecho, expuso que “las vinculaciones del Derecho Civil – en su sentido románico y francés – con los derechos humanos y su enseñanza, son menos amplias y profundas que con caso todas las demás asignaturas. Como rama del derecho Privado, el Derecho Civil rige relaciones entre personas privadas, entre particulares, mientras que los derechos humanos son una forma moderna e internacionalizada de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, de los posibles abusos o excesos de la autoridad o de sus agentes. Hay en ellos una relación autoridad-particular”⁴⁶.

A la luz de la percepción tradicional recién expuesta, el tema de la “*drittwirkung der grundrechte*” es un esfuerzo dogmático que implica revisar las fronteras del derecho privado y público para llevarlo hacia un frente unitario y común. Se trata, en esencia, de averiguar si uno de los grandes logros del derecho público, como son los derechos fundamentales, tienen incidencia o aplicación en el derecho privado. En otras palabras, siguiendo a GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, con la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*”, entendida literalmente como efecto frente a terceros de los derechos fundamentales, “se suele denotar la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas”⁴⁷. Es decir, esta doctrina supone borrar, a lo menos un poco, los límites del Derecho privado al Derecho público.

La distinción entre “lo público” y “lo privado”, conforme esta percepción radicalizada que he denominado como tradicional no es novedosa, sino que proviene de los primeros momentos del pensamiento jurídico.

En efecto, como explica PEÑA “originariamente – en el mundo griego, para ser más preciso – la distinción entre lo público y lo privado equivalía a la distinción entre libertad, por

⁴⁴ BARROS, Enrique. Obra citada [Nota 42]. Página 14.

⁴⁵ LATORRE, Angel. Obra citada [Nota 43]. Página 185.

⁴⁶ VELASCO LETELIER, Eugenio. “La enseñanza de los derechos humanos en la asignatura de derecho civil”. 1992. En: SQUELLA, Agustín (Coordinador). Jornadas Académicas. “La enseñanza de los derechos humanos”. 1992. Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho. EDEVAL. Página 101.

⁴⁷ GARCÍA TORRES, Jesús y otro. Obra citada [Nota 3]. Página 11.

una parte, y la necesidad, por la otra”⁴⁸. Con el análisis que sigue se podrá entender mejor la frase recientemente citada, la que, en mi concepto, refleja precisamente la distinción tajante existente entre los “derechos fundamentales” como partes del Derecho público y el Derecho civil, que paso a desarrollar en las líneas que siguen.

2.- Lo privado – el dogma de la autonomía.

Desde el punto de vista tradicional, lo privado ha sido entendido como el ámbito de opacidad del sujeto, el lugar donde puede escapar de las reglas y exigencias del mundo externo. En otros términos, como es espléndidamente explicado por PEÑA, “lo privado, pues, equivalía [en el mundo antiguo] a carencia y a necesidad de algo específicamente humano”⁴⁹, como es el ejercicio de la razón, cuya manifestación se encuentra en el debate público. Lo privado correspondía, por su parte, al espacio del hogar.

En la actualidad, lo privado puede ser conceptualizado en una doble dimensión, a saber: de un lado, como “privacidad”, esto es como un espacio donde se puede escapar de la mirada inquisidora de los otros, y por el otro como “autonomía”, esto es la capacidad del individuo para sujetarse a las reglas que el propio agente disponga, sin que quepa intervención de otros.

Pues bien, en una u otra concepción, lo privado puede ser concebido como aquel espacio donde el sujeto puede desenvolverse plenamente de acuerdo a su propia idea del bien, sin tener que renunciar a sus creencias, a sus prejuicios, a sus deseos, a sus inclinaciones, en definitiva, a sus gustos y a las conductas antinómicas. Lo privado es, en definitiva, el espacio donde el sujeto puede discriminar entre lo bueno y lo malo, porque nunca va a afectar a los demás. Por lo anterior, nunca habrán motivos que justifiquen la intervención de terceros conforme la fórmula de MILL⁵⁰.

En otros términos, siguiendo a DWORKIN, lo privado supondrá el espacio de la ética, que “en su sentido más laxo, es el arte de la perspectiva personal: nos enseña qué ideales personales, qué proyectos y convicciones deberíamos tener, y cuándo y cuánto debemos o deberíamos someter nuestros propios intereses a favor de otros o en nombre de la moralidad”⁵¹.

En suma, lo privado es aquel espacio de la vida donde domina la ética sin contrapesos, donde sólo se mira al interés personal, donde los terceros se ven excluidos, donde no hay posibilidad de lesionar a los demás porque, simplemente, éstos no tienen injerencia ni cabida.

Es por lo anterior que resulta plenamente lógico, entendible y claro que los derechos fundamentales no tienen aplicación posible en el ámbito de lo privado, porque lo privado supone opacidad, donde no hay conflicto, donde la razón queda relevada por las

⁴⁸ PEÑA, Carlos. “Notas sobre las relaciones entre privacidad y autonomía”. 2000-2001. En: Revista Derecho y Humanidades, Nº 8. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Página 218.

⁴⁹ Ibidem. Página 219.

⁵⁰ Naturalmente, me refiero al principio del daño de MILL, John Stuart. “Sobre la libertad” (Traducción de P. de Azcárate). 2001. Alianza Editorial.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. Obra citada [Nota 10]. Página 54.

inclinaciones, en definitiva donde no son necesarias las protecciones contra nadie, porque nunca cabrá la agresión. En efecto, aquel que actúa dentro de lo privado, se somete a su propia voluntad y deseo, lo que en sí mismo excluye la imposición y el abuso, toda vez que cualquier diferencia es libremente consentida.

Esta es la concepción tradicional – liberal clásica de lo privado, de lo cual se desprende claramente por qué los derechos fundamentales son argumentos que quedan excluidos de su discurso, simplemente porque no tienen posibilidad de ser esgrimidos. Concretamente, ¿quién puede oponerse a aquello que Pedro consiente libre y gustosamente, argumentando su propia defensa frente a terceros?.

En suma, cabría reiterar, la estructura misma de la concepción liberal clásica excluye la posibilidad de que la técnica de los derechos fundamentales tengan aplicación entre particulares dentro del ámbito de sus relaciones privadas.

A raíz de que “lo privado” es concebido como el reino de la propia voluntad sin contrapesos, se puede hablar de que la piedra angular del Derecho privado es, precisamente, la autonomía de la voluntad, entendida como la capacidad y derecho de cada individuo de dirigir su propia vida en base a decisiones adoptadas en forma ajena, incluso contradictoria, a los designios de los demás.

Cabe insistir que dentro del ámbito de la ética, en el sentido anotado por DWORKIN, no es necesario esgrimir derechos en frente de terceros en aras de la libertad. En otros términos, la voluntad autónomamente expresada excluye la posibilidad del abuso. Entonces, lo privado hace inaplicable la técnica de los derechos fundamentales, por cuanto no es necesario que nadie se vea defendido frente a nadie.

3.- Lo público – la amenaza del sujeto

Al contrario de lo expresado precedentemente, desde el punto de vista tradicional “lo público” corresponde al ámbito de encuentro social, de la acción, del conflicto, de la fuerza, donde el sujeto libre debe desenvolverse mediante la conversación y las decisiones racionalmente adoptada. Donde el *logos* desempeña el papel esencial⁵². En otros términos, lo público se acerca más bien al ideal de la moral, que al de la ética.

La moral, conforme lo ha expresado PEÑA, corresponde “a un concepto que, en vez de ser fiel a nuestra práctica [la ética], aspira a corregirla reflexivamente”⁵³. Esa corrección reflexiva impone una revisión de las conductas de los sujetos a fin de lograr sus propios intereses de manera tal que no impida que lo demás también puedan cumplir con los suyos.

Pues bien, como magníficamente lo ha expuesto PEÑA⁵⁴, lo público puede ser mirado desde una doble perspectiva, por un lado, como lo público propiamente tal y, por otro lado, como lo social. En efecto, “lo social” se opone a lo íntimo, pues alude al fenómeno de lo uniforme, lo regular, “aquello que disciplina nuestro actuar convirtiéndolo en conducta. Lo íntimo, en tanto, es aquello que en el interior de nosotros se exhibe como distintos y que parece permanecer siempre sojuzgado por lo social”.

⁵² Por eso la explicación de PEÑA, Obra citada [Nota 48] resulta de gran ayuda, porque “lo privado”, desde antiguo supone “estar privado de algo”, y ese algo es precisamente el *logos*, que es aquello que, por ejemplo, no tenían los esclavos en Grecia.

⁵³ Ibidem. Página 217.

⁵⁴ Peña, Carlos. Obra citada [Nota 48]. Página 217.

Como ya he destacado precedentemente, según BARROS lo público corresponde a lo estatal⁵⁵ y lo Estatal, desde el punto de vista tradicional, corresponde al ámbito de encuentro social, de la acción, del conflicto, de la fuerza, donde el sujeto libre debe desenvolverse mediante la conversación y las decisiones racionalmente adoptada. Es aquí donde el *logos* desempeña el papel esencial⁵⁶.

Entonces, desde la óptica liberal tradicional es perfectamente lógico y entendible por qué los derechos fundamentales forman parte esencial de lo público, en el sentido dado por SCHMITT⁵⁷, porque los derechos fundamentales son los que pertenecen al “fundamento mismo del estado”, lo que implica su evidente publicidad, y es entendible, al mismo tiempo, las razones de por qué no tienen aplicación entre particulares.

Claro, en el mundo externo de lo público, donde la fuerza y la luminosidad hacen la diferencia entre el éxito y el fracaso, resulta natural el fenómeno de la competencia. La competencia, entendido como el ejercicio máximo de la razón y el conflicto, como un evidente fenómeno de descubrimiento en el sentido anotado por HAYEK⁵⁸, resultará moral y políticamente correcto y deseable proteger a los sujetos de aquellas amenazas que atenten contra su individualidad e iniciativa, vengan de donde vengan. La principal amenaza será, por definición, aquel que detenta la fuerza legítima para imponer su superioridad, como es el Estado.

En efecto, por definición las relaciones que median entre el Estado y el sujeto son en sentido “vertical”, esto es de soberano a súbdito, por lo que resulta absolutamente necesario, por argumentos de moral, que el sujeto cuente con armas que puedan hacer frente a los ataques que éste aparato público genere constantemente. Esas armas, convertidas en argumentos fuertes de omisión o de acción, son, por cierto, los derechos fundamentales.

Entonces, desde la óptica liberal resulta lógicamente indispensable la existencia y protección de los derechos fundamentales, porque el poder supone un ávido deseo de imposición. Con la técnica de los derechos fundamentales en el ámbito de lo público puede cumplirse mejor lo que DWORKIN denomina la filosofía política liberal, esto es “una teoría política de la justicia [que] describe los ideales y los principios que deberíamos aceptar como bases de la acción colectiva”⁵⁹, bajo un modelo de una libertad universalizable. Esto significa que en presencia de los derechos fundamentales el Estado podrá llegar a ser imparcial, esto es que en el ámbito de lo público se deje de lado la “ética” para adoptar la “moral” como pauta de conducta. En suma “el liberalismo exige... que, en ocasiones políticamente importantes seamos también imparciales: nos pide que, cuando pensemos o actuemos políticamente, apoyemos sólo aquellas decisiones que traten a todos los miembros de la comunidad política con igual solicitud”⁶⁰.

⁵⁵ BARROS, Enrique. Obra citada [Nota 42]. Página 14. Resulta muy interesante la óptica que este autor le da a su artículo, pues llama la atención acerca de la publicidad natural del derecho, entendido que todas las normas suponen un proceso de dictación y sanción pública.

⁵⁶ PEÑA. Obra citada [Nota 48]. Página 219-220.

⁵⁷ SCHMITT, Carl. Obra citada por ALEXI, Robert [Nota 5]. Página 63.

⁵⁸ VON HAYEK, Friedrich Karl. “La competencia como proceso de descubrimiento”. 1993. En: Revista Estudios Públicos, 50 (Otoño).

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. Obra citada [Nota 10]. Página 54.

⁶⁰ Ibidem. Página 55.

Los derechos fundamentales, desde la óptica liberal, actúan como la piedra de tope que impide al Estado (o a la mayoría) imponer su propia ética a la minoría, imponiendo que la política se comporte imparcialmente, lo que se logra con la técnica de los derechos fundamentales.

En conclusión, desde la óptica liberal clásica no hay ninguna razón que haga necesario, conveniente o importante revisar siquiera la formulación de los derechos fundamentales como argumentos de defensa en el ámbito de lo público, sin posibilidad de extender su aplicación al ámbito de a ética privada.

Sin embargo, existen determinadas situaciones en la actualidad que plantean la razonable y necesaria duda como para revisar los fundamentos de la doctrina liberal clásica, las que se revisarán en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO TERCERO CUATRO ARGUMENTOS PARA RECONSIDERAR LA DOCTRINA LIBERAL CLASICA EN TORNO A LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

CUATRO ARGUMENTOS PARA RECONSIDERAR LA DOCTRINA LIBERAL CLÁSICA EN TORNO A LA APLICACIÓN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.- Cuadro General

Las concepciones que niegan la posibilidad que los derechos fundamentales tengan aplicación entre privados son, como ya se ha demostrado, ideas emanadas de modo evidente de las corrientes liberales clásicos del Estado.

Claro, el Estado liberal es un “Estado mínimo”, que no asume otras tareas que preservar el orden público, en definitiva la paz social. En lo demás debe permanecer al margen del “juego social”, el cual autodeterminará sus propias reglas, bajo los designios de la ética resultando deseable la marginación estatal de dichas órbitas.

En este contexto, como bien anota BILBAO, “carece de sentido extender la eficacia de los derechos individuales, en cuanto tales, a la esfera de las relaciones jurídicas entre particulares, porque dichas relaciones se establecen, por principio, entre iguales, y entre iguales las relaciones no pueden ser sino libres”⁶¹.

Lo anterior es una defensa vigorosa del ideal de la autonomía de la voluntad, ideal en cuya virtud el individuo, en el ámbito privado, es el autor y protagonista de su propia vida. En las lúcida palabras de RAZ, “la idea rectora que subyace al ideal de la autonomía personal es que las personas deben hacer sus propias vidas. La persona autónoma es un autor (parcial) de su propia vida. El ideal de la autonomía personal es la persona que controla, en cierto grado, su propio destino, dirigiéndolo mediante decisiones sucesivas a través de su vida”⁶². La autonomía, que deviene en un reclamo de autodeterminación frente a todo aquel que quiera intervenir en las definiciones personales del sujeto, supone, lógica y consecuentemente, la responsabilidad del sujeto por sus actos. Es decir, el ciudadano libre debe asumir responsablemente las consecuencias del ejercicio de su autonomía.

De tal modo, si del juego simultáneo de la autonomía y la responsabilidad resulta una situación que a los ojos de un tercero pareciera abusiva no habría ninguna razón

⁶¹ BILBAO, Juan María. Obra citada [Nota 25]. Página 240.

⁶² RAZ, Joseph. Obra citada [Nota 12]. Página 93.

o argumento que permita a otros promover una defensa de los intereses de aquel más desvalido, simplemente porque él mismo lo consintió autónomamente y con pleno conocimiento de tal situación.

Sin embargo, en la vida social actual se presentan algunos argumentos que hacen necesario revisar esta idea liberal acerca del sujeto como autor de su propia vida conforme decisiones autónomas, de los derechos individuales que puede hacer valer en su actuar social, como paso a revisar a continuación.

2.- El fenómeno del poder privado.

No cabe ninguna duda de que existen un gran número de ejemplos diarios que demuestran que, socialmente, el ideal de la autonomía privada se ve seriamente morigerado. Ciertamente, no son pocos los negocios jurídicos que se estructuran y celebran en base al imperativo de una fuerza privada desigual.

Sin ir más lejos, el desarrollo de la negociación masiva es un fenómeno que puede ser analizado como la imposición del más fuerte de una relación prediseñada a conveniencia e interés de la parte aventajada, cuyas cláusulas obligatorias son estatuidas por aquel que detenta la “posición dominante”⁶³, y que son impuestas al contratante débil, cuya capacidad de negociación se ve reducida a la sola decisión de contratar o no hacerlo, sin posibilidad de modificar su posición jurídicamente al contratante fuerte.

Como acertadamente expone el profesor LÓPEZ SANTA MARÍA, “la desventaja de los contratos tipo radica en el peligro que implican”⁶⁴. Esos “peligros” son los mismos que detectan los profesores PEÑA⁶⁵ y PIZARRO⁶⁶, a saber la imposición de cláusulas abusivas por parte del contratante fuerte en desmedro del contratante débil, quien en no pocas veces se verá compelido a aceptar dichas cláusulas en miras de evitar “el mal mayor” que le podría significar no contratar.

A pesar de la notoria restricción que estos negocios generan en las esferas de autonomía y libertad de los sujetos se ha llegado a la conclusión que resulta una situación deseable.

Lo que ocurre es que, como indica BÖCKENFÖRDE, la igualdad jurídica y la libertad de contratación y adquisición en modo alguno eliminan la desigualdad natural y económica de las personas, sino que permiten que se desarrolle por completo.

⁶³ Bajo la denominación “posición dominante” hago alusión a la situación del sujeto que no reporta mayor perjuicio por el hecho de no contratar, toda vez que en su escala de negocios un sujeto supone una ganancia marginal menor. No me refiero a una posición dominante en el sentido a que se refiere el derecho “antitrust” o las legislaciones antimonopolios.

⁶⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. “Los contratos. Parte General” (2ª edición), Tomo I. 1998. Editorial Jurídica de Chile. Páginas 180-181.

⁶⁵ Pueden consultarse los apuntes de clases de Derecho Civil dictadas por el profesor Carlos PEÑA en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (1997-2000). Apuntes redactados por el autor de esta memoria.

⁶⁶ Pueden consultarse los apuntes de clases de Derecho Civil dictadas por el profesor Carlos PIZARRO, en cátedra compartida con el profesor Carlos PEÑA, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2001-).

Y es claro asimismo que la garantía de la propiedad adquirida refuerza esa desigualdad social, que se acumula a través de las generaciones⁶⁷. Al final del día, el mismo BÖCKENFÖRDE ofrece la conclusión, compartida por varios autores, que “también el derecho privado conoce el fenómeno de la autoridad como poder de imponer jurídicamente a otros las propias decisiones”⁶⁸.

En doctrina se ha avanzado en esta fórmula, diciendo que la desigualdad social se convierte, precisamente, en falta de libertad de los sujetos. En otros términos, la desigualdad social deviene en una suerte de enajenación de la propia autonomía, pues se permite a terceros que definan el ámbito de las obligaciones que se aceptan y los derechos que se renuncian.

Los poderes privados constituyen una amenaza para el real disfrute de los derechos fundamentales, lo que no es menos preocupante que la que pueden llegar a constituir el ejercicio abusivo y excesivo del poder público⁶⁹.

3.- El carácter normativo de la Constitución.

Además del fenómeno del poder privado, se debe agregar como elemento que llama a revisar los postulados liberales clásicos, el consenso acerca del carácter normativo de la Constitución.

La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares es, en definitiva, un problema que se relaciona con el modo de entender la fuerza vinculante de la propia Constitución Política en la vida social.

En los estudios clásicos de la Constitución, como asimismo en la idea que subyace a toda la obra de JELLINEK, se encuentra la concepción de que ésta no cuenta con carácter normativo aplicable a la vida social, sino que un estatuto que rige exclusivamente el ejercicio del poder público.

Desde el punto de vista tradicional, puede caracterizarse la Constitución como la cúspide de la pirámide jurídica, tal como es presentado en el modelo de KELSEN⁷⁰. Sin embargo, esa cúspide no fue concebida desde sus inicios como una norma obligatoria de conducta para los miembros de la comunidad social. Sin embargo, la doctrina ha avanzado en esa dirección, y hoy es casi unánime encontrar opiniones como la de GARCÍA DE ENTERRÍA, quien reconoce que “no todos los artículos de la Constitución tienen el mismo alcance y significación normativas, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas

⁶⁷ BÖCKENFÖRDE, E. W. “Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema”. En: “Escritos sobre derechos fundamentales” (Traducción de J. Luis Requejo e I. Villaverde). 1993. Baden-Baden. Página 86.

⁶⁸ BÖCKENFÖRDE, E. W. “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”. En: “Escritos...”. Obra citada [Nota 67] Página 52.

⁶⁹ BILBAO aporta un nuevo frente de preocupaciones, toda vez que anota, acertadamente a mi juicio, que estos abusos privados del poder suele queda impune, toda vez que median graves dificultades para emplear un real fiscalización o un sistema incisivo de control. Baste pensar en la problemática fiscalización interna de los partidos políticos o de los sindicatos. Véase BILBAO, Juan María. Obra Citada [Nota 25]. Página 243.

⁷⁰ KELSEN, Hans. “Teoría pura del derecho”. Editorial EUDEBA. 1960.

normas jurídicas... sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación”⁷¹. Conforme a la influyente obra de HESSE⁷², la Constitución es la piedra angular del orden jurídico interno en su conjunto, convirtiéndose en un elemento de unidad del ordenamiento.

Este enfoque unitario ha contribuido de manera muy sensible a la revisión de la división tajante que aquello que se denomina “derecho privado” y “de derecho público”, como si se tratara de dos áreas contradictorias del derecho.

Sin embargo, como el propio HESSE ha matizado, que la Carta Fundamental sea un elemento de unidad no significa que la Constitución haya devenido en un estatuto único que haya subsumido el estatuto jurídico privado, haciéndolo desaparecer, toda vez que, como anota acertadamente, ello simplemente haría desaparecer el problema que supone el debate en torno a la “*drittwirkung der grundrechte*”.

Efectivamente, el argumento de la “unidad” expresado por HESSE no implica ni supone, menos aún pretende, el desaparecimiento del derecho privado a merced de un fortalecimiento definitivo de la Constitución como único estatuto aplicable a todas las disciplinas y conflictos. Este aspecto es explicado de manera espléndida por JANA, quien al referirse a la distinción existente entre el estatuto de derecho privado y el constitucional expresa que “lo que está detrás de ella es la convicción que el derecho legal no es un simple despliegue de las reglas constitucionales. Se trataría de áreas que poseen una índole argumental distinta: uno pone límites [el derecho público autoriza actuar solo en aquello que expresamente se indica*], el otro equilibra [el derecho privado supone una libertad general que solo se ve constreñida en aquello prohibido expresamente*], uno orienta decisiones [el derecho público, en fin el Estado, se dirige únicamente al bien común*], el otro permite derivarlas [derivación que se extrae del libre juego de las decisiones autónomas de los sujetos*], y por lo mismo, puede en algún nivel generarse inconsistencia entre ellos. Si esa inconsistencia se resuelve sacrificando el derecho privado se pierde algo importante para organizar, precisamente, las relaciones entre los particulares. Si ello no fuera así, y el derecho privado y la técnica de derechos fundamentales, en fin el derecho constitucional, no poseyeran esa índole diferente, el problema no se presentaría y sería cosa de extender los derechos fundamentales a las relaciones privadas, de <<horizontalizarlos>> como derechos subjetivos contra cualquiera”⁷³.

Sin perjuicio de las claras diferencias de lógica que median entre el derecho público y privado, parece evidente que el Derecho Privado no es indiferente para la Constitución, esto es que el Derecho Privado no es una “materia extraconstitucional”, sino que “materia constitucional”, pues la Carta Fundamental es, efectivamente, una norma jurídica vinculante, además de ser la norma fundamental y principal.

En conclusión, para la doctrina, particularmente HESSE, la Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad en su conjunto, norma jurídica orientadora de la

⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional” (3ª edición). 1994. Editorial CIVITAS. Página 68.

⁷² HESSE, Konrad. “Derecho Constitucional y Derecho Privado”. 1995. Editorial Civitas – Madrid. Página 51. A su turno, en idéntico sentido se ha señalado que la Constitución no se transforma en un super-código y, a su vez, el código civil no se transforma en una constitución concretizada. Véase GOMEZ CANOTILHO, J. J. “Direito Constitucional” (6ª edición). 1993. En: Revista Librería Almedina. Página 595.

⁷³ JANA LINETZKY, Andrés. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. [en línea] <http://islandia.law.yale.edu/sela/sjana.pdf> [consulta: 07 de Septiembre de 2003]. (*) Notas del autor de esta memoria. En el mismo sentido acerca de las diversas lógicas existentes entre las normas de derecho público y de derechos privado, véase BARROS, Enrique. Obra citada [Nota 42].

vida social, con una función dirigente universal, y, entonces, es preciso que todas las relaciones obligatorias que existan en el derecho estén conforme a ella, ya sea que se trate de relaciones obligatorias definidas de manera autónoma por los sujetos o de manera heterónoma por el legislador o la autoridad. A esta opinión corresponde la concepción de los derechos fundamentales como “normas objetivas de principios que actúan en todos los ámbitos del derecho”⁷⁴.

4.- El Estado Social y Democrático de Derecho.

Otro elemento que ofrece buenos argumentos a favor de la revisión del modelo liberal se encuentra en el paso del “Estado tradicional” al del “Estado Social y Democrático de Derecho”.

En el caso Chileno, conforme lo señala el artículo 4 de la Constitución Política, “Chile en una república democrática”. Por su parte, y desde un punto de vista más desarrollado, el artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978 señala que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

El paso de la “República Democrática”, conforme el modelo chileno, al “Estado Social y Democrático de Derecho”, según la definición española, implica, sin duda, el paso de un Estado liberal abstencionista, indiferente a las demandas reales de los ciudadanos, quienes ven “satisfechas” sus expectativas gozando de altos grados de “libertad negativa”⁷⁵ a un Estado que aboga por una profundización del ideal democrático y una nueva sensibilización de los problemas del hombre concreto que vive en comunidad, tanto con otros sujetos como con diversas instituciones.

La concepción esquemática de los derechos fundamentales desde la óptica liberal tradicional decimonónica no podía quedar incólume a las nuevas concepciones de las funciones del Estado actuales. En efecto, conforme el artículo 9.2 de la Constitución Española expresa que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, dejando entender que detrás de su concepto hay un ideal de “libertad positiva”⁷⁶. En otros términos, al Estado Social y Democrático de Derecho no le resulta indiferente que el

⁷⁴ HESSE, Konrad. Obra citada [Nota 13] Página 137.

⁷⁵ Por “libertad negativa” aludo a lo que JELLINEK denominaba “status negativo”, esto es un ámbito de no intervención estatal, pero que tampoco ofrece ayuda al ciudadano. BERLIN explica magistralmente dicha idea al expresar que “normalmente se dice que yo soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres intervenga en mi actividad. En este sentido, la libertad política es, simplemente, el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros”. Véase BERLIN, Isaiah. Obra citada [Nota 17]. Página 220.

⁷⁶ Por “libertad positiva” aludo, como puede advertirse, a aquello que JELLINEK denominó “status positivo”, esto es la capacidad que el Estado concede al sujeto para reclamar ciertas prestaciones positivas de parte del Poder Público, pero le agregó un tinte distintivo que ello será para los efectos de asegurar y desarrollar la libertad del individuo. Puede consultarse al respecto la obra de BERLIN, Isaiah. Obra citada [Nota 17]. Página 231. Asimismo, puede consultarse sobre este concepto y una elocuente e interesante explicación acerca de la evolución histórica del mismo concepto en FROMM, Erich. “El miedo a la libertad”. 1998. Ediciones sociológicas.

ciudadano sea libre políticamente, esto es negativamente libre, si después es socialmente súbdito, ya sea de un Estado opresor o de la concentración privada de poderes sociales. BOBBIO detectó sensata y claramente esta conclusión ⁷⁷.

En efecto, la situación creada por los poderes privados, y las nuevas corrientes de pensamiento acerca del Estado y sus funciones aseguradoras y promotoras de las libertades individuales, confluyen, en doctrina, en la necesidad de no discriminar frente a la fuente de ataque a los derechos fundamentales, ya sea que provengan de los órganos públicos o de los privados.

Se ha señalado que el desarrollo y ampliación de los derechos fundamentales es una de las maneras de profundizar la democracia. FERRAJOLI ya había llamado la atención al respecto, cuando en su magna obra señaló que el progreso de la “democracia sustancial” se produce por dos vías ⁷⁸, a saber:

1º.- Mediante la expansión de los derechos de los ciudadanos, sus garantías y protecciones, atendido que en la ampliación de las libertades individuales pueden abarcarse más decisiones autónomas de vida.

2º.- Ampliando el Estado de Derecho al mayor número de vidas y esferas de poder, de manera que también en ello se vean satisfechos los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Así, ha quedado de manifiesto que el devenir de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho imponen un esfuerzo por la profundización y afianzamiento de una democracia sustancial y un esfuerzo por que todos los ciudadanos tengan la posibilidad efectiva de ejercer sus derechos y libertades fundamentales, de modo que cada uno pueda alcanzar aquella vida que ha definido para sí de manera autónoma.

5.- Los Tribunales Constitucionales.

Como ya he destacado en el presente trabajo, la “drittwirkung der grundrechte” es creación de la doctrina y, especialmente, de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. El Tribunal Constitucional Español también ha tenido una destacada participación en el desarrollo de esta doctrina. Inglaterra no ha recibido mayor influencia de la doctrina alemana. En América, tanto en Estados Unidos como Canadá siguen siendo importantes seguidores de la doctrina Inglesa de la “judicial review” ⁷⁹, lo que ha impedido el desarrollo de esta doctrina en esos países.

Como puede apreciarse de aquellos países en los que se ha desarrollado fuertemente la doctrina de la “drittwirkung der grundrechte”, lugar común a todos ellos es la existencia de Tribunales Constitucionales con facultades acordes al ejercicio adecuado de su función, cual es el desarrollo y defensa de la Supremacía Constitucional y del Estado de Derecho.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. “Libertá fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica”. 1975. Citado por BILBAO, Juan María. Obra citada [Nota 25]. Página 265.

⁷⁸ FERRAJOLI, L. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. 1995. Editorial Trotta. Página 934.

⁷⁹ El concepto de la “judicial review” excede los límites de esta memoria. Sin embargo, puede verse una interesante presentación de su doctrina en el artículo de ATRIA, Fernando. “Revisión judicial. El síndrome de la víctima insatisfecha”. 2000. En: Revista Estudios Públicos, 79 (Invierno). Páginas 347 y siguientes. Puede revisarse también el agudo estudio de DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. “Judicial review y justicia cautelar”. 1997. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid.

En general, se ha señalado agudamente que la jurisdicción constitucional debe proveer de bienes públicos destinados a lograr dos objetivos claramente diferentes, a saber: “el primero de ellos corresponde al control del poder político y la consiguiente protección de los derechos fundamentales de los individuos. El segundo apunta a completar la labor que le corresponde al legislador de dictar las normas generales que rigen a la comunidad”⁸⁰.

Los bienes públicos que en concepto de la doctrina debe proveer una jurisdicción constitucional corresponde a información valiosa acerca del “significado concreto y previsible del texto constitucional, de modo que los órganos del Estado y la ciudadanía puedan estar en condiciones de conocer lo que la Constitución les garantiza como derechos”⁸¹.

Cabe recordar que no se concibe ningún derecho subjetivo, sea público o privado, sin una garantía judicial que habilite al titular del derecho a solicitar auxilio en caso de verse violentado a su respecto⁸².

En general, en casi la mayoría de los países existe un Tribunal Constitucional con facultades jurisdiccionales supremas en lo que a la aplicación constitucional se refiere, incluso con mayores facultades que los Tribunales Supremos Ordinarios (en Chile, “Corte Suprema de Justicia”).

Además, en países como Alemania o España, existe una compleja red de acciones constitucionales destinadas a obtener que se respeten absolutamente las disposiciones constitucionales. Cabe destacar que en países como Alemania y España, los Tribunales Constitucionales cuentan con facultades incluso para anular las sentencias de los Tribunales ordinarios cuando se vulneren derechos fundamentales con sus pronunciamientos, atendida su naturaleza de poder público, y se cumplan ciertos requisitos⁸³.

Tanto en Alemania, “cuna” de la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*”, como en España los textos constitucionales señalan que las acciones de amparo ante el Tribunal Constitucional proceden en caso que la violación o vulneración de los derechos fundamentales provenga de un acto del poder público, como requisito objetivo. Ante esta fórmula expresa, que excluye la procedencia del amparo ante violaciones o vulneraciones por parte de particulares, la doctrina y la práctica de los Tribunales Constitucionales empezó a analizar la procedencia de las acciones de amparo en tales casos⁸⁴.

La situación de Chile es bastante “anormal” dentro del concierto comparado, toda vez que median ciertas características que han impedido la recepción de la doctrina de la

⁸⁰ VARGAS, Juan Enrique, PEÑA, Carlos y CORREA, Jorge. “El rol del estado y el mercado en la Justicia”. 2001. Cuadernos de Análisis Jurídico, 42. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Página 39.

⁸¹ Ibidem. Páginas 41-42.

⁸² De ahí provienen las dudas acerca de la verdadera naturaleza de aquellos derechos que, no obstante estar consagrados positivamente en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, quedaron al margen del sistema de protección de los mismos.

⁸³ No es objeto de esta memoria analizar estos requisitos ni los procedimientos aplicables ante los Tribunales Constitucionales comparados, lo que excede las pretensiones de estas líneas, por lo que solo se presentarán los problemas y respuestas adoptadas por la doctrina al respecto.

⁸⁴ Un interesante estudio, bastante detallado acerca de los requisitos de procedencia de la acción de amparo, tanto judicial como constitucional, puede verse en el trabajo de GARCÍA TORRES, Jesús y otro. Obra citada [Nota 3]. Página 59 y siguientes. Asimismo, puede verse la obra de BILBAO, Juan María. Obra citada [Nota 25]. Página 39 y siguientes.

“*drittwirkung der grundrechte*”, pues como puede advertirse del sistema de protección de los derechos fundamentales en nuestro medio, éste puede ser presentado como sigue:

1º.- Inexistencia de un Tribunal Constitucional con facultades jurisdiccionales, esto es sin posibilidad de proveer de los bienes públicos que la doctrina le exige a esta clase de órganos públicos.

2º.- Para los efectos de impetrar el Recurso de Protección debe imputarse una acción u omisión ilegal o arbitraria que afecta los derechos fundamentales. La doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*” supone una eficacia frente a particulares, actúe o no ilegal o arbitrariamente el victimario.

3º.- Existencia de una acción de protección⁸⁵ de los derechos fundamentales que se establece expresamente por el texto constitucional en su artículo 20, la que se debe interponer exclusivamente ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, cuya participación se exige para reestablecer el imperio del derecho quebrantado por una acción u omisión arbitraria o ilegal que prive, perturbe o amenace en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales que se expresan.

4º.- Como lo ha detectado la doctrina, “parece concluyente para determinar que el debate constitucional no es ni con mucho frecuente en las causas de protección”⁸⁶, lo que significa que en nuestro país la jurisdicción constitucional no cumple con su función de proveer a los ciudadanos y los órganos públicos de información acerca de las dimensiones de los derechos fundamentales que el propio texto constitucional les reconoce.

5º.- Por último, el análisis de la jurisprudencia ha permitido a la doctrina determinar que en general, el interés de los actores en sede constitucional radica más en las medidas provisionales (especialmente la orden de no innovar) por sobre la información acerca de la dimensión de sus derechos fundamentales⁸⁷.

6.- Conclusiones

A la luz de los argumentos presentados, cuya concurrencia hace necesaria una revisión de la doctrina liberal de los derechos fundamentales, desde la concepción clásica de ellos como derechos subjetivos exigibles y oponibles únicamente al Estado hacia una concepción más amplia de los mismos, como pautas o principios objetivos de valores que resultan oponibles frente a todos los sujetos, inclusive frente a particulares.

Parece urgente una revisión de la situación jurídica de nuestro país, en el cual se pueden advertir una serie de circunstancias que impiden el total respeto y promoción de los derechos fundamentales, la supremacía constitucional y el estado de derecho⁸⁸.

⁸⁵ La denominación “acción” o “recurso de protección” se aparta de la nomenclatura comparada de las acciones cautelares de los derechos fundamentales, en los que se conoce como “amparo”.

⁸⁶ VARGAS, Juan Enrique y otros. Obra citada [Nota 80]. Página 62.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ GÓMEZ BERNALES, Gastón (Editor). “La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma”. 1999. Cuadernos de Análisis Jurídico, 41. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Página 39.

CAPÍTULO CUARTO

DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO. DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO.

1.- Generalidades

El presente estudio versa, como ya se ha señalado antes, acerca de la posibilidad de esgrimir la eficacia de los derechos fundamentales como normas obligatorias en el tráfico jurídico privado. Esto es, trata acerca de si resulta adecuado señalar que los derechos fundamentales tienen aplicación, o no la tienen, entre particulares cuando éstos interactúan dentro del marco jurídico de derecho privado. Este debate se conoce, como también se ha destacado anteriormente, en su nomenclatura alemana, como “*drittwirkung der grundrechte*”.

Como ha quedado de manifiesto a lo largo de este trabajo, en materia de derechos fundamentales hay un fuerte sustrato ideológico que les da fundamento, ligado a los principios liberales del Estado, que conciben al Poder Público como un Estado mínimo que debe mantener sus “manos afuera” (“*hands off*”) del quehacer social.

Sin perjuicio de la fuerza de los argumentos con que cuenta la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*”, que imponen una revisión de la doctrina clásica liberal acerca de los derechos fundamentales, existen voces que, con más o menos fuerza, se oponen a aceptar la aplicación de esta teoría en los diversos sistemas jurídicos.

Consecuente con este escenario teórico, la posición de la dogmática del derecho civil en nuestro país ha adoptado una posición “ajena” a la discusión relativa a los derechos fundamentales, su eficacia y aplicación, tomando partido por la posición liberal clásica, asumiendo como propio el dogma de la autonomía, esgrimiendo que los derechos fundamentales están concebidos exclusivamente como derechos subjetivos públicos esgrimibles, únicamente, frente al Estado, quedando, por tanto, excluidos del debate acerca de su posible aplicación en las relaciones entre particulares.

Dentro de ese orden de ideas, resultan particularmente reveladoras las palabras de VELASCO, quien señaló que “las vinculaciones del Derecho Civil – en su sentido románico y francés – con los derechos humanos y su enseñanza, son menos amplias y profundas que con caso todas las demás asignaturas. Como rama del derecho Privado, el Derecho Civil rige relaciones entre personas privadas, entre particulares, mientras que los derechos humanos son una forma moderna e internacionalizada de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, de los posibles abusos o excesos de la autoridad o de sus agentes. Hay en ellos una relación autoridad-particular”⁸⁹.

Las palabras del ex decano VELASCO fueron pronunciadas en los primeros años de la década de 90, época en la cual en Europa ya habían transcurrido varias décadas de discusión e importantes avances acerca de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en el tráfico jurídico.

Como ya he destacado antes, la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*” fue planteada primeramente en Alemania hacia mediados de la década de los años 50 y, a partir de ahí, ha tenido un desarrollo muy importante. Asimismo, España recibió y adecuó esta teoría a su realidad jurídica.

En Chile la recepción ha sido particularmente lenta, toda vez que median una serie de restricciones institucionales que impiden su acogida y desarrollo, las que son objeto de un breve estudio en el capítulo quinto de esta memoria. Sin perjuicio de ello, desde hace algunos años se habla de un fenómeno al que se ha denominado la “constitucionalización del derecho civil”, con lo cual se ha pretendido abordar algunos tópicos de la discusión de la “*drittwirkung der grundrechte*”, pero sin mencionarlo explícitamente y sin discutir a fondo los efectos de dicha discusión.

Sin embargo, como ha sido detectado por DOMÍNGUEZ, en los últimos años “se ha producido un fenómeno más notable para nuestro medio –conocido en otros países con experiencia anterior semejante como España– y que consiste en el uso técnico de la Constitución como ley fundamental, para amparar aquellas instituciones esenciales a la persona y en la creación de herramientas jurídicas efectivas para hacerla respetar... Este es un fenómeno que no habíamos conocido en Chile, al que con justicia se denomina <<constitucionalización del derecho civil>>... para proteger los principios, derechos e instituciones propios del derecho privado, se ha utilizado el texto normativo del derecho público por excelencia, que es la Constitución y así, por medio de ésta y de los medios técnicos que ella proporciona y propios del derecho público, se renueva el derecho privado hasta el punto de introducirse éste en el derecho constitucional o, más exactamente, hasta el punto de que el derecho constitucional tiende a abracar los fundamentos del derecho privado civil y comercial”⁹⁰.

⁸⁹ VELASCO, Eugenio. Obra citada [Nota 46].

⁹⁰ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. 1996. “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XCIII, N° 3. Pág. 109-110.

C A P Í T U L O C U A R T O DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO. DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO.

A pesar de las lúcidas explicaciones dadas por DOMÍNGUEZ, la realidad práctica y los fundamentos discutidos a propósito del fenómeno planteado, que se refiere a la influencia que ha recibido el derecho civil en base a la aplicación del recurso de protección, pareciera indicar un sentido inverso a lo que tan sugestivo título pudiera evocar, produciéndose, en realidad, una “privatización del argumento constitucional”, toda vez que la jurisdicción constitucional se ha tenido que conformar con resolver problemas concretos, casi siempre haciendo uso de argumentos formales a fin de saldar los límites de sus facultades, siendo ello demostración del escaso debate propiamente constitucional que se ha suscitado en nuestro país ⁹¹.

A continuación, presento un análisis de fondo de la discusión que en doctrina comparada se conoce como “drittwirkung der grundrechte”.

En el presente capítulo haré una revisión dogmática de la discusión que se ha planteado en este tema.

2.- Del sentido de aplicación de los derechos fundamentales.

Como ya he destacado precedentemente, la doctrina liberal tradicional acerca de los derechos fundamentales no concibe una eficacia frente a particulares de esta técnica, atendido que las relaciones entre particulares supone, por definición, una interacción entre sujetos igualmente libres. Ahora, ya he revisado los argumentos que se levantan la necesidad de revisar dicha doctrina ⁹², por lo que asumiendo sus postulados cabe preguntarse si la técnica de los derechos fundamentales es esgrimible indistintamente frente al Estado y frente a particulares dentro del marco del tráfico jurídico.

En otras palabras, el primer problema que se debe dilucidar dice relación sobre si la técnica de los derechos fundamentales es un reclamo de libertad sólo y exclusivamente del ciudadano respecto del Estado o también como un argumento que pueden oponerse mutuamente los particulares. Esta primera discusión que se plantea corresponde al debate en torno al “sentido” de aplicación de los derechos fundamentales.

El problema del “sentido” de aplicación de los derechos fundamentales en su dimensión sustancial ya sea de modo “vertical”, esto es exclusivamente frente al Estado, u “Horizontal”, o sea que también son argumentos oponibles frente a particulares, ha recibido dos respuestas antagónicas. En efecto, frente a la pregunta de si los derechos fundamentales están reconocidos exclusivamente en las relaciones “súbdito / autoridad” o, por el contrario, reciben también aplicación en las relaciones entre particulares, se han planteado dos posiciones dogmáticas antagónicas, las que paso a exponer en lo sucesivo.

2.1.- Precisiones terminológicas previas.

⁹¹ En el lenguaje anglosajón, la doctrina de la “drittwirkung der grundrechte” alemana ha sido traducida y adaptada como “privatización de los derechos fundamentales”. Un aspecto y análisis de esta discusión puede verse en VARGAS, Juan Enrique y otros. Obra citada [Nota 80]. Ver especialmente capítulo II. Páginas 39 y siguientes.

⁹² Véase el capítulo tercero de esta memoria.

Si bien la nomenclatura alemana de la doctrina que se estudia en esta memoria puede ser traducida como “vigencia horizontal de los derechos fundamentales”, en doctrina comparada se ha formulado una precisión técnica que es relevante dejar anotada en este apartado.

En doctrina, el problema se ha planteado de manera más tenue, al señalar que no todo el catálogo de derechos y libertades que consagra positivamente la carta constitucional son susceptibles de presentar un efecto “horizontal”. Bien puede pensarse que los derechos consagrados en los numerales 17 y 20 del artículo 19 de la Constitución de la República de Chile no parecen tener cabida en el tráfico jurídico privado. Sobre el particular, como bien se percata BILBAO, el problema “se centra, por un lado, en la modalidad o tipo de eficacia que despliegan en éste ámbito [se refiere a los derechos fundamentales en el ámbito del tráfico jurídico privado], y, por otro, en la medida o intensidad de esa influencia”⁹³.

La explicación que otorga PIZARRO sobre este punto es clarificadora, pues señala que “lo que debemos responder es si existen derechos fundamentales que posean eficacia en las relaciones entre particulares y, si existieren, cuáles serían y con qué intensidad actúan”⁹⁴.

De ahí, entonces, que autores como VON MÜNCH prefiera hablar de “*drittwirkung* de derechos fundamentales”⁹⁵ por sobre la expresión “*drittwirkung* de los derechos fundamentales”, porque no todos los derechos fundamentales presentan la característica de la eficacia “horizontal”.

2.2.- Doctrina del constitucionalismo clásico o de la aplicación “vertical” de los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista del constitucionalismo clásico, ligado indisolublemente al liberalismo clásico, la discusión acerca de una eventual aplicación *inter privatos* de los derechos fundamentales es una desnaturalización de los fundamentos más elementales del sistema jurídico.

AUBERT, constitucionalista suizo de renombre, afirma categóricamente que los derechos individuales se dirigen contra el Estado. Las amenazas procedentes de los particulares se contemplan en las leyes civiles y penales y no en la Constitución, que solo traza los límites que el poder público no puede franquear⁹⁶.

Desde la óptica tradicional del constitucionalismo clásico, existe una clara y rotunda diferencia entre los aspectos público y privado que presenta el Derecho, lo que hace inconsistente una aplicación o eficacia de elementos integrantes del Derecho Público para que sean esgrimidos en la discusión, haciendo caso omiso de la lógica propia de su concepción, al Derecho Privado. PIZARRO señala que “es usual establecer que los derechos fundamentales consisten en un límite al poder del Estado y que constituyen una reserva emanada del pacto social a favor de los ciudadanos. Según esta concepción

⁹³ BILBAO, Juan María. Obra citada [Nota 25]. Página 277.

⁹⁴ PIZARRO, Carlos. Obra citada [Nota 4]. Página 11.

⁹⁵ VON MÜNCH, Ingo. Obra citada [Nota 34]. Página 25.

⁹⁶ AUBERT, J. F. “Traité de droit constitutionnel suisse”, Tomo II. 1967. Editorial Neuchatel. Página 628 y siguientes.

Parfraseado y citado por BILBAO, Juan María. Obra citada [Nota 25]. Página 281.

C A P Í T U L O C U A R T O DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO. DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO.

tradicional ellos sólo tienen una aplicación vertical, sólo resultan oponibles frente al Estado y carecen de incidencia en las relaciones entre particulares”⁹⁷.

La sola idea de la “*drittwirkung der grundrechte*” vendría a corroer los cimientos más profundos de las ciencias jurídicas, acuñados durante su tratamiento a lo largo de varios siglos de pensamiento. En definitiva, según lo percibe JULIO, la primera objeción del liberalismo clásico contra la “*drittwirkung der grundrechte*” radica en que su planteamiento “va en contra de la tradición histórica y el concepto [liberal – clásico] de los derechos fundamentales”⁹⁸.

En suma, desde la óptica del constitucionalismo clásico, doctrina ligada de manera ideológicamente inseparable del liberalismo decimonónico, el Derecho Público es, esencialmente, “Público” y, por otro lado, el Derecho Privado es, puramente, “Privado”, los cuales cuentan con lenguajes y con lógicas diversas que hacen impracticable una confusión de conceptos e instituciones que a cada uno le resultan distintivas.

No está de más insistir en que la construcción y la técnica de los derechos fundamentales pertenece al ámbito del Derecho Público. A fin de cuentas parece atinada la objeción a la “*drittwirkung der grundrechte*” acerca de que no es la intención del constituyente, ni nunca ha sido, el regular las relaciones entre particulares.

2.3.- Argumentos sirven de base a la oposición del constitucionalismo clásico a la “*drittwirkung der grundrechte*”

La oposición a la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*” cuenta con fuertes argumentos que, fundamentados en las teorías clásicas del liberalismo, presentan buenas objeciones a su fórmula.

En efecto, la oposición a la doctrina y técnica de la “*drittwirkung der grundrechte*” argumenta, en primer lugar, que la técnica de los derechos fundamentales corresponden a una construcción que, desde el punto de vista histórico y desde el punto de vista de la lógica de los mismos derechos⁹⁹, se ha erguido con el claro objeto de ser opuestos ante el poder público y, como es obvio, como un límite a dicho poder. Por lo mismo resulta impropio extender su campo de aplicación a un escenario que no le fue previsto en su formulación original.

Se argumenta, en un segundo orden de cosas, que los derechos fundamentales pertenecen al campo jurídico de lo “Público”, entendiéndose por tal aquel que se caracteriza porque en él existe un ejercicio del poder del Estado. Sus normas son las que van dirigidas a regular la organización y la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones como tales entes públicos con los particulares¹⁰⁰.

En tercer término, se dice que una extensión de las Garantías Fundamentales al ámbito de las relaciones entre particulares amenaza seriamente con destruir o disolver el Derecho Privado como rama autónoma del “Público”. El propio ALEXI pone especial celo en esta objeción, quien indica que “más seriamente debe ser tomada la objeción según la cual un

⁹⁷ PIZARRO, Carlos. Obra citada [Nota 4]. Página 11.

⁹⁸ JULIO, Alexei. Obra citada [Nota 18]. Página 98.

⁹⁹ Acerca de la lógica característica y distintiva de lo Público y lo Privado véase BARROS, Enrique. Obra citada [Nota 42]. En idéntico sentido, puede consultarse JANA, Andrés. Obra citada [Nota 73].

¹⁰⁰ LATORRE, Angel. Obra citada [Nota 43]. Página 185.

efecto inmediato en terceros, también del tipo presentado, es incompatible con el papel del derecho civil. En una versión más radical reza: un efecto inmediato en terceros vuelve superfluo el derecho civil”¹⁰¹. En efecto, admitida la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, frente a un problema de índole civil o comercial, el Juez no tendría motivo para aplicar la ley civil o comercial, pues sería inexplicable el por qué se atiende, todavía, a dichas normas legales, debiendo aplicar las normas iusfundamentales.

En un cuarto orden de ideas, los opositores a una aplicación de derechos fundamentales entre particulares argumentan que los textos constitucionales no han contemplado, ni tampoco podían hacerlo, esta posibilidad de extensión, la que en todo caso habría requerido de un reconocimiento expreso en la propia Constitución¹⁰².

La técnica de los derechos fundamentales pertenece al campo del Derecho Público, dentro de cuyos límites solo es lícito hacer aquello que se ha autorizado expresamente por la norma. Por ello, la extensión de la eficacia de una norma iusfundamental a las relaciones entre particulares sería contraria al sistema jurídico y a las distintas reglas de interpretación del Derecho Público y Privado. En suma, su planteamiento es contrario a la estructura misma del Derecho en su conjunto.

Además de lo anterior, en quinto lugar, se debe recordar que la Carta Fundamental es la norma genérica de los Estados, que se establece con el objeto claro de organizarse políticamente, siendo su campo de aplicación sólo aquello que se refiera al ordenamiento básico y político que los pueblos se han determinado. Entonces, tal como lo indicaba SCHMITT, los derechos fundamentales son tales porque pertenecen al fundamento mismo del Estado¹⁰³.

A raíz de todo lo anterior, los partícipes de la doctrina del Constitucionalismo Clásico esgrimen que la “*drittwirkung der grundrechte*” es una figura doctrinal que no puede ser acogida en ningún sistema jurídico que cuente con una Constitución y que se rija por el principio de Supremacía Constitucional y el Estado de Derecho.

Admitir un eficacia entre particulares de los derechos fundamentales irá en directo desmedro de la autonomía de los sujetos, la que se verá anulada y, al mismo tiempo, destruirá en fundamento mismo del derecho privado.

¹⁰¹ ALEXU, Robert, Obra citada [Nota 5]. Páginas 522-523. La cita corresponde a ALEXU, pero éste cita en nota al pie a SCHWABE, J. “Die sogenannte drittwirkung der grundrechte”. 1971. Munich. Página 140 y siguientes. En rigor, como se verá más adelante, la crítica de SCHWABE se dirige contra la doctrina de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares, pero presentado de la manera expuesta puede aportar una objeción a la “*drittwirkung der grundrechte*”.

¹⁰² Podría argumentarse que en Chile el reconocimiento fundamental viene dado por el hecho que el texto constitucional no distingue ni señala que la acción u omisión ilegal o arbitraria deba provenir de un “poder público”, como si lo exige la Constitución Alemana y la Española. Este punto será objeto de análisis más adelante, aunque debe recordarse desde ya que el sujeto pasivo del recurso de protección, esto es aquel de quien se exige el restablecimiento del derecho, es un poder público (Corte de apelaciones respectiva en primera instancia y Corte Suprema de Justicia en segunda). Entonces, nace la inquietud acerca de quien velará por que éste poder público no vulnere los derechos fundamentales del sujeto afectado. Se suma a dicha inquietud el hecho que en Chile no tiene fuerza vinculante el “precedente”, por lo que podría señalarse que una variación de la Jurisprudencia entre dos casos idénticos, podría afectar seriamente el derecho a la no discriminación arbitraria por parte de los órganos públicos. En mi concepto, el artículo 6 inciso 2º de la Constitución Chile no obsta a éste análisis.

¹⁰³ SCHMITT, Carl. Obra citada [Nota 6].

C A P Í T U L O C U A R T O DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO. DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO.

Según los opositores a la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*”, entre los que se puede mencionar a MANGOLDT ¹⁰⁴, EHMCKE, FORSTHOFF, AMATO, SCHEUNER, FAVRE y AUBERT, se trataría de un esfuerzo contrario a Derecho, de modo que salvo que se quiera contradecir el Derecho con su aplicación, se trataría de una doctrina que no resiste el más mínimo análisis. BILBAO expone gráficamente esta objeción señalando que “late en el fondo de estas posturas la convicción de que la <<drittwirkung>> puede ser una especie de <<caballo de troya>> que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada” ¹⁰⁵.

2.4.- Nacimiento de la doctrina de la “Horizontalidad” de la “drittwirkung der grundrechte”.

La tesis del constitucionalismo clásico fue enfrentada de manera crítica, primeramente en Alemania, asumiendo las razones que hicieron imperiosa su revisión y que he puesto de relieve en el capítulo tercero de esta memoria. Posteriormente, dicho impulso fue recogido y adoptado por España, donde la teoría de la “*drittwirkung der grundrechte*” ha presentado un notable desarrollo.

Como primera aproximación al problema, puedo señalar que existe consenso generalizado en la literatura de que la elaboración de la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*” tiene en NIPPERDEY y DÜRIG a sus principales autores, quienes adoptaron ángulos diversos a su respecto ¹⁰⁶, desde mediados de la década del 50 en Alemania.

Doctrinariamente hablando, la “*drittwirkung der grundrechte*” nace a partir del estudio de determinadas normas jurídicas que, en el decir de GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO ¹⁰⁷, fueron analizadas críticamente por NIPPERDEY. En efecto, luego de un agudo estudio de todo el título 1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana ¹⁰⁸, de la interpretación armónica de los artículos 19.4 ¹⁰⁹, 93.1 ¹¹⁰ y artículo 90.1 ¹¹¹ de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán ¹¹² NIPPERDEY elaboró la doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

¹⁰⁴ Según JULIO, Alexei. Obra citada [Nota 18], página 98, MANGOLDT fue el principal adversario de NIPPERDEY, sindicado como el verdadero padre de esta doctrina de la eficacia horizontal.

¹⁰⁵ BILBAO, Juan María. Obra citada [Nota 25]. Página 283.

¹⁰⁶ GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. Obra citada [Nota 3]. Página 21. En idéntico sentido, JULIO, Alexei. Obra citada [Nota 18]. Página 103; VON MÜNCH, Ingo. Obra citada [Nota 34]. Página 28. PIZARRO, Carlos. “La drittwirkung”. 1994. Apuntes preparados para alumnos del curso de derecho civil en a Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Página 5.

¹⁰⁷ GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. Obra citada [Nota 3]. Página 21.

¹⁰⁸ Es usual en la literatura que la Ley Fundamental de la República Federal Alemana se abrevie con la sigla “G.G.”, esto es “Grundgesetz”.

¹⁰⁹ “Aquel cuyos derechos sean violados por el poder público, podrá acudir a la vía judicial. Si no hubiere otra jurisdicción competente, lo será la de los Tribunales ordinarios”.

¹¹⁰ “Sobre reclamaciones constitucionales, que pueden interponerse por aquel que afirme que el poder público ha violado uno de sus derechos fundamentales o uno de sus derechos comprendidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104”.

¹¹¹ “Aquel que afirme que el poder público ha violado uno de sus derechos fundamentales o uno de sus derechos comprendidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104 puede interponer la reclamación constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal”

¹¹² Es usual en la literatura que la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemana se abrevie con la sigla “BVerfGG”, esto es “Bunderverfassungsgerichtsgesetz”.

El estudio emprendido por NIPPERDEY tenía por objeto argumentar a favor de la igualdad salarial entre hombres y mujeres que desempeñan igual trabajo, todo ello en base al artículo 3.2 de la G.G., el cual consagra la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Su presentación del problema quedó registrada en su disertación de 1950 denominada “*gleisher lohn der frau für gleishe leistung*”, en la que postuló la eficacia directa entre particulares de los derechos fundamentales ¹¹³.

El debate que se creó al respecto en los círculos académicos y judiciales a raíz de la disertación de NIPPERDEY causó gran revuelo, lo que no tardó en obtener un reflejo en la jurisprudencia.

Según señala VON MÜNCH ¹¹⁴, la primera demostración jurisprudencial de la “*drittwirkung der grundrechte*” fue una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de fecha 5 de mayo de 1957. El Tribunal Constitucional en su sentencia declaró nula una cláusula de un contrato de trabajo que contemplaba la posibilidad del empleador, un hospital privado alemán, de extinguir unilateralmente el vínculo laboral con la trabajadora, una enfermera, en caso que ésta hubiese contraído matrimonio. Naturalmente el hospital pretendió prever la legítima ambición de su trabajadora de tener hijos y su necesidad de ausentarse de su trabajo.

Pues bien, la trabajadora demandó que dicha cláusula atentaba en contra de su derecho a un “libre desarrollo de la personalidad”, consagrado en el artículo 2 del título 1º de la G.G. La pretensión de la actora en sede constitucional fue acogida por el Tribunal Constitucional ¹¹⁵, sin perjuicio de la originalidad propia del argumento.

Como puede apreciarse, la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*”, sostiene, precisamente, la eficacia horizontal de las garantías fundamentales, esto es la vigencia y exigibilidad de ellas frente a particulares. Asimismo, se hace cargo de los argumentos vertidos por el constitucionalismo clásico y, por su parte, estructura una serie de réplicas para sustentar su postura, partidaria de la aplicación horizontal que vengo diciendo, las que paso a exponer a continuación.

Como punto de partida, se argumenta que las relaciones entre particulares están inmersas en un “marco” o sustrato jurídico determinado, quedando sujetas, por cierto, a todo dicho sustrato, el que viene dado por el ordenamiento jurídico vigente en un momento o época. Así, como el ordenamiento jurídico se compone de normas de diversa jerarquía, situándose en su cúspide la Constitución Política y, también, los derechos fundamentales que consagra y reconoce, resulta obvio que las relaciones entre particulares quedan necesariamente sujetas a éstas normas, no pudiendo contradecirlas en ningún aspecto, ni

¹¹³ JULIO, Alexei. Obra citada [Nota 18] Página 95.

¹¹⁴ VON MÜNCH, Ingo. Obra citada [Nota 34]. Página 35.

¹¹⁵ No es coincidencia que la primera discusión “práctica” acerca de la “*drittwirkung der grundrechte*” se haya dado en materia laboral. Para comprender cabalmente esta afirmación se debe tener presente que en las doctrinas liberales clásicas, bajo cuyo alero cabe identificar al constitucionalismo clásico, las relaciones entre particulares son, por definición, relaciones entre sujetos libres e iguales; cualesquiera sea la materia la igualdad, lo mismo la libertad, son un concepto supuesto. Pues bien, como vengo recordando, una de las circunstancias que dieron pie para la “reformulación” de estas doctrinas liberales clásicas es, precisamente, la existencia de “poderes privados”. Toda la problemática de la contratación masiva con cláusulas abusivas, el mercado laboral, los monopolios, etcétera son muestra patente de estos poderes privados, frente a los que la técnica de los derechos fundamentales no tendría cabida alguna según la doctrina clásica. Este hecho, al parecer tan natural, es lo que ha provocado críticas a explicar la “*drittwirkung der grundrechte*” como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, porque entre estos no habría horizontalidad, sino poderes privados claros.

**C A P Í T U L O C U A R T O DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER
GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE
PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO. DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG
DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE
PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO.**

aún a pretexto de tratarse de sus intereses particulares. En efecto, “existen normas sobre derechos fundamentales que no sólo dicen relación a una esfera de libertad que proteger frente al Estado, sino que garantizan a cada ciudadano un *status social* en sus relaciones jurídicas con los demás y, en especial, con... los grupos y organizaciones cuyo poderío en la moderna sociedad amenaza al individuo aislado e impotente y frente a los que el Estado debe intervenir justamente para defender el inerme ciudadano” ¹¹⁶.

KRÜGER, llega a afirmar de modo tajante que “el derecho al libre desarrollo de la personalidad se dirige no sólo frente al Estado, sino también frente a terceros” ¹¹⁷. Para los partidarios de la “*drittwirkung der grundrechte*”, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es una plasmación positiva del ideal de la libertad del individuo al más puro estilo Kantiano, o sea como una aplicación del principio de la autonomía privada, por lo que no habría motivo para excluir la vigencia de dicho principio dependiendo de quien se tenga en frente.

Por otra parte, en segundo término, la G.G. no excluye la aplicación frente a particulares de los derechos fundamentales, por lo que ante el silencio de la Constitución frente a esta pregunta, se hace indispensable ocupar las herramientas interpretativas de la Constitución, no resultando sensato renunciar de antemano a tal labor por el sólo hecho que la Carta no ofrece expresamente la respuesta.

En todo caso, es indispensable la interpretación y desarrollo de los preceptos Constitucionales, teniendo particular importancia para ello tanto la doctrina como, sin duda, la jurisprudencia.

En tercer término, se debe hacer valer el hecho que las garantías fundamentales son un reclamo de libertad en contra de cualesquier sujeto que pretenda moldear nuestra personalidad, pretensiones que, como parece obvio, pueden provenir del poder público como de los propios particulares, siendo, por tanto, ellos esgrimibles frente a cualquiera de ellos. En efecto, frente al fenómeno social de la diversidad, consecuencia del ideal de la autonomía, la sociedad debe respeto y garantía hacia la libertad. En el fondo, la autonomía para determinar nuestra personalidad según los propios designios es un reclamo que se podrá reivindicar tanto respecto del Estado como de cualquier particular que lo quiera violentar.

En otros términos, los Estados Democráticos y de Derecho se basan en la libertad esencial del sujeto para determinar su propia vida, de modo que toda intromisión de un tercero resulta ilegítima y en su contra se configuran los derechos fundamentales.

Para lograr tal finalidad, los derechos fundamentales tienen una doble aplicación, por una parte son fuertes razones para repeler las acciones externas y, por otro lado, son buenas razones para provocar la actividad del Estado en su defensa. Así los derechos fundamentales cumplen un doble rol en las sociedades modernas, a saber, son por un lado auténticos “límites” frente al poder, ya sea público o privado, esto es auténticos reflejos del “*status negativo*” de JELLINEK ¹¹⁸, y por otro lado son “deberes de protección”, o sea son argumentos fuertes en contra del poder público y, a la vez, son argumentos fuertes

¹¹⁶ GARCÍA TORRES, Jesús y otro. Obra citada [Nota 3]. Página 22.

¹¹⁷ KRÜGER. “Aus der neuere rechtsprechung der bundesarbeitsgerichts”. En: “Recht der arbeit”. 1954. Página 368. Citado por GARCÍA TORRES, Jesús y otro. Obra citada [Nota 3]. Página 23.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. Obra citada [Nota 5]. Página 251.

para provocar la actividad del mismo, esto es aplicación evidente del “status positivo” de JELLINEK ¹¹⁹.

En cuarto lugar, se debe tener presente que los derechos fundamentales, a la luz de los demás argumentos ya esgrimidos, no son un catálogo reglas caracterizados por un carácter moralmente “neutro” frente a los particulares. Por el contrario, los derechos fundamentales se presentan como un orden objetivo de valores que, si no gobiernan directamente, a lo menos influyen decisivamente las relaciones entre privados. Su característica sería ser principios o modelos de vida que resulta preferible seguir antes que reglas de conducta entre particulares.

Ahora, frente a la objeción usual de los opositores a la doctrina de la “drittwirkung der grundrechte”, referida a que ésta conduce a una limitación o eliminación indebida de la autonomía privada, autores de la talla de ALEXY han respondido que “es fácil refutar la objeción... la propia autonomía privada, no solo su limitación, es objeto de garantías iusfundamentales y, por lo tanto, del efecto en terceros” ¹²⁰, por lo que se trataría de una objeción sin mayor relevancia.

Por último, la distinción tajante entre “lo público” y “lo privado” es una distinción que, desde el punto de vista teórico contemporáneo y desde la perspectiva de la realidad de los hechos, ha sido paulatinamente desmentida. Se puede observar fácilmente como los límites de ambos “campos” no son pétreos sino, muy por el contrario, se trata de límites movibles. Por lo tanto, la verdadera labor del jurista será, en rigor, averiguar su correcta ubicación.

Sin lugar a dudas que la discusión original acerca del problema que se plantea en esta primera parte ha sido objeto de ambas posturas, habiendo quienes como VELASCO ¹²¹, entre muchos otros, niegan la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares. Por otro lado, hay quienes oponen objeciones a este fenómeno sin entrar a su análisis de manera directa, como BILBAO ¹²² y DOMÍNGUEZ ¹²³. Hay, por último quienes se manifiestan partidarios de esta aplicación horizontal, particularmente autores extranjeros ¹²⁴, aunque todos con diversos matices.

3.- Del modo de aplicación de los derechos fundamentales entre particulares.

¹¹⁹ Ibidem. Página 256.

¹²⁰ Ibidem. Página 522.

¹²¹ VELASCO, Eugenio. Obra citada [Nota 46].

¹²² BILBAO, Juan María. Obra citada [Nota 25]. Página 262, quien señala que “nos guste o no (a mí, lo confieso, no me entusiasma la idea), la vis expansiva de los derechos fundamentales en ordenamientos en los que los jueces pueden aplicar directamente las normas constitucionales que los reconocen”.

¹²³ DOMÍNGUEZ, Ramón. Obra citada [Nota 90]. Página 107 y siguientes.

¹²⁴ Pueden mencionarse, entre muchos otros, VON MÜNCH, Ingo. Obra citada [Nota 34] y ALEXY, Robert. quien ha presentado una notable construcción teórica de aplicación entre particulares de los derechos fundamentales. Obra citada [Nota 5].

C A P Í T U L O C U A R T O DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO. DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO.

Según explican unívocamente autores como BILBAO¹²⁵ y JULIO¹²⁶, en la actualidad parece existir un cierto grado de consenso en la dogmática civil y constitucional comparada en el sentido de que los derechos fundamentales son argumentos oponibles tanto frente al poder público como a los particulares en el marco de sus relaciones privadas. Naturalmente, hay matices.

En fin, se puede aventurar que en el actual estado del debate, los derechos fundamentales se presentan como límite al poder público y como límite a la autonomía de la voluntad. La *“drittwirkung der grundrechte”* es la doctrina que plantea, no está de más precisarlo, que incluso la autonomía privada está limitada por los derechos fundamentales.

Asumiendo que los derechos fundamentales tienen eficacia frente a terceros, nace una nueva pregunta que debe ser respondida. En efecto, suprimiendo hipotéticamente las dudas en torno a una eventual eficacia horizontal de los derechos fundamentales, cabe preguntarse de qué forma ello se ve concretado.

Entonces, en términos generales, suponiendo afirmativa la respuesta acerca del “sentido” de aplicación de los derechos fundamentales, surge una nueva cuestión que debe ser esclarecida y que dice relación con la manera como se manifiesta esta eficacia horizontal entre particulares. Así, debo analizar el “modo” en que los derechos fundamentales son aplicados en las relaciones entre particulares, toda vez que, tal como frente al problema del “sentido” de aplicación de los derechos fundamentales, diversas soluciones son posibles en lo relativo al “modo” en caso que ello ocurra.

En la doctrina y jurisprudencia comparada, particularmente Alemana y Española, se ha debatido el problema en cuestión desde una doble perspectiva.

En primer término, se ha sostenido que los derechos fundamentales constituyen derechos subjetivos públicos¹²⁷ que son oponibles directamente frente al Estado y los particulares. Esta es la doctrina de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a terceros, postura representada por la obra de NIPPERDEY¹²⁸.

Por otro lado, se ha planteado que los derechos fundamentales deben recibir una eficacia indirecta, siendo necesaria la intervención de la actividad de un tercero que haga esta eficacia una realidad. Como puede adivinarse, se trata de la doctrina de la eficacia

¹²⁵ BILBAO, Juan María. Obra citada [Nota 25]. Página 270. Señala este autor que “son cada vez más , en efecto, los autores que están persuadidos de proteger las libertades también frente a los poderes de hecho...”.

¹²⁶ JULIO, Alexei. Obra citada [Nota 18]. Página 101. Como indica este autor, “haciendo abstracción de las teorías, como ya se ha visto minoritarias, que niegan los efectos de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado...”.

¹²⁷ Según BARROS, Enrique la idea de “derecho subjetivo” es una construcción sistemática, tanto en Derecho Privado como Público, que no ha obedecido a una necesidad lógica, sino histórica. Las instituciones jurídicas, señala, que se expresan como derechos subjetivos tienen un fundamento moral que supone una opción fundamental por la constitución autónomamente responsable de la persona en su ámbito de vida más inmediato. Véase BARROS BOURIE, Enrique. “Límites a los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho”. 1999. En: Revista Derecho y Humanidades, N° 7. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹²⁸ NIPPERDEY, H. C., es el redactor de las últimas versiones de la Parte General del Derecho Civil de ENNECERUS y coautor de un conocido tratado de derecho del Trabajo (HUECK / NIPPERDEY, Arbeitsrecht. München, 1962), materia sobre la que profesó en Colonia y de la que es considerado uno de los fundadores. Fue también presidente del Tribunal Laboral Federal desde 1954 hasta 1963. Su exposición de la “drittwirkung der grundrechte” en su dimensión de la eficacia directa o inmediata está en su obra “Die würde des menschen”. En: NEUMANN, F. L.; NIPPERDEY, H. C. Y SCHEUNER, V. “Die grundrechte. Handbuch theorie und praxis die grundrechte”. 1954. Berlín. Estos datos fueron extraídos de GARCÍA TORRES, Jesús y otro. Obra citada [Nota 3]. Página 21-22. Nota al pie N° 8.

indirecta o mediata de los derechos fundamentales, que tiene como su principal figura a G. DÜRIG ¹²⁹, para quien los derechos fundamentales permean el derecho privado a través de las cláusulas generales y conceptos jurídicos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente ¹³⁰.

Si para NIPPERDEY el punto de partida de su análisis fue el derecho al libre desarrollo de la personalidad, para DÜRIG el punto de partida del suyo radica en la garantía de la dignidad humana, consagrado en la Ley Fundamental de Bonn. Desde la óptica de DÜRIG, el Estado está obligado a “configurar su orden jurídico universal de una manera tal que hasta a las fuerzas extraestatales les impida violar a dignidad del hombre”¹³¹. Para este autor, la intensidad de la eficacia de los derechos fundamentales difiere si se aplica respecto del Estado que respecto de los particulares, porque naturalmente las relaciones entre particulares se vana a verificar entre dos sujetos que, al mismo tiempo, son titulares de derechos fundamentales. Por ello DÜRIG admite gradaciones en su construcción dogmática.

En el estado de avance de esta memoria, es necesario indagar en los argumentos de cada una de las posiciones que existen al respecto.

3.1.- Doctrina de la eficacia inmediata de la “*unmittelbare drittwirkung der grundrechte*”.

La doctrina de la “*unmittelbare drittwirkung der grundrechte*”, esto es la doctrina de la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales entre particulares, descansa en la premisa que las relaciones particulares están automática y directamente gobernadas por las disposiciones relativas a derechos fundamentales. El sustrato teórico sería, entonces, en que la Carta Fundamental configura una serie de derechos subjetivo-públicos oponibles inmediatamente tanto frente al poder público como, asimismo, frente a los particulares.

Desde otro punto de vista, las libertades públicas configuran verdaderos derechos subjetivos públicos respecto de todos los miembros de la sociedad, además del Estado. Lo anterior vendrá determinado por el necesario carácter vinculante y obligatorio de los preceptos constitucionales, que corresponde a la posición adoptada por GARCÍA DE ENTERRÍA ¹³² acerca del carácter normativo de la constitución. En palabras de ALEXY, “la influencia de las normas de derecho fundamental en el derecho privado habría de resultar de su propiedad como derecho constitucional objetivo, vinculante” ¹³³.

Frente a una violación de los derechos fundamentales por parte de un particular, pueden invocarse de manera inmediata las libertades públicas “sin más límites que el respeto a los derechos fundamentales de la otra parte del conflicto” ¹³⁴, quien también es titular de ellos.

¹²⁹ DÜRIG, G. “Grundrechte und privatrechtsprechung”. 1956. En: “Festschrift für H. Nawiasky”. München. Beck. Páginas 157 y siguientes.

¹³⁰ JULIO, Alexei. Obra citada [Nota 18]. Páginas 109-110.

¹³¹ DÜRIG. Obra citada [Nota 129]. Página 9. Citado por JULIO, Alexei. Obra citada [Nota 18]. Página 110.

¹³² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Obra citada [Nota 71]. Página 68.

¹³³ ALEXY, Robert. Obra citada [Nota 5]. Página 512.

¹³⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. “Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe”. 2000. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Madrid. Página 215.

C A P Í T U L O C U A R T O DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO. DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO.

Sin perjuicio de este postulado acerca de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a particulares, se coincide en doctrina que no todo el catálogo de derechos fundamentales consagrados en la Constitución es susceptible de presentar el efecto de aplicación respecto de terceros, habiendo algunos que, por su propia formulación o sentido, sólo serán esgrimibles frente al Estado; piénsese, por ejemplo, en el derecho a la igual repartición de los tributos, consagrado en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de la República de Chile. VON MÜNCH ¹³⁵ agrega a este catálogo, dentro del marco del ordenamiento jurídico alemán, el derecho a rehusar el servicio militar, la privación de la nacionalidad alemana y otros casos que, por su naturaleza, sólo son oponibles al Estado.

Además de lo anterior, dentro de aquellos derechos subjetivos públicos que son eficaces frente a particulares, hay consenso que debe tenerse presente que la fuerza del reclamo debe ser distinta. En este sentido, no es lo mismo oponer un derecho fundamental frente al Estado que frente a un particular. No se trata de un simple cambio de destinatario de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Constitucional

136

Teniendo presente estas consideraciones especiales de la doctrina de la eficacia directa, se estará en condiciones de estudiar los fundamentos jurídicos que ostenta esta doctrina, siendo los principales aquellos que se mencionan a continuación.

Para todos aquellos que, como NIPPERDEY, adscriben a esta doctrina de eficacia directa, los derechos fundamentales son un catálogo de derechos subjetivo-públicos de los que son titulares los individuos en su calidad de ciudadanos. Estos derechos son oponibles derechamente y sin intermediación alguna frente a terceros, sean éstos entes públicos o particulares.

Por lo demás, resultaría inadmisibles la intervención o mediación de algo o alguien para los efectos que los derechos fundamentales tengan eficacia entre particulares, pues siempre se correrá el peligro de la arbitrariedad del “mediador”, pudiendo conculcar cualesquier derecho so pretexto de buscar claridad o precisión en su aplicación.

Todo lo anterior se fundamenta en el carácter normativo de la Constitución, siendo por ello esgrimibles los derechos que ella consagra frente a todos, teniendo por único límite el respeto de los derechos fundamentales de los terceros. Se trata, en definitiva, como se comprenderá, no sólo de medios de defensa frente a ataques de terceros, sino que más aún, de reglas de orden social que deben ser respetadas por todos aquellos que integran la sociedad de que se trate.

No hay razón para discriminar en la protección de los derechos de los individuos solo cuando la amenaza proviene del poder público, mas no cuando tenga su origen en la actividad de los privados. Entonces, no habiendo razones que justifiquen esta discriminación, “el sistema de protección debería ser unitario, al menos en sus niveles básicos. Esto significa que la garantía operaría <<con el mismo título>>, aunque no

¹³⁵ VON MÜNCH, Ingo. Obra citada [Nota 34]. Página 34.

¹³⁶ En una especialmente lúcida monografía CLAPHAM plantea que los derechos fundamentales no son oponibles del mismo modo al poder estatal y a los demás ciudadanos y, por lo tanto, no se puede simplemente traspasarlos a la esfera privada. Incluso están conscientes de la necesidad de respetar la “lógica interna del derecho privado” en cuanto se encuentra en juego la autonomía negocial sobre la que pivota toda esta área del derecho. Plantea, acto seguido, que en límite de esa aplicación diversa según la lógica de la aplicación sería la dignidad humana. CLAPHAM, Andrew. “Human rights in the private sphere”. 1993. Oxford Clarendon Press.

necesariamente con la misma intensidad, en cualquier dirección”, tal como lo sostiene BILBAO ¹³⁷.

Es preocupación de todo el Derecho, siendo un interés transversal y creciente, la limitación de abusos de poder en todo orden, tanto del propio poder público como de los grupos o asociaciones de particulares que, por circunstancias de hecho, tienen una posición dominante respecto de sus pares.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, pilar fundamental de la doctrina de los derechos fundamentales según los partidarios de la eficacia directa o inmediata, se dirige no sólo contra el Estado, sino frente a todo sujeto particular que desee intervenir en la esfera de privacidad de su titular. La libre determinación de la propia vida es un argumento fuerte de no intervención tanto frente al Estado como frente a los demás particulares, siendo un reclamo de libertad esgrimible contra todo acto de intromisión indeseado, venga de donde venga.

En Chile, se podría intentar ver en la norma del artículo 5 inciso 2º de la Carta Fundamental de 1980 un claro argumento a favor de esta postura de la eficacia directa entre particulares de los derechos fundamentales. Señala el artículo citado que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos [públicos] como a toda persona, institución o grupo”.

La teoría de la “*unmittelbare drittwirkung der grundrechte*” fue el primer esfuerzo teórico de aplicación entre particulares de los derechos fundamentales, siendo aplicación del Tribunal Constitucional Alemán, generando gran expectación en la doctrina Civil y Constitucional Alemana.

3.2.- Doctrina de la eficacia mediata de la “Mittelbare drittwirkung der grundrechte”.

Frente a aquellos que postulan la teoría de la eficacia directa, y luego de alguna evolución teórica y jurisprudencial, se levantaron algunos sosteniendo que la eficacia directa resultaba una aplicación muy radical y bastante asistémica, aunque se sostenía la efectividad de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares. El principal y primero de estos estudiosos fue, como ya se señaló precedentemente, DÜRIG.

La nueva teoría de la aplicación indirecta de los derechos fundamentales en el ámbito privado de los sujetos parte de la base que es indispensable la participación de un mediador que debe interpretar las normas jurídicas y los actos de particulares, como los contratos, desde la óptica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no serían esgrimibles derechamente.

3.2.1.- El caso Lüth.

Esta novedosa doctrina encuentra su primera consagración jurisprudencial en el ya famoso “*caso Lüth*”, el cual merece detención.

Este caso, de trascendental importancia en la materia, conforme la exposición ofrecida por VON MÜNCH, versaba sobre los siguientes hechos: “En 1950, el presidente de un club privado de prensa de Hamburgo, Erich Lüth, incitó al boicot de una película (titulada “*Unsterbliche Gelibte*” [“Amante Inmortal”]) en un discurso ante distribuidores y productores

¹³⁷ BILBAO, Juan María. Obra citada [Nota 25]. Página 326.

C A P Í T U L O C U A R T O DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO. DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO.

cinematográficos, con el argumento que el director ¹³⁸ de la misma había rodado en la época de Hitler una película antisemita (“*Jud Süß*” [“Dulce Judío”]) y otras películas al servicio de la ideología nacionalsocialista. El productor de la película contra quien se dirigió la llamada al boicot presentó una demanda de cesación de tales actos basándose en el párrafo [artículo] 826 del BGB (“quien, de modo contrario a las buenas costumbres cause daños dolosamente a otro, está obligado a la reparación del daño”)... La demanda fue estimada por la jurisdicción civil. En respuesta al Recurso de Amparo Constitucional interpuesto por Erich Lüth ante el Tribunal Constitucional, éste invalidó la sentencia del tribunal civil por considerar que vulneraba el derecho fundamental de Erich Lüth a la libertad de expresión”¹³⁹.

La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán razonó de la siguiente manera, lo que considero interesante transcribir en esta memoria.

“Sin duda los derechos fundamentales tienen por objeto, en primer lugar, asegurar la esfera de libertad de los particulares frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al estado. Ello se deriva tanto del desarrollo histórico-espiritual de la idea de los derechos fundamentales, como de los hechos históricos que han llevado a la recepción de los derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados. Y tal sentido es el que tienen también los derechos fundamentales en la G.G., que con su ubicación preferente quieren afirmar la primacía del hombre y de su dignidad frente al poder del Estado. A ello responde que el legislador haya arbitrado el remedio especial de defensa de estos derechos, die Verfassungsbeschwerde, sólo contra actos del poder público”.

“No obstante, es igualmente cierto que la G.G., que no quiere ser neutral frente a los valores, en su título referente a los derechos fundamentales también ha instituido un orden objetivo de valores y ha expresado un fortalecimiento principal de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que tiene su centro en el libre desarrollo de la personalidad humana y su dignidad en el interior de la comunidad social, debe regir como decisión constitucional básica en todos los ámbitos del derecho; de él reciben directrices e impulso la legislación, la administración y la jurisdicción. De esta forma influye evidentemente también sobre el derecho civil; ninguna disposición jurídico-civil debe estar en contradicción con él y todas ellas deben interpretarse conforme a su espíritu”.

“El contenido de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en derecho privado por medio de las disposiciones que directamente rigen este ámbito jurídico. Mientras que el nuevo derecho debe estar en armonía con el sistema de valores de los derechos fundamentales, el derecho preconstitucional subsistente debe ordenarse a ese sistema de valores, del que recibe un específico contenido jurídico-constitucional que en todo caso determina su interpretación. Una contienda entre particulares sobre derechos y deberes derivados de tales normas de derecho civil influidas por los derechos fundamentales sigue siendo material y procesalmente una contienda jurídico-civil: se interpreta y aplica Derecho Civil, aun cuando su interpretación ha de seguir al Derecho público, a la Constitución”.

“La influencia de los derechos fundamentales como criterios valorativos, se realiza sobre todo mediante aquellas disposiciones del Derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio, es decir, mediante los principios que, por razones de interés general, han de ser vinculantes para la modelación de las relaciones jurídicas entre los particulares y por ende están sustraídos a la autonomía

¹³⁸ El director era de apellido HARLAN.

¹³⁹ VON MÜNCH, Ingo. Obra citada [Nota 34]. Página 40.

de la voluntad. Tales disposiciones, por su finalidad, están emparentadas con el Derecho público, del que son un complemento, y en especial con el Derecho constitucional. Para la realización de esa influencia la jurisprudencia se le ofrecen sobre todo las <<cláusulas generales>> que, como la del párrafo 826, BGB, remiten para el juicio de la conducta humana y medidas metaciviles e incluso metajurídicas. A la hora de determinar lo que estos mandatos sociales exigen en el caso concreto ha de partirse, en primer lugar, de la totalidad de las representaciones de valor que el pueblo ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo cultural y fijado en la Constitución. Por eso se han calificado con razón las cláusulas generales como los <<puntos de irrupción>> [einbruchstellen] de los derechos fundamentales en el Derecho civil (DÜRIG)”.

“Por mandato constitucional el juez ha de examinar si las disposiciones de Derecho Civil que él debe aplicar materialmente están influidas por los derechos fundamentales en la forma expuesta, y, en su labor de interpretación y aplicación, ha de tener en cuenta tales modificaciones del Derecho privado. Tal es el sentido de que también el juez civil esté vinculado a los derechos fundamentales (artículo 3.1 G.G.). Si no observa esa medida y basa su sentencia en el olvido de la influencia de la Constitución sobre las normas civiles, no sólo actúa contra el Derecho constitucional al desconocer el contenido de las normas sobre derechos fundamentales en cuanto normas objetivas, sino que, en cuanto titular del poder público, viola mediante su sentencia el derecho fundamental a cuyo respeto también por el poder judicial tiene el particular un derecho jurídico-constitucional. Contra dicha sentencia, y sin perjuicio de las posteriores instancias en la vía judicial civil, puede recurrirse al Tribunal Constitucional Federal en “queja constitucional” [verfassungsbeschwerde]”.

“El Tribunal Constitucional debe examinar si el Tribunal civil ha juzgado con acierto el alcance y el efecto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho civil. Pero de ahí se deriva al tiempo de su labor revisora: no es asunto del Tribunal Constitucional examinar en su integridad las sentencias del juez civil; sólo debe examinar el llamado “efecto de irradiación” [Ausstrahlungswirkung] de los derechos fundamentales sobre el Derecho civil y hacer valer aquí también el contenido de valor de la norma constitucional. El sentido del instituto de la verfassungsbeschwerde es que todos los actos del poder legislativo, ejecutivo y judicial deban ser examinados según la medida de los derechos fundamentales (párrafo 90, BVerfGG). De la misma forma que el Tribunal Constitucional Federal no puede actuar como instancia de revisión o de “superrevisión” sobre los Tribunales civiles, tampoco puede prescindir de tales sentencias y desentenderse de eventuales desconocimiento de las normas y derechos fundamentales”¹⁴⁰.

El caso “Lüth” configura la primera etapa de consagración definitiva de esta doctrina de la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales entre particulares. A partir de ella la doctrina y la jurisprudencia alemanas elaboraron una posición más matizada respecto de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En general, los argumentos para sostener la aplicación indirecta de los derechos fundamentales entre particulares, se sitúan en una posición más sensata del problema.

En primer lugar, cabe señalar que los sistemas jurídicos que se han construido bajo la influencia positivista, esto es como sistemas de tipo piramidal, han situado en la cúspide de su forma la Constitución Política, de modo que todo el ordenamiento jurídico debe guardar armonía con ella, so pena de invalidez¹⁴¹ de la norma inferior, que es presentado en la

¹⁴⁰ GARCÍA TORRES, Jesús y otro. Obra citada [Nota 3]. Páginas 28-31. La sentencia citada es de fecha 15 de enero de 1958. Atendido lo extenso de la cita se ha usado letra cursiva, a fin de destacarla.

¹⁴¹ Este es el argumento clásico de KELSEN, Hans. “Teoría Pura del Derecho”. 1960. Editorial EUDEBA.

C A P Í T U L O C U A R T O DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO. DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO.

cátedra universitaria como el principio de la Supremacía Constitucional. A modo ejemplar, puede citarse el artículo 5 inciso 1° de la Constitución de la República de Chile, el cual señala que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

Lo anterior demuestra que todo el ordenamiento debe ser “mirado” desde la óptica de los derechos fundamentales, si lo que se pretende es trabajar en base a las normas válidas y, por tanto, vigentes.

En segundo lugar, como bien lo detecta el fallo precedentemente transcrito, cabe precisar que en general, el orden privado y la autonomía privada tienen por límite algunos conceptos generales y, al decir de la doctrina, “abiertos”, como son sin duda el “orden público”, la “moral” y las “buenas costumbres”, conceptos que en derecho comparado reciben la denominación de “cláusulas generales” y que son todos abordables desde el punto de vista de los derechos fundamentales. En concepto de HESSE, “al derecho privado, que hasta entonces determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados”¹⁴².

Por cierto, cabe recordar que respecto de las relaciones entre particulares los derechos fundamentales son concebidos como un orden objetivo de valores, el que lleva en su centro teórico, como lo destaca el fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán, al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, de modo que todo el ámbito de la autonomía privada se ve “cercada” por estas cláusulas generales que, desde un punto de vista lógico y sistemático, deben ser explicadas y aplicadas desde una óptica iusfundamental.

Importante es recordar que las relaciones entre particulares, a virtud de esta técnica mediata de aplicación de los derechos fundamentales entre privados, no pierde su índole privada, pero las normas que han de ser destinadas a solucionar el conflicto o las diferencias deben ser interpretadas en conformidad a los derechos fundamentales, que son normas que iluminan todo el sistema jurídico y lo dotan de validez universal.

La labor del mediador es, en definitiva, dilucidar cómo y en qué medida la ley privada¹⁴³ se ve o resulta “permeada” por la técnica de los derechos fundamentales, no siendo lícito que la ley privada contradiga a estos últimos so pretexto de autonomía, toda vez que la eficacia de los derechos fundamentales no está dentro del ámbito de decisiones autónomas del sujeto.

Existen buenas razones para sostener que la división de las ciencias jurídicas entre lo “Público” y lo “Privado” debe ser respetada, pues habría una lógica funcional inherente en cada una de estas manifestaciones, lo cual es entendido, respetado y aplicado con esta teoría de la eficacia indirecta o mediata.

3.2.2.- De la mediación en la doctrina de la eficacia indirecta.

Como he expuesto en las líneas que anteceden, la doctrina de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales entre particulares impide, como su propia formulación lo indica, que éstos se esgriman como derechos subjetivos públicos frente a terceros, toda

¹⁴² HESSE, Konrad. Obra citada [Nota 72]. Página 59.

¹⁴³ Por la idea de “ley privada” entiendo toda normativa de conducta entre particulares, debiendo, por tanto, entenderse comprendida dentro de la misma tanto las leyes civiles, comerciales, laborales, etcétera, y, en general, los contratos.

vez que requieren de la intervención de “algo” o de “alguien” a fin de llevar a cabo su aplicación. La “mediación” a que se refiere esta doctrina de la “*mittelbare drittwirkung der grundrechte*” puede venir configurada por la actividad del Legislador, esto es por la elaboración de la Ley, o por la actividad del Juez, o lo que es lo mismo por la actividad jurisdiccional ¹⁴⁴.

En la primera concepción, esto es aquella que postula la mediación del legislador, señala que a éste le “incumbe, en primer término, la función de concretar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones <<horizontales>> mediante la regulación del contenido y las condiciones de ejercicio de los mismos... la ley fijará las pautas para una correcta articulación entre el derecho de que se trate y los bienes o derechos con los que pueda entrar en conflicto, otorgando preferencia, en su caso, a alguno de ellos” ¹⁴⁵.

Frente a las insuficiencias que plantea la doctrina de la mediación legislativa, la doctrina ha elaborado una segunda vía de mediación, como es la intervención de los jueces, quienes “por imperativo constitucional, tomarán en consideración estos derechos [fundamentales] como criterios de integración privilegiados a la hora de interpretar las normas de derecho privado, y, en particular, las que contengan derecho necesario” ¹⁴⁶. Lo que resulta indiscutido, eso sí, es que los jueces deberán apoyar la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares en una norma de rango legal, aún cuando ésta sea una cláusula general.

Cabe señalar que, en derecho comparado ¹⁴⁷, se ha optado por la mediación judicial para aplicar esta doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales, que es precisamente la que ha acogido de manera recurrente el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

3.3.- Teoría de la adscripción al estado de las afectaciones a los derechos fundamentales provocadas por particulares.

Según ALEXY ¹⁴⁸, todavía es posible encontrar una tercera construcción teórica acerca de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, la que explica como una consecuencia de la sujeción del estado a los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos públicos. Esta doctrina es conocida como la “teoría de la adscripción”.

El mismo autor identifica en SCHWABE como un expositor extremo de esta doctrina, quien sostuvo que “el Estado, al facilitar e imponer un sistema de derecho privado, participa en las afectaciones, posibles en ese sistema, de los bienes iusfundamentales de un ciudadano por otro ciudadano. Por ello, estas afectaciones, en tanto intervenciones estatales, provocadas privadamente, pueden serle imputadas al Estado” ¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Un estudio acabado de la mediación del Legislador y del Juez puede verse en BILBAO, Juan María. Obra citada [Nota 25], páginas 289-324. Intentar un nuevo estudio en profundidad excede a las pretensiones de esta memoria, por lo que me limitaré a presentar resumidamente las características de ambos sistemas de mediación.

¹⁴⁵ Ibidem. Página 289.

¹⁴⁶ Ibidem. Página 302.

¹⁴⁷ Entiéndase Alemania, España, Portugal, Suiza, Bélgica, Sudáfrica, Colombia, etcétera.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. Obra citada [Nota 5]. Página 513.

¹⁴⁹ SCHWABE, J. “Die sogenannte drittwirkung der grundrechte. 1971. München. Páginas 16 y 149-154. Del mismo autor, “Probleme der grundrechtsdegnatik”. 1977. Darmstadt.

C A P Í T U L O C U A R T O DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO. DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE O DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES EN EL TRÁFICO JURÍDICO.

Por lo anterior, según SCHWABE el problema de la protección de los derechos fundamentales frente a particulares se convierte en un problema frente a intervenciones ilegítimas realizadas por particulares, pero en último sentido, necesariamente estatales ¹⁵⁰. En definitiva, para la solución del problema, habría de bastar los derechos fundamentales en cuanto derechos del status negativo frente al Estado, porque invocando este medio de defensa, en cuanto argumento fuerte para provocar la abstención del Estado en las esferas de privacidad individual, se podría provocar, si no entiendo mal, que el propio Estado no permita las lesiones mediante particulares prohibiéndolas en el ámbito del derecho privado. Es por lo anterior que ALEXY ¹⁵¹ califique a la posición doctrinaria de la adscripción como una teoría “insostenible”.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. Obra citada [Nota 5]. Página 442.

¹⁵¹ Ibidem. Página 513.

CAPÍTULO QUINTO RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE EN CHILE. ESTADO DEL DEBATE EN DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. LIMITACIONES INSTITUCIONALES. UNA MIRADA HACIA EL FUTURO

RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE EN CHILE. ESTADO DEL DEBATE EN DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. LIMITACIONES INSTITUCIONALES. UNA MIRADA HACIA EL FUTURO.

1.- Cuestión preliminar a este capítulo – Un vistazo al camino recorrido

A estas alturas del presente trabajo, considero estar en condiciones de poder señalar que la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*” es aquella corriente de pensamiento que postula que los derechos fundamentales son normas jurídicas de fondo plenamente aplicables entre los actores del tráfico jurídico privado. Por lo demás, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares no requiere, dogmáticamente, de la existencia de una Ley que lo señale expresamente o que haga efectiva la eficacia mediante una regulación particular. Destaco que digo “de fondo” por cuanto se trata de normas que, directa o indirectamente, regulan la actividad de los particulares, no tan sólo la forma como se deben ejercer los derechos.

En otros términos, la técnica de los derechos fundamentales permite definir aquello que es lícito a los particulares hacer u omitir en sus relaciones privadas, en las cuales se trata de dos titulares de derechos fundamentales en acción. La manera como esta definición sea realizada tendrá matices dependiendo de si se trata de una eficacia directa o indirecta, según ya se explicó, aunque en ambos casos el sentido de la doctrina se mantendrá incólume. Así, tanto partidarios de la eficacia “directa” como de la eficacia “indirecta” responderían afirmativamente frente a la pregunta de si los derechos fundamentales son normas esgrimibles por un particular frente a otro particular cuando ambos interactúan en la esfera privada.

En el presente capítulo intentaré revisar si esta conclusión, bastante común en el derecho comparado, ha sido recibida en toda su magnitud en nuestro país, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y en caso afirmativo intentaré desentrañar la forma en que dicha doctrina ha sido recibida en Chile. En otras palabras, en este capítulo final pretenderé abordar los debates que se han suscitado en nuestro país en cuanto a la “intrusión” del Derecho Público, especialmente de rango Constitucional, en el Derecho Privado, a fin de intentar responder a la pregunta de si aquellos fenómenos jurídicos que han sido objeto de preocupación en nuestro país equivalen a la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*” y en qué medida.

2.- El fenómeno de la Constitucionalización del Derecho en Chile con motivo del argumento de la “propietarización de los derechos” – Función de la Acción Constitucional de Protección.

En la literatura jurídica de los últimos diez años ha sido habitual encontrar autores Chilenos y escritos especializados que abordan, casi siempre desde la óptica del Derecho Público, aquello que se denomina el fenómeno de la “Constitucionalización del Derecho”.

Tal como lo explica el profesor Juan Carlos FERRADA, “sin duda, este fenómeno ha afectado sensiblemente a los ordenamientos jurídicos nacionales... afectando también sensiblemente a las demás disciplinas del derecho público y privado. Así, una serie de normas y conceptos clásicos del derecho civil, penal o procesal, por nombrar algunos, son puestos en tela de juicio por este nuevo derecho”¹⁵².

El fenómeno denominado de la Constitucionalización del derecho es explicado por los autores como la consecuencia de otro fenómeno, cual es asignar a la Carta Fundamental de los países una función que antes había sido reservada a la Ley, lo que parece encontrar su fundamento en un intento por encontrar un efecto real al principio de la “Supremacía Constitucional”. En efecto, “la Constitución deja de ser entonces un mero catálogo de derechos públicos sin trascendencia real y efectiva para las personas, así como una mera descripción de los órganos y funciones del poder público, para constituirse en la norma que estructura el resto del ordenamiento jurídico, sea éste de derecho público o privado”¹⁵³.

Este cambio de perspectiva, tan radical como reciente en nuestro “ethos legal”, tiene por principal elemento de comentarios a la función que la propia Carta Fundamental de 1980 otorga a la “Acción de Protección”, a tal punto que en su ausencia no estaríamos hablando del fenómeno. El argumento central para articular todas las piezas que configuran este puzzle lo constituye el argumento de la “propietarización de los derechos”¹⁵⁴, el que no será objeto de un estudio detenido en este trabajo.

¹⁵² FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “Presentación”. 2003. Santiago. Páginas 7 y 8. En: Universidad Austral de Chile. “La Constitucionalización del Derecho Chileno”. Editorial Jurídica de Chile.

¹⁵³ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. “La Constitucionalización del derecho”. 2001. En: V.V.A.A., “20 años de la Constitución chilena 1981-2001”. Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Editorial Jurídica Conosur. Página 37.

¹⁵⁴ Un trabajo particularmente lúcido al respecto es el realizado por los profesores JANA LINETZKY, Andrés y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. “Recurso de Protección y Contratos”. 1996. Editorial Jurídica de Chile. Naturalmente, los límites de este

El argumento de la “propietarización de los derechos” consiste, en general ¹⁵⁵, en una serie de constataciones en cadena para llegar a una conclusión que obedece perfectamente a una fórmula transitiva ¹⁵⁶, a saber:

El primer paso del argumento referido es constatar que la Constitución Chilena de 1980 en su artículo 19 N° 24 asegura a todas las personas la propiedad sobre toda clase de “bienes corporales e incorporales”.

Luego, en segundo lugar, se debe constatar que el artículo 565 del Código Civil señala que “los bienes consisten en cosas corporales o incorporales... Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”.

Acto seguido, en tercer lugar, se debe constatar que, por definición, el contrato es una manifestación de la autonomía de la voluntad que tiene la particularidad de ser una convención creadora de derechos y obligaciones.

Entonces, si desde el punto de vista Constitucional los sujetos somos propietarios sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, incluso aquellos que son creados por los contratos que celebramos, entonces resulta indiscutible el efecto protector de la acción constitucional frente a los incumplimientos contractuales que conllevan una amenaza, privación o perturbación de los derechos libremente creados por las partes, en mérito que el incumplimiento vulnera el derecho de propiedad que ostentamos sobre el derecho creado por el contrato del caso y, además, sobre los efectos del mismo, siendo el principal el pago.

Por todo lo anterior, si tenemos debidamente en cuenta que la Acción de Protección fue diseñada el año 1976, precisamente para que los Tribunales Ordinarios de Justicia pudieran restablecer el imperio del derecho frente a las privaciones, perturbaciones o amenazas en el legítimo ejercicio de los derechos expresamente protegidos por la propia Carta Fundamental, como el derecho de propiedad, entonces debe resultar aplicable accionar de Protección frente a los incumplimientos contractuales, los que siempre serán atentados ilegales y arbitrarios contra la propietarización del derecho creado por el contrato.

En otras palabras, a propósito de la práctica del Recurso de Protección estamos en presencia de una expansión del debate constitucional hacia materias que, desde siempre, han pertenecido al campo del derecho civil, lo que da pie a este fenómeno de la “Constitucionalización del Derecho Civil”.

La relación de toda esta argumentación con el tema del presente trabajo se encuentra en que, utilizando un lenguaje ya conocido, no cabe duda que las relaciones entre particulares quedan sujetas a la acción Constitucional de Protección, en circunstancias que toda la tradición jurídica anterior establecía que la protección constitucional era una “carta de triunfo” del súbdito frente al poder público. Ahí radica la importancia del asunto.

trabajo no abarcan el desarrollo de estos argumentos, por lo que sugiero la lectura de este trabajo. Al mismo tiempo, sugiero la lectura del trabajo de CASTELLÓN VENEGAS, Hugo y REBOLLEDO CONTRERAS, Laura. *“Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil”*. 1999. Fundación Fernando Fueyo – Editorial Jurídica Conosur. Recomiendo particularmente la lectura de las páginas 57 a 164 de este trabajo.

¹⁵⁵ Un análisis detallado y particularmente interesante sobre la propietarización de los derechos puede verse en la obra del profesor GUZMÁN BRITO, Alejandro. *“Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo”*. 1995. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

¹⁵⁶ Si “X” es mayor que “Y” e “Y” es mayor que “Z”, entonces “X” es mayor que “Z”

3.- La “cuestión procesal” en Chile, como el único argumento de aquellos que estiman que en Chile ha habido algún grado de recepción de la doctrina e la “Drittwirkung der Grundrechte”.

Sin embargo lo señalado en el título precedente, en mi opinión aquello que en Chile se denomina “Constitucionalización del Derecho” no es equivalente a la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*” alemana o española.

En efecto, salvo excepciones, en Chile no ha habido discusión acerca de la obligatoriedad de los derechos fundamentales frente a particulares o del efecto de irradiación que éstos puedan tener sobre dichas relaciones, ni menos aún del orden objetivo de valores que se configura a propósito de los derechos fundamentales. En general, la doctrina Chilena agota la discusión al constatar que la Acción de Protección consagrada por la Carta Fundamental también resulta admisible cuando ofensor y ofendido son, a un mismo tiempo, sujetos de derecho privado. Ello a pesar que el sujeto pasivo de la Acción de Protección no es el particular ofensor, sino que el Estado representado por los Tribunales Ordinarios de Justicia, toda vez que son las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema las llamadas a reestablecer el imperio del derecho.

Como paso a analizar en el presente título, en nuestro medio se suelen confundir como una y misma cosa aquello que en derecho comparado ha sido nítidamente diferenciado, y que BILBAO¹⁵⁷ explica como la dicotomía existente entre la “cuestión procesal” con la “cuestión sustancial”. A mi juicio, ahí radica el único y primer fundamento de lo que en Chile se ha dado en conocer como la “Constitucionalización del Derecho”, esto es que en nuestro medio la Constitución no ha reservado la Acción de Protección sólo a los actos u omisiones ilegales o arbitrarios cometidos por los agentes de Estado, sino que no ha distinguido. Así, haciendo uso de uno de los adagios más recurridos en nuestro medio: “donde el constituyente no ha distinguido, no resulta legítimo al intérprete distinguir”.

Ya he señalado anteriormente que la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*” nació y se ha desarrollado en sistemas jurídicos donde hay un complejo entramado de acciones y recursos destinados a hacer efectivo el principio de la “Supremacía Constitucional”. Al mismo tiempo, esos ordenamientos cuentan con una institucionalidad completa, cuyo fin es respetar y hacer respetar la supremacía constitucional.

Por lo anterior, no me parece correcto asumir que en Chile se ha acogido la doctrina de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, aunque sea en menor medida. Menos aún bajo el argumento que la principal acción constitucional de Chile, como es la Acción de Protección, no exige para su admisibilidad que la ofensa al derecho fundamental provenga de autoridad pública, sino que incluso ella puede venir de otro particular.

Lo anterior es ratificado cuando se verifica que la admisibilidad del Recurso de Protección entre particulares no es, precisamente, que los derechos fundamentales sea oponibles frente a terceros, sino que otras consideraciones diversas de aquello, que paso a destacar a continuación.

Como exponen claramente los profesores JANA y MARÍN, “... en los primeros casos en los que a la Corte le tocó pronunciarse sobre los recursos de protección relacionados con derechos contractuales por conflictos originados entre particulares, existió cierta tendencia

¹⁵⁷ BILBAO, Juan María. Obra citada [Nota 25].

a declarar inadmisibles estos recursos, doctrina que luego, en forma esporádica pero recurrente, ha sido sostenida por la Corte...”¹⁵⁸.

Luego, cabe destacar que la doctrina que las Cortes siguen hoy en día, según estos autores, es aquella en que “las protecciones han operado en todos los casos de dos modo identificables: como límites a las actuaciones de hecho de una de las partes, o en los que la solución del caso ha pasado por un pronunciamiento sobre el fondo del conflicto contractual sometido a la Corte”¹⁵⁹.

En otros términos, utilizando la nomenclatura de CASTELLÓN y REBOLLEDO, se trata de evitar la “justicia por mano propia” y de la mantención del “status quo”^{160 161}. Así, queda en evidencia que la discusión de fondo acerca de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, en los casos más documentados, se da como asumida.

Puedo afirmar que no existen fallos de protección que hayan entrado al fondo del asunto acerca de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares como regla general o como regla excepcional en determinados casos, sino que la Corte siempre se limita a buscar una suerte de “excusa superior” que haga entendible que se acoja la Acción de Protección interpuesta por un particular por motivo de una acción u omisión cometida por otro particular.

Incluso más, en un caso que considero bastante explícito en la materia, la propia Corte Suprema ha expresado de manera tajante que existiendo normas de rango legal que regulan la situación entre las partes, procede excluir el argumento constitucional como normas generales aplicables al caso concreto. En efecto, en los autos N° de Ingreso 4038-2001, seguidos ante la Excm. Corte Suprema de Justicia, se dejó constancia de lo siguiente: “... 23°) Que, finalmente, en cuanto a las demás normas estimadas infringidas, cabe expresar que ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corte [Suprema] no aceptar que se funden recursos como el de estos autos en preceptos constitucionales cuando existen disposiciones con rango de ley que permiten defender adecuadamente derechos amagados, tal como ha ocurrido en la especie...”¹⁶².

En conclusión, comparto plenamente el diagnóstico del profesor Carlos PEÑA en la materia, quien ha señalado que el sistema jurídico Chileno debe enfrentarse a que “nuestra práctica constitucional está cogida por la paradoja de ser, a un tiempo, procesalmente avanzada, pero argumentativamente arcaica”¹⁶³. Lo anterior es plenamente coincidente con la afirmación del propio profesor PEÑA quien, en conjunto con otros, ha llegado a la conclusión que más que un fenómeno de “Constitucionalización del Derecho Privado” en

¹⁵⁸ JANA LINETZKY, Andrés y otro. Obra citada [Nota 154]. Página 45 y 46.

¹⁵⁹ Ibidem. Página 47.

¹⁶⁰ CASTELLÓN, Hugo y otra. Nota 154]. Páginas 63 y 72.

¹⁶¹ Aunque no es materia de este trabajo, deseo dejar constancia que, según la Cátedra de Derecho Constitucional del profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile Sr. Pablo Ruiz-Tagle Vial, el Derecho en sí mismo es un esfuerzo por la mantención del “status quo”. Ahí radica la oposición entre “Derecho” y “Revolución”. Al respecto, pueden verse estas explicaciones en la obra del referido profesor “Revisión crítica del derecho”.

¹⁶² Excm. Corte Suprema de Justicia, Chile. Recurso de casación en el fondo. 28 de Enero de 2003. Libro de Registro de Sentencias Civiles. Causa N° de Ingreso 4038-2001.

¹⁶³ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. “Práctica constitucional y derechos fundamentales”. 1996. Corporación Nacional de Reparación y Conciliación. Página 156.

la práctica se ha configurado una “... privatización del argumento constitucional...”¹⁶⁴, toda vez que la Jurisprudencia de Protección no produce información valiosa a los ciudadanos acerca del concreto alcance y significado de las libertades y derechos de las que somos titulares los sujetos de derecho, dedicándose mas bien a resolver asuntos concretos bajo la interpretación y aplicación precisa de normas de rango constitucional.

4.- Estado del debate en torno a la Drittwirkung der Grundrechte en Chile frente a las limitaciones que le impone el sistema jurídico – institucional

Estimo que, como lo he sugerido hasta ahora, el fenómeno de la “Constitucionalización del Derecho” que conocemos en Chile no es una manifestación adaptada de lo que en Derecho Comparado, particularmente Alemania y España, se conoce como la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*”, esto es efecto de los derechos fundamentales frente a particulares, sino que un fenómeno autónomo de nuestro sistema jurídico patrio.

Luego de todo lo avanzado, creo estar en condiciones de señalar que, en lo que dice relación a nuestro país, existen una serie de limitaciones que impiden, hasta ahora, la recepción de la doctrina de la “*drittwirkung der grundrechte*”. Estas limitaciones son, básicamente, y en un concepto muy propio, de índole institucional.

En efecto, el complejo entramado de instituciones jurisdiccionales que ostentan aquellos ordenamientos en donde se ha desarrollado de manera particularmente intensa todo el debate en torno a la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares está establecido con miras a hacer efectivo el principio de la Supremacía Constitucional dentro de dichos sistemas.

Es así como, por ejemplo, la existencia de un Tribunal Constitucional con verdaderas facultades de naturaleza jurisdiccional es común en aquellos países como España y Alemania, que son precisamente los llamados a cargar con el deber de aplicar las normas de rango Constitucional en su sentido más propio y con caracteres de verdadera jurisprudencia constitucional.

Por otro lado, las reglas de control difuminado de la Constitucionalidad de las Leyes y acciones por parte de las Cortes en el sistema de derecho Anglosajón también ha provocado un extraordinario avance en la materia en países con Inglaterra y, muy especialmente, en los Estados Unidos de Norteamérica, sin perjuicio que en dichos países impera la idea que los derechos fundamentales son “cartas de triunfo” del ciudadanos frente al poder público¹⁶⁵.

5.- Conclusiones frente al trabajo emprendido, particularmente en cuanto se refiere a una eventual

¹⁶⁴ VARGAS y otros. Obra citada [Nota 80]. Ver especialmente capítulo II. Páginas 39 y siguientes.

¹⁶⁵ Sobre el particular, puede consultarse la obra de ATRIA, Fernando. Obra citada [Nota 79]. Además, la obra de DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. Obra citada [Nota 79]. Véase, también, la obra dirigida por el profesor MORRISON, Alan B. Obra citada [Nota 9].

recepción de la doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares en Chile.

Considero que extenderme más sobre las limitaciones de nuestro medio para la recepción definitiva de la doctrina de la *“drittwirkung del grundrechte”* sobrepasa largamente los límites de este trabajo, destinado a presentar en cuanto tesis de pregrado, uno de los aspectos de mayor interés de la civilística contemporánea y que, como se desprende del presente trabajo, se entrelaza fuertemente con la doctrina de los derechos fundamentales, un campo de trabajo doctrinario que hasta la fecha sólo había sido objeto de estudio de la iuspublicística comparada.

A modo de conclusión, puedo afirmar, sin temor a mayores equívocos, que la doctrina de la *“drittwirkung der grundrechte”* consiste en una posición dogmática que aboga por la eficacia de los derechos fundamentales, en cuanto reglas de orden y derecho público, como normas aplicables y esgrimibles entre particulares dentro del ámbito del tráfico jurídico privado. Entre otras consecuencias que pueden ser tomadas como corolarios de esta formulación doctrinaria, puedo señalar que conforme esta doctrina los derechos fundamentales, en cuanto normas pertenecientes por antonomasia al derecho público, no requieren de simples leyes para ser aplicables entre particulares, pudiendo ser reclamadas directa o indirectamente por todo sujeto.

Las aplicaciones y efectos de esta formulación doctrinaria son tan extensas como jurídicamente novedosas en nuestro país. Haciendo uso de sus postulados puede encontrarse diversas “llaves” que abran o cierren determinados temas que causan conflictos entre abogados y jueces.

Del mismo modo, echando mano a sus postulados pueden ofrecerse respuestas coherentes, correctas o no, a un sinnúmero de preguntas que se han planteado en los sistemas comparados. A continuación me permito simplemente formular ciertas preguntas que resultan de interés, dejando constancia de antemano que se trata de una simple y, casi azarosa, elección de cuestiones de algún jurídico actual ¹⁶⁶.

Conforme a las normas de derecho fundamental, resulta claro que el Estado está impedido de discriminar arbitrariamente en un proceso de licitación pública, pues ello atenta contra las garantías explícitas consagradas por nuestra Carta Fundamental. Ahora bien, desde la óptica de interés en este trabajo ¿podría un particular, en un proceso de licitación privada, discriminar arbitrariamente entre dos o más propuestas respecto de las restantes?.

Otro caso, ¿puede considerarse como un acto válido aquel contrato que conlleva un “mal negocio” para uno de los contratantes? ¹⁶⁷.

¿Cuál es el contenido “jurídico-normativo” de las cláusulas abiertas del derecho, como la “moral”, las “buenas costumbres” y el “orden público”?.

¹⁶⁶ Del mismo modo, puede ocurrir que varias de estas preguntas puedan tener respuestas conforme a legislaciones vigentes especiales, constatación que sobrepasa los límites de extensión de esta memoria de pregrado. Sólo me resta dejar constancia que se trata simplemente de planteamientos de exclusivo interés teórico y como manera de reflejar el ámbito de aplicación y consecuencias de la doctrina analizada en este trabajo.

¹⁶⁷ Cabe recordar el adagio jurídico-romano que señala que *“Éxpediit rei públicae ne quis re sua male utatur”* [Es de interés público que nadie haga mal uso de su patrimonio]. GAYO. “Institutas”. 1, 8, 2.

En materia de sociedades anónimas pueden encontrarse un sinnúmero de materias o problemas de interés que pueden ser objeto de estudio, y eventual solución, en base a esta doctrina.

Como puede verse, el desafío y los tópicos que pueden ser analizados desde esta óptica son de gran interés.

Por último, solo me resta esperar haber contribuido en algo al desarrollo de la ciencia jurídica y que el presente trabajo sea un pequeño aporte al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE L., Eduardo. “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”. 2003. En: “La Constitucionalización del Derecho Chileno”. 2003. Universidad Austral de Chile – Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. 2002 (Tercera reimpresión). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

ATRIA, Fernando. “Revisión judicial. El síndrome de la víctima insatisfecha”. 2000. En: Revista Estudios Públicos, N° 79 (Invierno). Páginas 347 y siguientes.

AUBERT, J. F. “Traité de droit constitutionnel suisse”. 1967. Editorial Neuchatel.

BARROS BOURIE, Enrique. “Límites a los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho”. 1999. En: Revista Derecho y Humanidades, N° 7. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

BARROS BOURIE, Enrique. “Lo público y lo privado en el derecho”. 2001. En: Revista Estudios Públicos N° 81 (Verano). Página 14.

BERLIN, Isaiah. “Cuatro ensayos sobre la libertad” (Traducción de J. Bayón). 2000. Alianza Editorial – Madrid. Página 270.

BILBAO UBILLOS, Juan María. “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. 1997. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Boletín Oficial del Estado. Madrid.

BILBAO UBILLOS, Juan María. “Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional”. 1993. En: Estudios Jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez. Páginas 123-177. Santander.

BOBBIO, Norberto. “Libertá fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica”. 1975.

BÖCKENFÖRDE, E. W. “Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema”. En: “Escritos sobre derechos fundamentales” (Traducción de J. Luis Requejo e I. Villaverde). 1993. Baden-Baden.

BÖCKENFÖRDE, E. W. “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”. En: “Escritos sobre derechos fundamentales” (Traducción de J. Luis Requejo e I. Villaverde). 1993. Baden-Baden.

CALABRESSI, Guido y MELAMED, Douglas. “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad. Un vistazo a la catedral”. 1996. En: Revista Estudios Públicos N° 63 (Invierno). Páginas 347 y siguientes.

CARRILLO, Marc. “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”. 1995. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Boletín Oficial del Estado. Madrid.

CASTELLÓN, Hugo A. y REBOLLEDO, Laura E. "Aspectos sobre la constitucionalización del derecho civil chileno". 1999. Fundación Fernando Fueyo – Editorial Jurídica Conosur.

CAZOR A., Kamel. "El fenómeno de la Constitucionalización del Derecho: cuestiones de mera legalidad, de trascendencia constitucional y derechos fundamentales". En: "La Constitucionalización del Derecho Chileno". 2003. Universidad Austral de Chile – Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

CEA EGAÑA, José Luis. "Tratado de la Constitución de 1980". 1988. Editorial Jurídica de Chile.

CLAPHAM, Andrew. "Human rights in the private sphere". 1993. Oxford Clarendon Press.

DE CABO DE LA VEGA, Antonio. "Lo público como supuesto de lo Constitucional". 1997. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G: Estudios Doctrinales N° 186. Universidad Nacional Autónoma de México – Ciudad de México.

DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. "Judicial review y justicia cautelar". 1997. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid.

DÍEZ URZÚA, Sergio. "Personas y valores". 1999. Editorial Jurídica de Chile.

DOMINGUEZ AGUILA, Ramón. 1996. "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno". En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XCIII, N° 3. Pág. 109-110.

DÜRIG, G. "Grundrechte und privatrechtsprechung". 1956. En: "Festschrift für H. Nawiasky". München. Beck.

DWORKIN, Ronald. "Ética privada e igualitarismo político" (Traducción de Antoni Domènech). 1993. Ediciones Paidós – I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.

DWORKIN, Ronald. "Los derechos en serio" (Traducción de M. Gustavino). 2002 (5ª reimpresión). Editorial Ariel – Barcelona.

ELSTER, Jon (Coordinador). "Constitucionalismo y Democracia". 1999. Editorial Fondo de Cultura Económica.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique. "Los derechos constitucionales". 1999. Editorial Jurídica de Chile.

FERRAJOLI, L. "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal". 1995. Editorial Trotta.

FROMM, Erich. "El miedo a la libertad". 1998. Ediciones sociológicas.

FUEYO LANERI, Fernando. "Instituciones de Derecho Civil Moderno". 1990. Editorial Jurídica de Chile – Santiago.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional" (3ª edición). 1994. Editorial CIVITAS.

GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. "Derchos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". 1986. Editorial Civitas – Madrid.

GÓMEZ BERNALES, Gastón (Editor). "La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma". 1999. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 41, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

GOMEZ CANOTILHO, J. J. "Direito Constitucional" (6ª edición). 1993. En: Revista Librería Almedina.

GOÑI SEIN, José Luis. "El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial". 1988. Madrid.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. "Derecho Privado Constitucional". 2001. Ediciones Universitarias de Valparaíso – Valparaíso.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. "Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo". 1995. Editorial Jurídica de Chile – Santiago.

HESSE, Konrad. "Derecho Constitucional y Derecho Privado". 1995. Editorial Civiltas. Madrid.

JANA LINETZKY, Andrés. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales". [en línea] <http://islandia.law.yale.edu/sela/sjana.pdf> [consulta: 07 de Septiembre de 2003].

JANA LINETZKY, Andrés y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. "Recurso de Protección y Contratos". 1996. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

JELLINEK, Georg. "Sistema dei dirriti publici subbietivi". 1919. Soc. Editrice Libreria. Milan.

JULIO ESTRADA, Alexei. "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares". 2000. Universidad Externado de Colombia.

KANT, Inmanuel. "La metafísica de las costumbres" (Traducción de A. Cortina y J. Conill). 1997. Editorial Altaya. Madrid.

KELSEN, Hans. "Teoría pura del derecho". 1960. Editorial EUDEBA. Buenos Aires.

KLEIN, E. "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates". 1989. "NJW".

KLIEMT, Hartmut. "Filosofía del Estado y criterios de legitimidad". 1983. Editorial Alfa.

KRÜGER. "Aus der neuere rechtsprechung der bundesarbeitsgerichts". En: "Recht der arbeit". 1954.

LATORRE, Angel. "Introducción al derecho". 1974 (6ª edición). Editorial Ariel.

LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. "Interpretación y derechos fundamentales en la empresa". 1998. Editorial Jurídica Conosur.

LOCKE, John. "Segundo tratado sobre el gobierno civil" (Traducción de C. Mellizo). 1990. Alianza Editorial . Madrid.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. "Los contratos. Parte General" (2ª edición), Tomo I. 1998. Editorial Jurídica de Chile. Páginas 180-181.

MARTÍNEZ, José Ignacio. "Los particulaes como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos". 1998. En: Revista Chilena de Derecho (Número Especial). Actas de las XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público. Uiversidad Católica de Chile. Santiago.

MERQUIOR, José Guilherme. "Liberalismo. Viejo y nuevo". 1993. Editorial Fondo de Cultura Económica.

MILL, John Stuart. "Sobre la libertad" (Traducción de P. de Azcárate). 2001. Alianza Editorial.

MILL, John Stuart. "Principios de economía política con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social". 1951. Editorial Fondo de Cultura Económica.

MORRISON, Alan B. (General Editor). "Fundamentals of American Law". 2000 (4ª reimpresión). New York University School of Law – Oxford University Press.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. "Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe". 2000. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

NIPPERDEY, H. C. "Die Würde des Menschen". En: NEUMANN, F. L.; NIPPERDEY, H. C. Y SCHEUNER, V. "Die Grundrechte. Handbuch Theorie und Praxis der Grundrechte". 1954. Berlín.

OLIET PAL, Alberto. "Liberalismo y Democracia en crisis". 1994. Centro de Estudios Constitucionales – Madrid.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. "¿Por qué necesitamos a Kant?". 1998 En: Revista Estudios Públicos N° 68 (Verano). Página 5 y siguientes.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. "Notas sobre las relaciones entre privacidad y autonomía". 2000-2001. En: Revista Derecho y Humanidades, N° 8. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Página 218.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. "Práctica constitucional y derechos fundamentales". 1996. Corporación Nacional de Reparación y Conciliación. Santiago.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. "La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno". 1996. En: "Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos". Cuadernos de Análisis Jurídico N° 6, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. "Aspectos civiles del derecho subjetivo y público de propiedad: sobre la relevancia de la Constitución para el derecho civil". 1998. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Apuntes de clases de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (1997-2000). Apuntes redactados por Rodrigo Urzúa P.

PIERANDREI, F. "I diritti subbietivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica". 1940. Torino, Memorie dell'Istituto Giuridico.

PIZARRO WILSON, Carlos. "Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la drittwirkung". 1998. En: Revista Gaceta Jurídica N° 221 (Noviembre). Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios. Página 7 y siguientes.

RAWLS, John. "Teoría de la Justicia". 2000. Editorial Fondo de Cultura Económica.

RAWLS, John. "Liberalismo Político". 2003. Editorial Fondo de Cultura Económica.

RUBIO LLORENTE, Francisco. "Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)". 1995. Editorial Ariel – Barcelona.

RAZ, Joseph. "Autonomía, tolerancia y el principio del daño". 1999. En: Revista Estudios Públicos, 76 (Primavera). Página 91 y siguientes.

SCHMITT, Karl. "Grundrechte und Grundpflichten". 1932.

SCHWABE, J. "Die sogenannte drittwirkung der Grundrechte". 1971. Munich.

SCHWABE, J. "Die sogenannte drittwirkung der Grundrechte". 1971. Munich.

SCHWABE, J. "Probleme der Grundrechtsdogmatik". 1977. Darmstadt.

TEJEDOR CAMPOMANES, César. “Historia de la filosofía en su marco cultural”. 1991. Editorial SM – Madrid.

VARGAS, Juan Enrique, PEÑA, Carlos y CORREA, Jorge. “El rol del estado y el mercado en la Justicia”. 2001. Cuadernos de Análisis Jurídico, 42. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

VELASCO LETELIER, Eugenio. “La enseñanza de los derechos humanos en la asignatura de derecho civil”. 1992. En: SQUELLA, Agustín (Coordinador). Jornadas Académicas. “La enseñanza de los derechos humanos”. 1992. Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso. Edeval – Valparaíso.

VON HAYEK, Friedrich. “La competencia como proceso de descubrimiento”. 1993. En: Revista Estudios Públicos, N° 50 (Otoño).

VON MÜNCH, Ingo. “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”. En: SALVADOR CODERCH, Pablo. (Coordinador) “Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada”. 1997. Editorial Civitas – Madrid.

WHEARE, Keneth. 1966. “Modern Constitutions”. Oxford University Press.