

UNIVERSIDAD DE CHILE

ESCUELA DE DERECHO



SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU EFICACIA

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

PABLO ENRIQUE MARSHALL BARBERÁN

Profesor Guía: Antonio Bascuñán Rodríguez

Santiago, Chile 2007



## Agradecimientos

Agradezco principalmente a mis compañeros Juan Pablo Mañalich, Guillermo Jiménez y Rocío Lorca. Agradezco también a los profesores Rodrigo Correa y Antonio Bascuñan. Agradesco por último a mi familia.

# Índice

<b>AGRADECIMIENTOS</b>	<b>3</b>
<b>ÍNDICE</b>	<b>4</b>
<b>PROLOGO</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>11</b>
<b>EL LIBERALISMO</b>	<b>11</b>
CONTRACTUALISMO	12
EL CONTRATO HECHO REALIDAD: LA CONSTITUCIÓN	12
LOS DERECHOS	12
LO PÚBLICO Y LO PRIVADO	13
EL ESTADO MORALMENTE NEUTRO	13
LIBERALISMO CONSERVADOR E IGUALITARIO	14
<b>LA CONSTITUCIÓN LIBERAL</b>	<b>14</b>
CONSTITUCIONALISMO	15
(a) Constitucionalización y codificación	16
(b) Seguridad jurídica y libertad individual	16
(c) ¿Que es una constitución?	17
(d) ¿Y las relaciones entre individuos?	17
EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN LIBERAL	18
(a) Los derechos fundamentales	18

(b) Complemento de los derechos fundamentales	18
(c) Separación de poderes	19
(d) ¿Y la democracia?	19

**CAPÍTULO PRIMERO: LA POLÍTICA CONTRA EL DERECHO: DEFENDIENDO LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES** **20**

<b>LA CRÍTICA CONSTITUCIONAL DE SCHMITT</b>	<b>22</b>
<b>UNA RECONSTRUCCIÓN DE LAS IDEAS DE SCHMITT: LA CRÍTICA DE ATRIA A LA JUDICIALIZACIÓN</b>	<b>26</b>
PRIMER ARGUMENTO: LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES	26
SEGUNDO ARGUMENTO: LA VULGARIZACIÓN DEL DERECHO Y JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA	29
<b>DEFENDIENDO LA JUDICIALIZACIÓN Y LOS DERECHOS COMO LÍMITES</b>	<b>30</b>
EL VALOR DE LOS JUICIOS	30
LOS DERECHOS COMO LÍMITES	32
(e) El carácter legitimante de los derechos.	34
(f) Dos concepciones de la política	35
¿QUIEN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN?	36
EL MARCO DE DEFERENCIA Y LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL	39
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>41</b>

**CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO VALORES** **44**

<b>EL ORDEN OBJETIVO DE VALORES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA</b>	<b>45</b>
ANTECEDENTES DEL ORDEN OBJETIVO DE VALORES	46
LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	47
<b>LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA POR LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ALEMANA</b>	<b>49</b>
ALEXY, LOS DERECHOS COMO PRINCIPIOS Y EL PRIMER DIAGNOSTICO	49
HESSE Y SUS PREVENCIONES	56
<b>CONTRA EL ORDEN OBJETIVO DE VALORES</b>	<b>57</b>
BÖCKENFÖRDE Y EL ESTADO DE DERECHO	58

(a) Función dogmática	58
(b) Función teórica–estatal	59
(c) Función teórica–constitucional	59
(d) Conclusiones de Böckenförde	60
(e) Crítica de Habermas a Böckenförde	61
HABERMAS Y EL LUGAR DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO DE DERECHO	62

**CAPITULO TERCERO: EL EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PRIMACÍA DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS JURISDICCIONALES FRENTE AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL** **67**

<b>NOCIONES GENERALES SOBRE EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES</b>	<b>68</b>
<b>PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES</b>	<b>71</b>
DERECHOS FUNDAMENTALES EN PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	72
(a) Control concentrado	73
(b) Control difuso	75
DERECHOS FUNDAMENTALES EN PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN	76
<b>TEORÍAS SOBRE LA APLICACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR ÓRGANOS JUDICIALES QUE SOLUCIONAN CONFLICTOS JURÍDICOS ENTRE PRIVADOS: TEORÍAS DEL EFECTO HORIZONTAL EN EL DERECHO COMPARADO</b>	<b>79</b>
¿QUÉ ES EL EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?	79
TEORÍA DE LA EFICACIA DIRECTA	80
TEORÍA DE LA EFICACIA INDIRECTA	82
EXCURSO: LA TESIS DE ALEXY SOBRE EL EFECTO HORIZONTAL	86
STATE ACTION EN ESTADOS UNIDOS	88
(a) El ejercicio de funciones públicas	89
(b) La complicidad estatal significativa	90
<b>EL ESPEJISMO DE LA PROCEDENCIA DEL EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CHILENO Y LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA</b>	

<b>CONSTITUCIÓN COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO ENTRE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL COMO APLICACIÓN DIRECTA Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS JURISDICCIONALES</b>	<b>94</b>
APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR TRIBUNALES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	95
(a) Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad	96
(b) Recurso de protección	97
APLICACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS TRIBUNALES DE APLICACIÓN	98
¿SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL COMO APLICACIÓN DIRECTA O SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL COMO INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN?	100
(a) La supremacía constitucional como aplicación directa	100
(b) ¿Cómo satisfacer la supremacía constitucional y el respeto de los derechos fundamentales sin afectar la distribución de competencias? Interpretación conforme a la constitución como el lugar del efecto horizontal de los derechos fundamentales en el derecho chileno	101
EXCURSO: ALDUNATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN	103
<b><u>ÍNDICE DE NOMBRES</u></b>	<b>107</b>
<b><u>BIBLIOGRAFÍA</u></b>	<b>109</b>

Si las clases inferiores del sistema jurídico  
alcanzan a palpar los senos de la Justicia,  
ha sido la jurisdicción constitucional  
quien le ha soltado el corsé.

K. Krauss



## Prologo

Los capítulos de este trabajo si bien tienen un objetivo explicativo común, están pensados para ser leídos monográficamente. La defensa de la tesis del trabajo que se desarrolla en cada capítulo tiene por finalidad responder a la objeción o cuestión planteada en él. Ésto tiene como resultado la poca sistematicidad del trabajo como un todo, pero también la flexibilidad de puntos de vista y argumentaciones, que son propios de un trabajo que no pretende exhaustividad de tratamiento, sino sólo plantear los problemas y aportar buenas razones para su solución.

En el primer capítulo se presentará el planteamiento del profesor Atria contra la judicialización de los derechos fundamentales, para luego agregar algunos argumentos que intentan controvertir las ideas planteadas por Atria. Allí se presentará una argumentación sobre derechos fundamentales profundamente defensiva, que colgando de las explicaciones de Atria, no pretenderá una argumentación constructiva. Este capítulo fue publicado en la Revista Derecho y Humanidades N° 10 (2004).

En el segundo capítulo, desde una perspectiva menos involucrada, se revisará algunos antecedentes sobre la comprensión de la jurisprudencia alemana de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores. Luego, se presentará algunas críticas que se han planteado frente a esa comprensión y se esbozará un punto de vista crítico respecto de la función de la justicia constitucional bajo los presupuestos planteados. Especialmente en cuenta será tomado el trabajo de Habermas sobre el particular.

En el tercer capítulo se revisará la cuestión de la aplicación judicial de la constitución en el derecho chileno, teniendo como criterio de análisis el derecho comparado. Revisando tanto los desarrollos dogmáticos comparados y las circunstancias institucionales bajo las cuales ellos han aparecido, se presentará una interpretación del significado posible de la noción de efecto

horizontal de los derechos fundamentales en el derecho chileno. Una versión abreviada de este tercer capítulo se presentó en el Segundo Congreso de Derecho y Teoría Constitucional, realizado en la Universidad de Chile, en agosto del 2005.

Antes que nada, se presentará una breve introducción, con algunos conceptos que pueden servir para la comprensión de las temáticas que se abordarán. Ella trata muy superficialmente sobre las bases teóricas sobre las cuales la constitución se afirma.

## Introducción

La concepción tradicional de los derechos fundamentales es una concepción liberal. El liberalismo se centra en las ideas fundamentales del contrato social y los derechos. Esos a su vez acarrearán la exigencia de la separación entre lo público y lo privado. La neutralidad del Estado liberal, como otra idea fundamental, se justifica en el pluralismo y el individualismo sobre los cuales se construye la noción de dignidad propia del liberalismo<sup>1</sup>.

El fenómeno del constitucionalismo es entendido por el liberalismo como un proceso de búsqueda de la seguridad jurídica. Éste se expresa mediante el establecimiento de una constitución que regula las relaciones en que interviene el poder público, y del establecimiento de un Código Civil (y otra legislación) en lo que a relaciones entre particulares respecta. El ideal de la seguridad se vincula al ideal de la libertad individual en el constitucionalismo liberal, relación sin la cual no podría entenderse la moderna concepción de la constitución, que se construye en torno al principio de control del poder. Este principio tiene sus manifestaciones principales en los derechos fundamentales y en la separación de poderes.

### EL LIBERALISMO

Puede caracterizarse al liberalismo por suscribir una específica concepción de la naturaleza del hombre llamada individualista. Esta concepción puede ser sintetizada en que el hombre individualmente tiene la capacidad para formar su propia concepción de cómo la vida debe ser

---

<sup>1</sup> Aquí se sigue una noción de constitución propia del liberalismo clásico anglosajón. Se excluye la comprensión del liberalismo alemán del siglo diecinueve.

vivida, de la *vida buena*, distinta a la de los demás. Así, la sociedad esta compuesta por muchos individuos separables entre sí, con distintas concepciones sobre la *vida buena*. Las ideas más asociadas a los autores liberales son la de *contrato social* y la de *derechos*.

### *Contractualismo*

La mayor parte de los autores liberales adhiere al ideal contractualista. Según éste, los hombres antes de la existencia del Estado se encuentran en una situación llamada *estado de naturaleza*. Los incentivos que tienen los hombres para organizar el Estado son suficientes para desprenderse de su ilimitada libertad, a cambio de que el Estado, que será el que tenga el monopolio de la violencia legítima, los proteja de las intromisiones en su libertad por parte de los demás hombres. No contentos con eso, los hombres exigen al Estado además, que él tampoco interfiera en su libertad. Así los hombres ven protegida su libertad frente a los demás hombres y frente al Estado, teniendo como contrapartida, (i) la obligación de limitarse a no violentar la libertad de los demás, bajo amenaza de violencia estatal y (ii) la obligación de financiar al Estado.

### *El contrato hecho realidad: la constitución*

La propuesta del modelo liberal sienta las bases de un modelo de constitución que tiende a asemejarse al contrato social hipotético. Es concebido como un conjunto de reglas constitutivas del poder del Estado, en que lo capacitan de potestades de regulación de la vida social. Junto a estas, el contrato se preocupa de regular y limitar el poder del Estado, estableciendo límites a lo lícitamente posible para el poder constituido. Esta última idea es la más característica del derecho constitucional liberal, que tiene su fundamento en los derechos, ahora *fundamentales* y el control constitucional.

### *Los derechos*

Lo anterior nos muestra la importancia de la libertad de los individuos y de la forma en que esta se institucionaliza, esto es, de sus derechos. Sean los derechos anteriores al contrato social y consustanciales a éste, ellos cobran una importancia radical tras el contrato. El Estado sólo se justifica con la existencia de derechos por parte de los, ahora, ciudadanos. La noción de derechos

tiene una importancia fundamental en la teoría liberal, en la medida que al ser derechos individuales constituyen los espacios de autonomía que el individuo requiere para la prosecución de su propia concepción de la vida buena. Así la idea de los derechos se ve entroncada por un lado, a la naturaleza libre y plural del ser humano y, por otro lado, a la naturaleza del Estado fundado en el contrato que tiene por fin la realización de esa naturaleza humana.

### *Lo público y lo privado*

Los derechos hacen necesaria la *separación entre lo público y lo privado*. La esfera privada esta organizada por las leyes del mercado en la que los individuos se coordinan. La esfera privada debe permanecer inalterada de toda intervención estatal, en la medida que intervenir en ella significaría influir ilegítimamente en la búsqueda individual de la vida buena. Sólo en la esfera pública es lícita la intervención del Estado, cuyo deber es fortalecer un medio ambiente apto para que cada individuo, de manera independiente, disfrute de su libertad y lleve a cabo sus planes. La defensa de esta segmentación se justifica en la distinción entre moralidad y eticidad, entre ética y política. El discurso ético sólo es apto para la discusión en la esfera privada, no así en la pública, en que el escepticismo del Estado debe tratar a todas las concepciones éticas imparcialmente. La política queda liberada del discurso ético, pero se ve cargada con el deber de respetar el espacio individual en que éste se desarrolla<sup>2</sup>.

### *El Estado moralmente neutro*

El Estado respetando los derechos puede llevar a cabo sus programas, que normalmente deberán incluir medidas para solucionar los problemas entre las distintas concepciones sobre la *vida buena* existentes en la sociedad plural y dependiendo del contenido igualitario inscrito en la teoría, llevar a cabo planes de distribución de recursos. La teoría liberal exige que el Estado adopte una *actitud neutral* frente a los planes de vida de los individuos en la esfera pública, y que no se entrometa en la esfera privada donde las concepciones de la *vida buena* se desarrollan individual y libremente. Esta actitud neutral deja entrever el contenido igualitario del

---

<sup>2</sup> Justificación para la distinción se encuentra en Dworkin, R: *La comunidad liberal* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1996) y más solidamente en Habermas, J: "¿En qué consiste la racionalidad de una forma de vida?" en *Escritos sobre Moralidad y Eticidad* (Buenos Aires: Paidós, 1991).

liberalismo. Todos los individuos tienen derechos, pues todos son igualmente poseedores de la capacidad de concebir una *vida buena* distinta a la de otro individuo.

### *Liberalismo conservador e igualitario*

Dentro de los autores liberales, una facción, la conservadora, sostiene que la única finalidad que debe tener el Estado es la de protección de los derechos emanados del contrato social<sup>3</sup>. Toda otra actuación positiva del Estado, es considerada ilegítima. Esta facción es criticada, por ser partidaria de la manutención del *status quo* y ser insensible ante las desigualdades materiales que ciertamente no posibilitan la prosecución de la vida buena por parte de una parte importante de los individuos. La otra facción principal del liberalismo, más progresista, sostiene que el Estado no sólo tiene que dar protección a los derechos de los individuos, esto es, al mantenimiento de la mayor libertad legítima posible, sino que también tiene la tarea de superar a través de acciones positivas la desigualdad ente los individuos que no les es imputable a los individuos mismos, sean estas naturales o sociales<sup>4</sup>. Con ello el Estado igualitario se compromete con una labor necesariamente redistributiva que tiene, eso sí, una finalidad liberal<sup>5</sup>.

## LA CONSTITUCIÓN LIBERAL

El liberalismo que se ha descrito es una concepción sobre la justicia política, esto es, una teoría que señala como deben ser organizadas las instituciones básicas de la sociedad<sup>6</sup>. Una teoría de la justicia exige, por tanto, la conformación de determinada institucionalidad. Esta exigencia repercute fundamentalmente en las instituciones jurídicas de una sociedad. La concepción liberal

---

<sup>3</sup> *vide* Nozick, R: *Anarquía, Estado y Utopía* (México: Fondo de cultura económica, 1990).

<sup>4</sup> *vide* Dworkin, R: *Ética Privada e Igualitarismo Político* (Barcelona: Paidós, 1993), p. 200; Rawls, J: *Teoría de la Justicia* (México: Fondo de cultura económica, 2000).

<sup>5</sup> Para una visión de conjunto, Gargarella, R: *Las Teorías de la Justicia después de Rawls* (Barcelona: Paidós, 1999). Para una vinculación de los terminos modernos de la justicia con los tradicionales, Wolff, J: *Filosofía Política: una Introducción* (Barcelona: Ariel, 2001).

<sup>6</sup> *vide* Rawls: *Teoría de la Justicia*, pp. 17ss.

de la justicia se manifiesta a través de la idea central de la libertad individual. La constitución es el canal mediante el cual el liberalismo logra implementar su programa<sup>7</sup>.

### *Constitucionalismo*

El constitucionalismo es una doctrina que va de la mano de la formación del derecho moderno. Los orígenes del constitucionalismo son tan discutidos, como es discutida la identidad de la primera constitución, algunos la vinculan al otorgamiento de cartas forales o de derechos medievales, otros a las declaraciones de derechos francesa y norteamericana con antecedentes en la *bill of right* inglesa, incluso hay quienes lo vinculan al derecho romano clásico<sup>8</sup>. Cualquiera que sea la tesis sobre el nacimiento del constitucionalismo que se adopte, las ideas de este pueden identificarse en el proceso de reformas institucionales llevado a cabo en la Francia posrevolucionaria, y son fundamentalmente la transición de un régimen considerado despótico, en el cual la autoridad soluciona los problemas jurídicos con completa arbitrariedad, a un régimen nuevo, en el cual las soluciones están predeterminadas y la seguridad de los individuos no queda a merced de autoridad alguna sino del propio derecho predeterminado. Puede ser conceptualizado como *reglas contra discrecionalidad*. Este anhelo de seguridad jurídica puede ser identificado en los tres escenarios presentados. Junto con ella, van de la mano anhelos de justicia, libertad e igualdad, pero que se ven canalizados en las instituciones del constitucionalismo hacia el objetivo principal de éste, que pronto transforma todo el derecho, en la búsqueda de seguridad. El constitucionalismo ocupa como principal herramienta para este fin la escrituración de los instrumentos jurídicos, por lo que se lo identifica también con un movimiento formalista.

---

<sup>7</sup> *ibid* 210.

<sup>8</sup> Para una explicación que encuentra el nacimiento en Inglaterra del siglo XVII, *vide* Pereira, A: *Teoría Constitucional* (Santiago: Conosur, 1998), pp. 41ss; y Kriele, M: *Introducción a la Teoría del Estado* (Buenos Aires: Depalma, 1980), pp. 163ss. Para una explicación que la encuentra en el otorgamiento de cartas forales, *vide* Schmitt, C: *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 2003), pp. 66ss. Para un estudio que remonta la idea de constitución hasta el derecho romano, claro que en un sentido diverso, *vide* MacIlwain, C. H: *Constitucionalismo Antiguo y Moderno* (Buenos Aires: Editorial Nova, s/a).

(a) Constitucionalización y codificación

El constitucionalismo como movimiento de reforma social, desencadena en dos fenómenos que se vinculan entre sí por la búsqueda de un ideal común: la constitucionalización y la codificación. Por constitucionalización es fácil entender, desproblematizando el concepto, el establecimiento de una constitución, con las consecuencias jurídicas y políticas que esto trae consigo, fundamentalmente estabilizar las relaciones entre los poderes del Estado y entre el Estado y los individuos. Poner límites, reglas contra discrecionalidad, en el terreno de estas relaciones. Por codificación podemos entender por otro lado la estabilización de las relaciones entre los individuos privados, principalmente mediante la escrituración de las normas jurídicas que regulan dichas relaciones, con la pretensión de que dicha regulación abarca todas las relaciones entre privados que son posibles de concebir. Estas dos manifestaciones son reacciones frente a un régimen establecido, ambas basadas en las ideas ilustradas. Se vinculan entre sí por la búsqueda de la seguridad jurídica del individuo: frente al Estado en las constituciones, frente a los demás individuos en el Código Civil. Este escisión que se lleva a cabo tras la revolución francesa acaba por determinar la comprensión del derecho moderno y la separación paradigmática entre derecho público y privado. Este bosquejo del constitucionalismo se ve complementado con una multiplicidad de factores que no pueden ser tratados aquí.

(b) Seguridad jurídica y libertad individual

La vinculación entre seguridad jurídica y libertad individual llevada a cabo por el constitucionalismo liberal si bien no es obvia tampoco es problemática. La seguridad es un objetivo del derecho, el cual es el medio que tiene la sociedad para organizarse de la manera en que se respete la naturaleza del hombre, desde la perspectiva individualista, la libertad, individualidad y pluralidad. La seguridad jurídica es el objetivo de todo derecho moderno. Sobre ese presupuesto se pretende crear la finalidad liberal del constitucionalismo, el cual no sólo pretende estabilizar conductas sino también que esas conductas satisfagan determinados estándares de justicia política. Así, el constitucionalismo y el liberalismo se entrelazan. La forma de la constitución no puede entenderse más allá de un instrumento de seguridad, sin la intervención de la teoría liberal.



(c) ¿Que es una constitución?

La constitución es la forma fundamental en que la libertad individual es protegida. Es la protección de la libertad individual frente a quien posee el monopolio de la violencia; frente a quien tiene el poder de dictar normas obligatorias; frente a quien no interactúa con los individuos en una relación de coordinación; en fin, frente a quien tiene la posibilidad de imponer su voluntad al individuo, quién no tiene el poder de resistirse. La constitución es una invención del liberalismo preocupado por la protección de los derechos de los individuos. La propuesta liberal sienta las bases de una constitución que tiende a asemejarse al contrato social hipotético. Es concebido como un conjunto de reglas constitutivas del poder del Estado que lo capacitan de potestades de regulación de la vida social. Además, se preocupa de regular y limitar dicho poder, estableciendo límites a su ejercicio lícito. El énfasis está puesto en la *limitación del poder*, en el resguardo de la autonomía individual frente al poder.

(d) ¿Y las relaciones entre individuos?

El constitucionalismo liberal centra toda su atención en la constitución, en el Estado como objeto de regulación. Esto se debe principalmente a que es el Estado el que tiene grandes posibilidades de cometer arbitrariedades, de atentar contra la propiedad y la libertad. Si bien es posible que estos atentados provengan de individuos, simplemente ello se hace más complicado. Normalmente los individuos no tienen los medios para el abuso violento. Además, se enfrentarían al Estado policial, encargado de la protección de los individuos frente a los abusos de sus semejantes. Con esto no quiere decirse que el constitucionalismo se despreocupe de las relaciones entre particulares. El establecimiento de sistemas de derecho privado, de códigos y de regulación jurídica, presenta la preocupación por establecer marcos seguros para la interacción, el intercambio y el desarrollo comercial y familiar en la sociedad. El derecho civil ilustrado es el máximo esfuerzo de estabilizar las relaciones entre particulares, develando que el contenido liberal en dicha reglamentación pretende proteger al igual que la constitución, pero esta vez frente a privados, los derechos de los individuos.

### *El contenido de la constitución liberal*

La teoría liberal tiende a mirar toda la constitución como un sistema integral de control del poder. La propuesta central de la constitución liberal es la protección de los derechos individuales contra la intervención del Estado, y es así como toda la estructura organizativa esta influenciada por esa idea. Se plantean pues las dos ideas fundamentales de la constitución liberal, por un lado la protección de los *derechos fundamentales*, por otro, el principio de la *separación de poderes* como centro de la organización del Estado moderno.

#### (a) Los derechos fundamentales

La parte central de la constitución liberal son los derechos fundamentales que son *consagrados* por ella a los individuos. Existe una correlación entre los derechos del contrato social y los derechos fundamentales, y es por eso que los derechos fundamentales son mirados como *derechos de defensa* del individuo contra el Estado, en virtud de los cuales el individuo ve protegida su esfera de libertad individual que le sirve para perseguir libremente el modelo de vida por el cual ha optado. Sin embargo, la constitución puede completar su catalogo de derechos con otros derechos, que vinculen al Estado a suministrar ciertas prestaciones que son consideradas básicas para el desarrollo del plan de vida individual, y que tienden a atenuar las inequidades sociales y naturales.

#### (b) Complemento de los derechos fundamentales

La consagración de derechos fundamentales en la constitución acarrea otra serie de instituciones vinculadas a ellos. El principal instrumento de protección de estos derechos es el *principio de legalidad* en razón del cual la afectación por parte de la autoridad de algún derecho fundamental debe cumplir con el requisito de ser establecido por una ley. A su vez, las leyes deben ser estables, regir para el futuro y tener carácter general, todas ellas, condiciones que forman parte de los presupuestos exigidos por el *imperio de la ley* como la fórmula más atractiva para la consecución de los objetivos propuestos por el constitucionalismo.

(c) Separación de poderes

Si bien el principio de la separación de poderes reviste distintas formulaciones y justificaciones, todas ellas apuntan a la limitación del poder del Estado. La separación orgánica de la que habla Montesquieu persigue diferenciar al productor del derecho y a su aplicador, para que el primero no se vea tentado a satisfacer intereses particulares mediante la producción legislativa y tampoco a violar derechos fundamentales con ese objeto. Esto se lleva a la práctica mediante sistemas de incompatibilidades y competencias privativas.

En resumen, la constitución busca controlar el poder del Estado de dos modos. Autolimitándose, con un control interno y procedimental, el cual se contiene en la separación de poderes. Y mediante el sistema de competencias negativas, en que consiste el sistema de derechos fundamentales, el cual constituye un control sustantivo.

(d) ¿Y la democracia?

La democracia para el liberalismo es el modo legítimo de producción del derecho. Si bien la democracia es vinculada al constitucionalismo y a la constitución, la relación no es más que contingente. El sistema democrático del Estado moderno se incrusta en la constitución, por ser de una importancia medular para los objetivos del liberalismo, y porque el establecimiento constitucional le asegura cierta estabilidad. Pero su establecimiento no es por las mismas razones, que el resto de la constitución. Se pretende proteger el sistema democrático de las cambiantes mayorías políticas, se lo pretende establecer como un principio insustituible del Estado moderno. Pero su razón de ser dista mucho de asegurar expectativas normativas. Pretende contribuir a la consecución de la libertad individual de otro modo. Mediante la consecución de la libertad colectiva, los individuos se aseguran la no dominación. Cuando las decisiones las toma la comunidad toda, existen menos razones para pensar que esas decisiones son atentatorias contra la libertad individual. Sobre las relaciones entre democracia y constitución volveremos en capítulo primero, sin embargo debemos señalar que el tradicional discurso de la tensión entre democracia y constitución, no habla a favor de la democracia como otro elemento constitucional, sino más bien como su enemigo.

## Capítulo primero: la política contra el derecho: defendiendo la eficacia jurídica de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, judicialmente protegidos, son parte integrante del moderno sistema constitucional. La protección judicial ha llegado a la constitución adoptando diversas formas. La revisión judicial norteamericana y el modelo kelseniano de tribunal constitucional centralizado son dos de ellas. Si bien no existe una necesidad de custodia judicial o jurisdiccional de los derechos fundamentales, y esa tarea puede ser desempeñada eventualmente por otros órganos constitucionales, la fórmula de la cautela judicial de la constitución sigue presentándose como la alternativa más atractiva. La jurisdicción constitucional es una característica distintiva de las constituciones de posguerra.

Ante tal realidad, es posible concebir, y pueden identificarse, dos actitudes a las que podría orientarse la doctrina constitucional, que se mueven en niveles discursivos distintos. La primera es una actitud acrítica hacia el fenómeno de la judicialización. Dentro de ésta, pueden identificarse dos grupos. El primero, admite una actitud ni siquiera pensable para la dogmática interpretativa, que trata, como la dogmática decimonónica respecto del legislador, de tomar la jurisprudencia constitucional como si esta fuera infalible y racional. Lamentablemente, la más de la doctrina chilena adopta esa actitud *devota*. Un segundo grupo, admite una actitud acrítica hacia la judicialización que, dentro de la dogmática interpretativa y con esbozos de dogmática teórica, pretende formular evaluaciones críticas sobre la jurisprudencia constitucional y sostener hipótesis interpretativas con pretensión de corrección independientes de la interpretación

judicial. Esta actitud *independiente*, en la doctrina nacional, puede encontrarse en los trabajos de Aldunate<sup>9</sup>.

La segunda actitud ante la judicialización, es la de crítica al sistema de control constitucional, que se mueve en otro nivel discursivo: es un trabajo de teoría del derecho y teoría constitucional. Dentro de ésta actitud *herética* hacia el dogma de la judicialización, pueden encontrarse planteamientos *moderados*, que plantean críticas a la judicialización, pero cuyo objetivo no es la desaparición de ésta, sino una moderación en sus prácticas contra-mayoritarias, puede pensarse que Correa corresponde a ese perfil<sup>10</sup>. También puede encontrarse, dentro de esta segunda actitud, planteamientos *radicales*, que sostienen la inconveniencia o ilegitimidad de tales fórmulas de control, bogando definitivamente por su supresión. Es el caso del discurso desarrollado en la doctrina nacional – únicamente, hasta donde puede verse – por Atria.

Este último planteamiento pretende renovar la comprensión que se tiene de los derechos fundamentales, advirtiendo sobre lo negativo que resulta o puede resultar este límite constitucional como algo jurídicamente justiciable. El renacer de la teoría constitucional de Schmitt posibilita el alegato fundamentado en una concepción robusta de la política y de la identidad de la comunidad, y reformulado en clave no autoritaria es una argumentación suficientemente punzante para su consideración más allá del tradicional argumento *ad hominem*. Otra posible línea argumentativa, proveniente de otra tradición, es la que sostiene que existe un conflicto entre la constitución y los derechos fundamentales y la democracia: *es insostenible que el gobierno de la mayoría presente, sea limitado por decisiones de una mayoría en las generaciones pasadas*<sup>11</sup>, es sólo una de las múltiples formulaciones que han sido presentadas y discutidas por diversos juristas y filósofos. En lo que sigue, se intentará analizar algunas

---

<sup>9</sup> *vide* Aldunate, E: "La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección" en 20 *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (1999), pp. 225-42; Aldunate, E. y J. Fuentes: "El concepto del Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto" en 18 *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (1997), pp. 195-221; *vide infra* p. 166.

<sup>10</sup> Correa, R: "Comentario de la jurisprudencia del Tribunal constitucional" en 1 *Rev D UAI* (2004), pp. 481-550.

<sup>11</sup> *vide*, en general, Elster, J. y R. Slagstad (Eds) *Constitucionalismo y Democracia* (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999); y de manera especialmente potente Dworkin, R: "Igualdad, Democracia y Constitución" en *Liberalismo, Constitución y Democracia* (Buenos Aires: La isla de la luna, 2003).

cuestiones sobre la primera de las líneas críticas señaladas, aunque no sea posible, aquí, aislarla totalmente de los alegatos pro democracia.

El núcleo de ésta concepción de los derechos fundamentales radica en que las cuestiones de derechos fundamentales forman parte de lo que *es* la política. A su vez, la política no puede estar subordinada al derecho. Los derechos, por tanto, deben dejarse al alcance de la política, deben, si no se decide definitivamente por su supresión, simplemente ocupar un espacio o rol no judicial.

Al explicar algunas ideas centrales del pensamiento de Schmitt, se podrá comprender mejor la formulación moderna de la crítica de éste al constitucionalismo liberal, y en especial a la práctica de la judicialización de los derechos fundamentales, para lo cual se seguirá una serie de trabajos de Atria. Luego, se formularán algunas objeciones a los argumentos que éste presenta, intentando una defensa de la judicialización.

## LA CRÍTICA CONSTITUCIONAL DE SCHMITT

Schmitt es – el principal – crítico del constitucionalismo liberal. Tanto así que su pensamiento pervive, acomodado eso sí, a fórmulas no vinculadas con el autoritarismo nazi del cual Schmitt, según muchos, fue asesor político y jurídico<sup>12</sup>. Las críticas formuladas por Schmitt trascienden la coyuntura política de su tiempo y se tornan vigentes de mano de concepciones democráticas, las cuales valiéndose de las ideas centrales de su pensamiento, atacan el modelo liberal de la constitución, hoy en día distinto del liberalismo al que Schmitt se refería<sup>13</sup>.

Schmitt rechaza de partida todos los supuestos normativos del liberalismo. El *situacionalismo metodológico* que subyace a su pensamiento obedece a la idea de que los

---

<sup>12</sup> Sobre la justificación de la aseveración del nazismo de Schmitt, *vide* Silva-Herzog, J: "Carl Schmitt. Jurisprudencia para la ilegalidad" en 14 *Revista de Derecho de la Universidad Austral* (2003): pp. 9-24; Kaufmann, M: *¿Derecho sin Reglas?* (Barcelona: Alfa, 1989), pp. 15-23. También Arendt, H: *Los Orígenes del Totalitarismo* (Madrid: Taurus, 2001), p. 422. Pero sin duda más concluyente es el propio Schmitt, en "El Führer defiende el derecho" en Aguilar (comp) *Carl Schmitt, Teólogo de la Política* (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001).

<sup>13</sup> Entre otros, E.W. Böckenförde y el propio Atria. No siempre las ideas de Schmitt han sido readaptadas para la comodidad de las ideas democráticas como podemos ver por ejemplo, en las ideas de Guzmán, según Cristi, en *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán. Autoridad y Libertad* (Santiago: Lom, 2000).

conceptos políticos sólo pueden ser comprendidos en la realidad concreta en la que suceden<sup>14</sup>. Es allí donde se muestra su verdadera naturaleza<sup>15</sup>. En medio de esta experimentación de los conceptos, las instituciones políticas, piensa Schmitt, sólo pueden ser evaluadas en periodos de crisis, en situaciones políticas excepcionales<sup>16</sup>. “El caso de excepción tiene una importancia particularmente decisiva, hasta el punto de revelar la esencia de las cosas”<sup>17</sup>. La elaboración teórica del liberalismo no hace más que estabilizar, mediante falsas interpretaciones, conceptos que son en verdad controvertidos y polémicos:

todos los conceptos, las expresiones y los términos políticos poseen un sentido polémico; tiene presente una conflictualidad concreta, están ligados a una situación concreta, cuya consecuencia extrema es el agrupamiento en la polaridad amigo-enemigo (que se manifiesta en la guerra y en la revolución), y devienen abstracciones vacías y desfallecientes si esta situación deja de existir<sup>18</sup>.

El escepticismo de Schmitt sobre la validez de las decisiones políticas, lo alejan tanto del liberalismo racionalista como del positivismo, esto en razón de su concepción natural y esencialmente política de la naturaleza del Estado<sup>19</sup>. Para él, el soberano del Estado tiene el poder monopólico de la toma de decisiones políticas, y esto es suficiente para afirmar la validez de sus normas. Esta concepción sobre la validez de las decisiones políticas introduce su concepción sobre la naturaleza de esa toma de decisiones, que es el resultado de una pugna<sup>20</sup>.

La toma de decisiones del Estado se basa en una pugna entre opciones, que tras la discusión y la comunicación, después del intercambio, se trasladan a la verdadera arena política,

---

<sup>14</sup> Sobre esto, críticamente, Sartori, G: *Teoría de la Democracia. El Debate Contemporáneo* (Madrid: Alianza, 1988), v.i, pp. 65-7.

<sup>15</sup> *vide* Schmitt, C: "El concepto de lo político" en Aguilar (comp) *Carl Schmitt, Teólogo de la Política* (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001), p. 184.

<sup>16</sup> *vide* Slagstad, R: "El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Max Weber" en Elster y Slagstad (comp) *Constitucionalismo y Democracia* (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999), p. 142.

<sup>17</sup> Schmitt: "El concepto de lo político", p. 184.

<sup>18</sup> *ibid* 179.

<sup>19</sup> *cfr* Schmitt: *Teoría de la Constitución*; *vide* Slagstad: "El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Max Weber", pp. 29ss, 201ss.

<sup>20</sup> *vide* Schmitt: "El concepto de lo político", pp. 181ss. Sobre el decisionismo en Schmitt, *vide* Atria, F: "Legalismo, derechos y política" en VV.AA.: *Derechos Fundamentales SELA 2001* (Buenos Aires: Del Puerto, 2003) y Kaufmann: *¿Derecho sin Reglas?*, pp. 157ss.

donde lo único que importa es la facticidad de la adopción<sup>21</sup>. No importa si ésta es fruto de un proceso de deliberación, de puesta en acuerdo de las partes en pugna en la lucha por el poder político del Estado, por el poder de la toma de decisiones, sino que las decisiones se toman, y el que las toma impone su voluntad al resto. Schmitt tiende a ver la política como una cuestión que se especifica en la imagen dicotómica de *amigos y enemigos*. Lo particular del enemigo en Schmitt es su alteridad, éste tiene una identidad diversa a la de un amigo, que se demuestra en circunstancias excepcionales, en las cuales ese enemigo puede poner en peligro el modo de existencia admitido como propio por los amigos. “[E]n el caso extremo sean posibles en él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero «descomprometido» y por eso «imparcial»<sup>22</sup>.

Esta *realidad* – la realidad de la política –, que no pretende ser más que una descripción, muestra la importancia de la comprensión apropiada de la política, en la cual, las ficciones normativas lo que hacen es ocultar tras una imagen del mundo conciliador subyacente a los consensos liberales, los efectos de la dominación y la lucha política. La despolitización que tiene como objetivo el liberalismo pretende ocultar la verdadera naturaleza del Estado y de la toma de decisiones, que no pueden ser realmente comprendidas sin la fórmula robusta de la política existencial<sup>23</sup>.

Lo señalado anteriormente, despeja el camino para la comprensión de la tesis central del *anti-constitucionalismo* de Schmitt<sup>24</sup>. Éste sostiene que la política no puede subordinarse al derecho. Esa subordinación juridificadora de toda la vida social, implica entender que la toma de decisiones políticas implica, en un determinado sentido, desterrar de ciertas áreas la pugna

---

<sup>21</sup> *vide* Slagstad: "El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Max Weber".

<sup>22</sup> Schmitt: "El concepto de lo político", p. 177. Esta es una de las observaciones que Hannah Arendt realiza al describir la naturaleza de los movimientos totalitarios. La existencia de un *enemigo* es el principal pilar de la propaganda totalitaria, en Arendt: *Los Orígenes del Totalitarismo*.

<sup>23</sup> *cfr* Schmitt: "El concepto de lo político", p. 179; *vide* Slagstad: "El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Max Weber".

<sup>24</sup> Si bien Schmitt siempre pretende ser descriptivo, la desconfianza – o más bien antipatía – hacia la noción burguesa de *Estado de derecho* es patente. *vide* Schmitt: *Teoría de la Constitución*, p. 137; y Silva-Herzog: "Carl Schmitt. Jurisprudencia para la ilegalidad".



política<sup>25</sup>. Sin embargo, el área en que paradigmáticamente amigos y enemigos enfrentan sus concepciones fuertes sobre cuestiones importantes no puede ser juridificada. No tiene sentido – porque no es posible – que lo esencialmente político, como son las cuestiones constitucionales, sea sacado de las posibilidades de la política. Eso sólo oculta el “cinismo” del constitucionalismo liberal. En estas circunstancias la política sólo cambia de lugar y se ubica allí donde el poder soberano es depositado.

Schmitt postula *la constitución* como conjunto de decisiones fundamentales tomadas por una voluntad política preexistente, que constituye una realidad que permanece inalterada tras los cambios producidos en la estructura política concreta, y diferencia la constitución de *las leyes constitucionales*, que son normas que permanecen en virtud de la constitución y pueden ser reformadas y suspenderse, pero que sin embargo, en su calidad de normas, valen en razón de la decisión que las constituye:

[I]a unidad del Reich alemán no descansa en aquellos 181 artículos y en su vigencia, sino en la existencia política del pueblo alemán. La voluntad del pueblo alemán –por tanto, una cosa existencial– funda la unidad política y jurídica, más allá de las contradicciones sistemáticas, incongruencias y oscuridades de las leyes constitucionales concretas. La Constitución de Weimar vale porque el Pueblo alemán «se la ha dado» [...]. Las razones por las cuales ciertas determinaciones legales son inscritas precisamente en una «Constitución» y no en una simple ley, dependen de consideraciones y contingencias políticas<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> *vide* Schmitt: "El concepto de lo político", p. 179. El mismo argumento *a contrario sensu* en Böckenförde, E. W: "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental" en *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993), p. 129. Distinguiendo entre leyes constitucionales actuando como compromisos y seudocompromisos, se hace referencia a una perversión constitucional del liberalismo al comprender la constitución como un eterno pseudocompromiso. *vide* Schmitt: *Teoría de la Constitución*, pp. 52ss.

<sup>26</sup> *vide* Schmitt: *Teoría de la Constitución*, p. 35.

## UNA RECONSTRUCCIÓN DE LAS IDEAS DE SCHMITT: LA CRÍTICA DE ATRIA A LA JUDICIALIZACIÓN

El manejo estratégico de las ideas de Schmitt posibilita la crítica de la judicialización de los derechos fundamentales<sup>27</sup>, tanto desde una perspectiva interna como externa. Interna, sosteniendo que los derechos no cumplen el cometido que se proponen, calificando la eficacia de la adopción: esto es, no pueden cumplirlo. Externa, sosteniendo que no es bueno que lo hagan, calificando el mérito de la adopción: no deben hacerlo. Atria sostiene que la idea de la limitación de la contingencia política, pretendida por el constitucionalismo a través de los derechos fundamentales, no puede lograrse. Es más, con el intento para lograrlo se perjudica una característica especialmente valiosa de la organización política. En tiempos de crisis, sostiene, los derechos nada pueden hacer contra la política. En tiempos de normalidad, lo que hacen los derechos es perjudicial, tanto para la política, como para el derecho.

### *Primer argumento: las circunstancias excepcionales*

En circunstancias excepcionales, como la Alemania Nazi o la dictadura militar chilena, el derecho es superado por las circunstancias. Las instituciones judiciales de protección de

---

<sup>27</sup> Debe aclararse el contexto de esta expresión. La realización del valor jurídico de los derechos fundamentales puede lograrse de dos maneras. A esta realización en general puede llamarse juridificación. Una manera es mediante procesos judiciales, o judicialización; otra, sirviendo como estándar de actuación y evaluación de los órganos públicos, o sea, juridificación sin judicialización. El argumento de Atria sostiene que el valor político es respetado sólo por esta segunda manera de juridificación. No sostiene en cambio, como podría pensarse, que toda juridificación sea nosciva. Atria debe sostener como pocos el valor de esa dimensión de la juridificación, pues él es defensor de la tesis que afirma que el razonamiento jurídico está siempre abierto a consideraciones morales. Las cuales, no obstante no siempre ni necesariamente tendrán que ser cargadas por los derechos fundamentales, tienen con éstos, una conexión sustancial y sustantiva. Sobre las aportaciones de Atria a la teoría del derecho, *vide* Atria, F: *On law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart publishing, 2002).

Dworkin parece exponer, refiriéndose al caso norteamericano de control judicial, lo que Atria defiende, de la siguiente manera: “La constitución podría haber sido interpretada como si se le diera órdenes al Congreso, al Presidente, y a los funcionarios estatales y que estos funcionarios tuvieran el deber tanto legal como moral de obedecer, pero convirtiéndolos en sus propios jueces”, en Dworkin, R: *El Imperio de la Justicia* (Barcelona: Gedisa, 1988), p. 251. En un modelo tal, la justicia constitucional sería una justicia sólo solucionadora de conflictos de competencias.

derechos fundamentales en tiempo de crisis política sucumben y no son capaces de soportar la fuerza arrolladora de la política existencial. ¿De qué sirve declarar la sujeción del poder de decisión, si cuando éste realmente puede violar derechos, simplemente lo hace y no puede ser contenido por institución jurídica alguna? En palabras de Atria:

las instituciones judiciales no sirven para evitar el terror. Y no sirven porque las instituciones judiciales no son el tipo de instituciones que puedan resistir el terror. Cuando aparece el terror, los tribunales o hacen su contribución a él (como los tribunales chilenos con los miles de recursos de amparo rechazados durante el terror y los vergonzosos discursos inaugurales de esos años), o son intervenidos<sup>28</sup>.

Este análisis, impregnado del pensamiento de Schmitt, tanto de su concepción experimental de las instituciones como de su teoría del enemigo, debe ser considerado con cuidado. Esta formulación todavía prescinde de una idea clara de qué es lo que los derechos fundamentales protegen y de cuáles son las condiciones favorables y desfavorables para el advenimiento del terror.

Atria distingue, para los fines de su planteamiento y como piedra angular de su argumentación, entre dos conceptos de derechos humanos<sup>29</sup>. Uno, sugiere que los derechos constituyen la posibilidad misma de existencia de una determinada forma de vida. Como los derechos humanos se vinculan a la propia existencia de la persona como derechos en extremo valiosos, sin cuya adscripción la forma de vida en cuestión pierde su carácter sagrado, al que Atria, siguiendo a Weil, atribuye el distingo propio de esta forma de ver tales derechos.

La idea de derechos humanos en sentido estricto define la sacralidad de cada ser humano como algo que informa nuestra forma de existencia; aquellos que las niegan [a nuestras formas de existencia] deben ser enfrentados aunque no podamos entenderlos<sup>30</sup>.

Un segundo concepto, que se atribuye al constitucionalismo liberal, entiende los derechos como, “conceptos políticos que son usados para expresar la importancia de algunos reclamos políticos”<sup>31</sup>, extrayéndolos de su contexto propio (político) y limitando la posibilidad de

---

<sup>28</sup> Atria, F: "El derecho y la contingencia de lo político" en 11 *Derecho y Humanidades* (2004).

<sup>29</sup> La utilización que aquí se hace de la expresión *derechos humanos* es extraída del trabajo de Atria, y en todo momento es intercambiable con la de derechos fundamentales.

<sup>30</sup> Atria, F: "La hora del derecho: Los 'derechos humanos' entre la política y el derecho" en 91 *Estudios Públicos* (2003), p. 73.

<sup>31</sup> *ibid* 75.

decisiones sobre cuestiones que los atañen. Esta es una remisión a la formulación estándar de los derechos fundamentales como autonomías contra la intervención estatal, esto es, los derechos como límites<sup>32</sup>.

Aceptando que el derecho y sus instituciones nada pueden hacer en circunstancias excepcionales, ¿es conveniente entonces la judicialización de los derechos fundamentales para las circunstancias normales, donde la política no adquiere tintes violentos? La respuesta de Atria es negativa por dos razones. Una se basa en la distinción entre conceptos de derechos arriba señalada y plantea que con la judicialización se confunden cosas muy importantes con cosas no tan importantes, lo que hace que cuando esas cosas realmente importantes importen, no sepamos distinguirlas. Cuando se entienden como límites, estos derechos sucumben al verse sobrepasados, como el resto de las instituciones en períodos de crisis. Una Corte no puede hacer mucho en ese momento. Cuando se entienden como derechos especialmente valiosos, se apela a la conciencia de la comunidad, buscando preparar el momento de la crisis, para que ésta no sea tan dura. Al entender los derechos como límites, desaparece la posibilidad de entender los derechos como derechos verdaderamente básicos, como derechos sagrados<sup>33</sup>. “El precio que se paga es que los derechos pierden su especial urgencia: si todas las cartas son triunfos, entonces no hay triunfos”<sup>34</sup>. Es decir, la adopción del concepto de derechos como límites, erosiona la identificación comunitaria de lo sagrado y valioso de los derechos. Y he aquí la segunda razón para rechazar la judicialización en tiempos normales. La judicialización, no es un buen instrumento para la prevención del terror. Mejores resultados daría otro tipo de herramientas comunicativas que tienen un rol publicitario más efectivo para formar la conciencia de la comunidad sobre los derechos sagrados<sup>35</sup>. La judicialización, como se dijo, puede ser perjudicial para estos derechos.

---

<sup>32</sup> *vide supra* pp. 14ss

<sup>33</sup> *vide* Atria: "Legalismo, derechos y política", p. 137.

<sup>34</sup> *ibid* 138.

<sup>35</sup> En Atria: "La hora del derecho: Los 'derechos humanos' entre la política y el derecho" se postula la idea de que soluciones políticas del tipo *Informe Rettig* contribuyen a esa tarea.

*Segundo argumento: la vulgarización del derecho y judicialización de la política*

Lo que el derecho hace, valiosamente, es sustraer de la contingencia política algunas conductas o instituciones<sup>36</sup>. El argumento hasta ahí no sostiene que la política deba ser sometida al derecho, sino simplemente, que el derecho es un límite a ésta. ¿Cuál es la importancia de entender las cosas así? La importancia radica en que para Atria los límites son puestos por la política misma, es la política la que se auto–impone límites en el propio proceso político. Los límites no son externamente configurados, pues como Schmitt, Atria piensa que la política es ilimitable<sup>37</sup>. Lo complicado sucede cuando, con la judicialización de los derechos, los límites pretenden ser, bajo el ideal liberal, impuestos externamente. Atria no ve el control judicial de constitucionalidad como una limitación contra–mayoritaria para la protección de la autonomía. La ve, tomando en cuenta que para él todo es política, como la atribución de la potestad de tomar las decisiones políticas, no a la asamblea democrática sino al tribunal constitucional. No es ahora el parlamento quien hace política y toma las decisiones, sino que es una corte.

La vulgarización, que es la otra consecuencia de la judicialización, se puede identificar con la desformalización del derecho. Cuando las decisiones judiciales razonan con elementos y conceptos esencialmente políticos y abiertos valorativamente, como son los derechos fundamentales, se tiende perder de vista los límites a las decisiones de principios que involucra un derecho plagado de reglas de uno y otro tipo. Las decisiones se vuelven consecuencialistas con el objeto de obtener soluciones adecuadas política o moralmente a los problemas planteados, dejando de lado lo característico del derecho, su formalidad, que a veces puede y debe llevar al juez a fallar contra los principios de justicia que él considera deberían inspirar la solución del problema<sup>38</sup>. Eso es lo particular del derecho, y es lo que hace que los jueces sean abogados peritos y no sabios filósofos morales. Una cosa es necesaria, la otra posible más no necesaria.

---

<sup>36</sup> *vide* Atria: "El derecho y la contingencia de lo político".

<sup>37</sup> *ibid* 117. Una comparación en este sentido entre Schmitt y Hobbes en Garay, C: "La inseguridad y el estado de naturaleza: dos casos, Hobbes y Schmitt" en 50 *Revista de Derecho Público* (1991), pp. 51-72. Para entender el concepto de constitución como forma de unidad política, *vide* Atria: "El derecho y la contingencia de lo político", pp. 29-36.

<sup>38</sup> *vide* Atria: "El derecho y la contingencia de lo político" y Correa, R: "Vulgarización por constitucionalización" en 11 *Derecho y Humanidades* (2004). Correa a señalado respecto a la vulgarización que es algo asociado a lo que Favoreu considera como *constitucionalización-transformación*. Esta, sería la influencia que la jurisprudencia constitucional en materia de derechos y libertades tiene en las distintas ramas del derecho. Correa asegura que de la mano del

## DEFENDIENDO LA JUDICIALIZACIÓN Y LOS DERECHOS COMO LÍMITES

Algunas cuestiones que se pueden considerar de manera distinta a cómo se han hecho hasta aquí, llevan a la relativización de los alcances de la objeción y a poder valorar la judicialización, también tomando en cuenta las objeciones de aquí presentadas. Primero, si bien es cierto que bajo *el terror* el control judicial nada puede hacer contra la política, aquel sí puede, eventualmente, lograr mantener el terror alejado. Segundo, hay algo muy valioso en los *derechos como límites*, algo que no puede sacrificarse para atenuar el impacto del *terror*. Esta idea es el punto central del argumento en defensa de la judicialización. Tercero, la vulgarización del derecho y la judicialización de la política son cuestiones contingentes. Si se pone acento en la evitación de estas consecuencias, puede divisarse con mayor claridad las bondades del control judicial. Este objetivo se puede lograr si se pone atención a los límites que la dogmática constitucional sería plantea al vulgarismo y a la politización.

### *El valor de los juicios*

Ante el primer argumento de Atria debe asentirse. En verdad, el terror es incontrarrestable para cualquier institución jurídica. ¿Pero es ésta, una razón suficiente para creer que la inexistencia de control judicial sea deseable? La formación de un concepto extremadamente fuerte de los

---

este fenómeno, del impacto de la jurisprudencia constitucional en las distintas ramas del derecho, ha venido un proceso de búsqueda de justicia, o de la efectividad económica que despreciando las formas de lo jurídico, atienden casi exclusivamente a las consecuencias: “la argumentación jurídica tiende a hacerse menos institucional y por tanto más abierta a consideraciones generales”<sup>38</sup>. Esto es lo él denomina *vulgarización*. Radica la causa del problema de la nocividad de nuestra constitucionalización en el déficit argumentativo jurisprudencial, el que “en una tradición jurídica sin doctrina de precedentes vinculantes” es responsabilidad de la dogmática científica. Razones para que la vulgarización como desformalización sea inaceptable, Correa encuentra en la dificultad adicional que propone la interpretación constitucional, puesto que esta está más abierta a argumentos morales, que la hacen inevitablemente menos institucional, lo que lleva a que la desinstitucionalización de un espacio de argumentación ya desinstitucionalizado termina en las incoherencias jurisprudenciales, y en la imposibilidad de un “examen público de argumentos constitucionales, tanto doctrinarios como jurisprudenciales”. Correa explica que “[h]ay también razones institucionales que explican la fuerza del vulgarismo por constitucionalización. [...] [L]a falta de una doctrina de precedentes, [...] la existencia de dos tribunales constitucionales, con relaciones funcionales prácticamente inexistentes [...] y errores de diseño en el recurso de protección, particularmente en lo que respecta a su procedencia indiscriminada en contra de privados”.

derechos necesita de una permanente promoción, y una toma de conciencia de su importancia para la comunidad. Se puede sostener que existe algo en las instancias judiciales que contribuye a que el terror no se desarrolle.

Como el propio Atria señala, citando a Nino, los juicios – como procesos jurisdiccionales – tienen un valor político, en la medida que éstos pueden contribuir a la toma de conciencia de la importancia de los derechos fundamentales:

Los juicios promueven la deliberación pública de una manera única. La deliberación pública contrarresta las tendencias autoritarias que condujeron, continúan conduciendo, a un debilitamiento del sistema democrático y las violaciones masivas de los derechos humanos [...]. La exhibición de la verdad a través de juicios alimenta la discusión pública y genera una conciencia colectiva y un proceso de autoanálisis<sup>39</sup>.

La observación siguiente de Atria objeta que esta contribución siempre se concrete. Particularmente depende de las circunstancias de cada país, de cada sociedad, de cada cultura jurídica, y por sobre todo, de la calidad de los procesos judiciales. Pero eso nada dice en contra del argumento. Los procesos judiciales por lo menos no son necesariamente contrarios a la valoración de lo importante que son los derechos fundamentales, como derechos sagrados. Si bien la conexión que se intenta hacer entre la judicialización y la pérdida de sentido de los derechos fundamentales tiene un sustento empírico en la realidad nacional chilena, que la jurisprudencia constitucional no se cansa de recordar<sup>40</sup>, nada obsta a considerar el argumento como falaz, si su pretensión es categórica. Si bien debe reconocerse que el argumento de Nino es contingente, pues nada hay *per se* que juegue a favor de los derechos, el argumento contra la judicialización también es débil, pues nada hay *per se* en los juicios que juegue en contra de los derechos fundamentales como derecho sagrados.

Existe sin duda una mejor y más importante razón para justificar el valor de los juicios constitucionales y descartar el argumento de Atria. Este es el verdadero terreno de desacuerdo entre una posición que quiere entregar todo a la política y una posición de defensa de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales.

---

<sup>39</sup> Atria: "La hora del derecho: Los 'derechos humanos' entre la política y el derecho", p. 73; *cfr* Nino, C. S: "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad" en *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

<sup>40</sup> Tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema como en la del Tribunal Constitucional pueden encontrarse numerosos ejemplos de fallos "desafortunados".

### *Los derechos como límites*

Las consideraciones precedentes no impiden defender la comprensión de los derechos no-sagrados, los que generalmente consideramos límites, como algo importante. Lo que se precisan es que éstos sean ser encargados a los órganos políticos de conformación democrática. La cuestión de la judicialización radica en la pregunta sobre quién debe ser en última instancia el defensor de la constitución. Se han dado buenas razones para sostener que deben ser los tribunales constitucionales, estas razones son las mismas que defienden los derechos como límites.

Si bien es cierto que los órganos de conformación democrática están en una muy buena posición para determinar las cuestiones que a derechos se refieren, el valor del cometido de esos órganos depende de su adecuación a las reglas democráticas. El que las asambleas y parlamentos tomen todas sus decisiones por mayorías, es un dato que podría preocupar, teniendo a la vista dos circunstancias. En primer lugar, cuando siguiendo el procedimiento democrático se decide afectar los derechos de participación política de manera de perjudicar las reglas democráticas. Este es el caso en que la democracia pierde su valor, volcándose menos democrática y aquel es un buen momento para que el tribunal constitucional intervenga y los derechos cobren eficacia jurisdiccional. Un caso extremo podría implicar la privación del derecho a voto a los no-propietarios por ejemplo. Una forma menos drástica, igualmente nociva y mucho más común implica la censura a ciertas formas de expresión o manifestación política. Si no hay derechos para las minorías, no existe para éstas posibilidad alguna de convertirse en mayoría y acceder al poder. Los derechos de opinión y expresión, de libertad de conciencia, de reunión y asociación, son desde esta perspectiva, fundamento directo de la democracia, y la decisión mayoritaria de afectarlos hace a la democracia menos democrática<sup>41</sup>.

Una segunda circunstancia se vuelve gráfica cuando en períodos de normalidad – y esta hipótesis es mucho más normal que la anterior – la mayoría decide afectar derechos de minorías que no tienen posibilidades de ser representadas en el debate democrático<sup>42</sup>. Es de nuevo un buen momento para que el tribunal actúe. En este caso podría sostenerse el valor publicitario del juicio

---

<sup>41</sup> *vide* Ely, J. H: *Democracia y Desconfianza* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997), pp. 99ss; y Ferreres, V: *Justicia Constitucional y Democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), pp. 268ss.

<sup>42</sup> *vide* Ferreres: *Justicia Constitucional y Democracia*, pp. 242ss.



constitucional. En la medida que el juicio constitucional posibilite la consideración de elementos excluidos del proceso de deliberación parlamentario, éste tiene una ventaja deliberativa, la cual lo hace deseable desde el punto de vista democrático<sup>43</sup>. Los órganos judiciales están mejor acondicionados institucionalmente para ello, pero es necesario que se concienticen del valor de la democracia y del papel que ellos juegan en ésta, teniendo una consideración con la dignidad democrática de la ley como decisión mayoritaria<sup>44</sup>. Es por lo anterior que su intervención sólo estará justificada en circunstancias calificadas. Esto puede referirse a la idea de los derechos como bienes-súper-importantes, derechos sagrados, los cuales son cautelados en circunstancias normales, de las decisiones a veces existencialmente excluyentes de las mayorías políticas<sup>45</sup>.

Tiene sentido pues, la posibilidad de reconsideración de la noción dicotómica sobre derechos fundamentales. Los derechos fundamentales no son cualquier cosa política importante del tipo restitución de inmueble en contrato de arrendamiento, pero tampoco son sólo las cosas súper-importantes del tipo no exterminio de las personas por razones raciales o ideológicas. Para encontrar una tercera alternativa exigida por las razones de autonomía ya planteadas en contra de los derechos como derechos sagrados, hace falta un *test* de razonabilidad para la noción de derechos como límites. Los derechos fundamentales tienen su fundamento en la autonomía de los ciudadanos. La limitación de la autonomía en su faz individual o colectiva cuenta como una afectación de derechos fundamentales, sin embargo no toda limitación de derechos fundamentales es ilegítima, y he aquí donde la idea de derechos como límites queda reivindicada: es posible, en algún sentido, entender la limitación de los derechos fundamentales como una cuestión sujeta a estándares basados en argumentaciones en torno a la legitimidad de las medidas de afectación. Aquí no puede más que sugerirse la idea de que los estándares de evaluación de legitimidad de limitación de derechos fundamentales como una cuestión racional,

---

<sup>43</sup> *ibid* 164ss. Debe advertirse que la noción que aquí se maneja de democracia no es una que se remite al simple seguimiento de la regla de mayoría, sino que incorpora otros elementos legitimatorios, aunque no necesariamente sustantivos.

<sup>44</sup> *ibid* 141ss.

<sup>45</sup> La importancia de esto se puede ver en casos paradigmáticos, por ejemplo, *Brown v. Board of Education* [349 U.S. 294, 1955]. No se duda de que Atria coincida con la corrección de la decisión de Brown, tanto desde un punto de vista moral como desde un punto de vista jurídico – también, obviamente, desde un punto de vista político –, lo que él no justifica, es la naturaleza (judicial) de su decisión.

se relacionan con la labor de la dogmática jurídica como tradición. El equilibrio entre política democrática y derechos fundamentales en su sentido de límite es por tanto posible y necesario<sup>46</sup>.

(e) El carácter legitimante de los derechos.

Hay un muy importante argumento adicional a favor de la judicialización de los derechos, que se vincula al anterior, o más bien es presupuesto de él. Es el de su carácter legitimante, tanto para la política como para el derecho. ¿Es factible pensar que los ciudadanos consentirían (no necesariamente en términos contractualistas) en la dominación política del Estado, esto es, se embarcarían en la empresa del gobierno colectivo, si no se garantizara en esa empresa la consideración de sus intereses autónomos? Todo hace pensar que el principio de la igual consideración de las personas, implica el deber de delimitar un espacio de autonomía, que el derecho ha pretendido asegurar mediante el expediente de los derechos. La prosecución de los fines individuales no debe quedar al arbitrio de la suma de las voluntades individuales, cuando no están aseguradas las condiciones mínimas de aceptabilidad racional de las decisiones colectivas. Ese aseguramiento se logra en clave de derechos fundamentales. Porque no tenemos una democracia perfecta de acuerdos, son aún más necesarios los derechos como salvaguardas de libertad individual. Es importante que los derechos limiten las decisiones de la mayoría democrática, pues puede suceder que ésta se vuelva pura coacción política de grupos representados. El resguardo de los derechos posibilita las circunstancias comunicativas que hacen de la política democrática una instancia de decisión participativa legitimada procedimentalmente<sup>47</sup>.

Esta versión del carácter legitimante de los derechos podrá parecer, a los ojos de un atento lector de Atria, ingenua. Existe sin embargo, una versión menos presuntuosa, más modesta, e incuestionablemente intuitiva. Los *derechos como límites*, forman parte de lo que podría llamarse, la identidad de la comunidad. Despojar a la comunidad política de dichos

---

<sup>46</sup> El desarrollo jurisprudencial alemán y norteamericano, proveen de ejemplos para ilustrar esta cuestión. El principio de proporcionalidad en Alemania y los estándares de escrutinio en Estados Unidos, junto al desarrollo en ambos países de desarrollos judiciales de deferencia judicial hacia las instituciones políticas (*judicial self-restraint*), satisfacen las exigencias del discurso dogmático constitucional como discurso especializado y de la deferencia democrática necesaria. Esto último es algo fuertemente discutido. Sobre esto, *vide infra* pp. 58ss, 81ss y 92ss.

<sup>47</sup> *vide* Habermas, J: *Facticidad y Validez* (Madrid: Trotta, 2001).

derechos, no sólo sería una medida impopular, sino atentaría contra un sentimiento de pertenencia a una comunidad que aspira, fundamentadamente a ser una comunidad política en la cual los *derechos como límites* sirvan para asegurar la autonomía individual en la búsqueda de la realización del propio plan de vida y la participación política de manera igualitaria en el gobierno de la comunidad. Los derechos son desde una perspectiva comunitaria, parte integrante de la identidad de los integrantes de una comunidad política. Luego puede discutirse cuáles derechos o bajo qué circunstancias, primero debe afirmarse la existencia de los derechos, pues ellos son los que afirman el sentimiento de pertenencia a una *comunidad justa*. Aquí es donde se rescata el rol de “coordinar a los hombres al interior de la comunidad política” que sitúa a los derechos fundamentales como límites *dentro* de dicha entidad<sup>48</sup>.

(f) Dos concepciones de la política

La concepción de la política democrática que aquí se intenta rescatar apunta al valor de la deliberación y del consenso contra la que Schmitt dirige sus críticas. Es importante remarcar que los *derechos como límites* tienen como enemigo a la política maquiavélica de la que los seguidores de Schmitt no pueden (o no quieren) desmarcarse. ¿Es acaso a esa política a la que se pretende entregar la decisión de las cuestiones importantes? Esa concepción robusta y confrontacional no es el objeto de la dignidad democrática que el juez constitucional debe considerar, sino la que debe controlar. Ésa concepción de la política es a la que los derechos pretenden limitar. No se pretende señalar que la política deliberativa sea la forma correcta de entender la política, sino que es un ideal para la consecución de decisiones legítimas. En este sentido, la política democrática deliberativa es un sustituto imperfecto de la protección de los derechos, por cuanto hace todavía necesario la cautela de sus presupuestos. Por otro lado, la política de Schmitt es justamente una política no participativa<sup>49</sup>. En ese escenario, se hace más necesario el control que, en cuanto hipótesis de legitimación sustantiva, impide la posible autonomización de la producción parlamentaria (cómo caso típico) respecto a la sociedad y a la opinión pública, por ser éste un nuevo espacio para la deliberación.

---

<sup>48</sup> Smend citado en Häberle, P: *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional* (Granada: Comares, 2003), pp. 50s.

<sup>49</sup> *vide* Habermas: *Facticidad y Validez*, pp. 253ss; *cfr* Schmitt: *Teoría de la Constitución*, p. 205.

Sin duda, estos argumentos no constituyen todavía defensa suficiente de la judicialización. Si bien se ha dado razones para considerar a los *derechos como límites* como algo digno de ser protegido, todavía no se ha dado razones suficientes y relevantes para sostener que los jueces sean los personajes adecuados para llevar a cabo esa labor.

*¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*

Ante esta defensa de la eficacia jurídica de los derechos como límites, desde la perspectiva de Atria se replicaría probablemente que si bien no está en desacuerdo con ella, no sería conveniente ni legítimo entregarle la protección de los derechos a un tribunal constitucional: judicializarlos. ¿Por qué no dejar que los mismos órganos democráticos sean los que protejan los derechos? Esta objeción implica, como se ha venido diciendo, dos consideraciones: una sobre legitimidad y otra sobre conveniencia. La primera sostiene que en democracia la política se debe hacer por los medios más democráticos posibles. Estos medios no siempre coinciden con la actuación ilimitada de los órganos mayoritarios. También se ha sostenido que los derechos son presupuestos de la democracia y no deben quedar entregados, por lo menos en alguna medida, a la política. La segunda consideración sostiene que no es conveniente que el tribunal decida pues, como ya se señaló, los efectos son vulgarización y politización.

En lo que sigue se sostendrá la idea de que lo que hacen los tribunales constitucionales no necesariamente es política, en el sentido de los parlamentos y que tampoco tiene necesariamente los efectos perversos vulgarizadores que se les atribuye.

Atria – como Schmitt – sostiene que los jueces no pueden resolver conflictos constitucionales de manera imparcial, pues los derechos fundamentales son conceptos que necesitan de concepciones para resultar operativos en contextos de aplicación<sup>50</sup>. Esta imposibilidad no está dada primordialmente por la vaguedad o ambigüedad del lenguaje en que son formulados los derechos, sino con el carácter de controvertidos que tiene los conceptos con que se enuncian los derechos<sup>51</sup>. Entonces los jueces proceden parcialmente, con sus propias

---

<sup>50</sup> Sobre la distinción entre concepto y concepción, *vide* Rawls: *Teoría de la Justicia*, p. 109. También en Dworkin: *El Imperio de la Justicia*, pp. 60-2. Sobre la distinción entre contexto de fundamentación y contexto de aplicación, *vide* Habermas: *Facticidad y Validez*, pp. 334s. También, Atria, F: "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo" en *12 Revista de Derecho de la Universidad Austral* (2001), pp. 145ss.

<sup>51</sup> *vide* Waldron citado en Ferreres: *Justicia Constitucional y Democracia*, p. 242.

concepciones de lo que los derechos fundamentales son<sup>52</sup>. Esto es cierto si se ponen las cosas de esa manera. Pero lo que los jueces constitucionales deben hacer en una democracia no es imponer su propia concepción de los derechos fundamentales al parlamento, como Atria sostiene, sino juzgar la exclusión de una determinada concepción del concepto del derecho fundamental ¿Pueden los jueces constitucionales hacer esto?

Una respuesta intuitivamente democrática señalará que sólo cuando la concepción del legislador se encuentre fuera del concepto de derecho fundamental, el juez podrá legítimamente invalidar la decisión del primero. En muchos de los casos más relevantes sobre control constitucional, los jueces constitucionales actúan como jueces, pero jueces con una labor cualitativamente distinta. El parlamento tiene una prioridad interpretativa sobre el concepto de derecho fundamental, dentro de un margen razonable. La labor del juez constitucional es constatar lo razonable de la propuesta del legislador, no es imponer su propia propuesta. El ejemplo que Atria plantea del sistema de salud que contradice el derecho a la igualdad, es útil para ilustrar este argumento. En ninguno de los casos que propone – sistema público gratuito y obligatorio o un sistema privado – el juez debería controvertir la constitucionalidad de la ley de salud, pero si debería hacerlo en el caso de, por ejemplo, un seguro obligatorio que dé todas las prestaciones a hombres y sólo la mitad a las mujeres. Este sería un caso en que el derecho de igualdad de las mujeres estaría abiertamente violado. Es una propuesta irrazonable ante los derechos fundamentales. El juez no debe juzgar el mérito de la decisión, sino su concordancia con el sistema de derechos que, puede estarse de acuerdo, provee sólo de conceptos<sup>53</sup>.

Este argumento da paso a un razonamiento más consistente. Existen razones procedimentales restrictivas de la deliberación en el contexto del tribunal constitucional, que lo

---

<sup>52</sup> *vide* Atria: "El derecho y la contingencia de lo político".

<sup>53</sup> La afirmación de Kelsen sobre el rol puramente negativo de un tribunal constitucional cobra importancia. En la medida que el tribunal se limite a rechazar por inconstitucionales las normas propuestas por el parlamento, no invade la esfera propia del legislador. No afirma su concepción frente a la del legislador, sino se limita a afirmar la incompatibilidad de la medida legislativa con el sistema de derechos. No así, cuando el tribunal constitucional se arroga la potestad de crear normas, o de señalar al legislador cómo estas deben ser. *vide* Kelsen, H: *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* (Madrid: Tecnos, 1935) y Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 335. También sobre la justificación del control judicial de la legislación, y en especial del control de la legislación penal, *vide* Mañalich, J. P: "La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?" en 111 *Derecho y Humanidades* (2004).

distinguen de un parlamento. En un tribunal los jueces no crean derecho sino que lo aplican. Pero para que haga sentido esa distinción se necesita un desarrollo argumental más sofisticado relacionado con el importante rol de la dogmática constitucional.

La dogmática constitucional como disciplina y como tradición con arraigo institucional lleva a cabo dos labores funcionales a la defensa de la judicialización. En primer lugar, posibilita la determinación reflexiva de los estándares de legitimidad de afectación de derechos fundamentales, labor necesaria para la consolidación de éstos como componentes activos del sistema jurídico, posibilitando paralelamente la inyección de legitimidad y el no desvanecimiento de la seguridad jurídica. En segundo lugar, la dogmática constitucional posibilita también el control jurídico de la actividad política, en la medida que restringe, mediante la sofisticación de las posibilidades discursivas dentro del contexto institucional en que se desarrolla y con la afinación teórica de los fines que le son propios, las posibilidades de decisiones arbitrarias, de falta de coherencia y de intervenciones irrazonables, por parte del órgano de control constitucional (función anti-vulgarista). Pero por sobre todo, y al mismo tiempo, posibilita, en la medida que se inserta en un tejido denso de argumentaciones sofisticadas distintas de la argumentación política propia de la discusión parlamentaria, el rescate de la limitación de la política por el derecho. Éste es un control con aspiraciones moderadas, si se inserta dentro de un contexto como el que se ha intentado plantear. Lo que constituye el mejor argumento en favor de la judicialización, es en definitivas cuentas el carácter experto de su discurso. Esa experiencia, la experiencia del jurista y el juez, que posibilitan un conocimiento distinto de la constitución y de la ley, no puede ser sustituida en la esfera de la política parlamentaria. Es el carácter tecnificado del discurso jurídico el que posibilita el objetivo universal de las comunidades políticas, de poner límite al poder.

Resumiendo, lo que se pretende sostener en definitiva es la especial condición de las cortes constitucionales para juzgar cuestiones sobre derechos fundamentales. Esta afirmación se sostiene en dos ideas, una negativa y otra positiva. La negativa afirma que los tribunales constitucionales pueden ser catalogados como órganos al servicio de la democracia. La tradicional crítica democrática hacia los tribunales constitucionales se basa en una ingenua visión de la democracia como sistema ideal, asimilándola a la democracia representativa como sistema real; la disociación entre representantes y representados constituye el principal escollo para tal afirmación. Como se ha sostenido, la democracia necesita de los derechos para su existencia y desarrollo, los derechos son su presupuesto. Es por eso, y porque la democracia no

sólo es participación sino también discusión, que no puede utilizarse la objeción democrática sin más como un argumento auto explicativo contra la judicialización. El parlamento sin dudas es un órgano más representativo que el tribunal, pero no es la encarnación de la democracia<sup>54</sup>.

Por otro lado, la idea positiva gira en torno a lo ya sostenido respecto al carácter especial del discurso jurídico. El trabajo que realiza el tribunal constitucional supone la utilización de herramientas de las que, ni el aparato parlamentario ni los ciudadanos comunes están premunidos, estas son las herramientas que entrega el discurso jurídico como discurso especializado. Si bien los derechos son *para* los ciudadanos, no son *por* los ciudadanos. He aquí el carácter aristocrático de la judicialización: para la adecuada cautela de los derechos fundamentales, es necesario un discurso profesional especializado y sofisticado, utilizado por una comunidad de expertos. Son sólo estos iniciados en la disciplina jurídica los que pueden cumplir la labor de jueces constitucionales, estos no pueden ser remplazados por la labor del órgano parlamentario, por la sencilla razón de que el significado de la constitución y la aplicación de los derechos como límites requiere la utilización de la dogmática jurídica<sup>55</sup>. El parlamento no puede cumplir esa labor.

### *El marco de deferencia y la práctica constitucional*

A pesar de aceptar estos tres argumentos, se podría razonablemente seguir pensando que Atria tiene razón para afirmar que no tiene sentido entregar la potestad de controlar a las autoridades democráticas a un órgano judicial. Ello porque las decisiones políticas, en la práctica, sólo construyen dos categorías y no tres como aquí se ha querido plantear. La primera categoría está integrada por las decisiones tomadas cuando el terror reina. Nada puede hacerse, y da lo mismo

---

<sup>54</sup> *vide* Schneider, H. P: "El régimen parlamentario" en Benda, Maihofer, *et al: Manual de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 1996), pp. 368ss; Rousseau, D: *La Justicia Constitucional en Europa* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), pp. 26ss; y Gargarella, R: "Representación plena, deliberación e imparcialidad" en Elster: *La Democracia Deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 2001). Dworkin hace una síntesis de sus críticas contra la visión mayoritarista de la democracia contraponiéndola con la democracia constitucional en "La lectura moral y la premisa mayoritaria" en Koh y Slye (comp) *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos* (Barcelona: Gedisa, 2004).

<sup>55</sup> *vide* Correa: "Vulgarización por constitucionalización"; Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 339; y Ferreres, V: "La eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares" en VV.AA.: *Derechos Fundamentales SELA 2001* (Buenos Aires: Del Puerto, 2001), p. 50.

todas las otras variables cuando nos encontramos con el terror. Esta es una categoría que no es problemática. Las decisiones políticas que son tomadas en tiempos de normalidad es la categoría relevante para estos efectos. Se ha sostenido aquí, que estas decisiones pueden ser contrarias a los derechos como límites, y que es importante que esos límites sean protegidos. También se ha sostenido que las cortes constitucionales deben restringir su actuación a supuestos determinados, vinculados a la participación y representación en la política democrática, por razones de legitimidad. Por tanto, en tiempos de normalidad existen decisiones contrarias a los derechos fundamentales y decisiones que no lo son. Cuáles de esas decisiones pertenezcan a cada categoría dependerá del margen de deferencia legislativa en relación al alcance de los derechos como límites. Si se propone derechos como límites sumamente debilitados, como aquí se ha hecho, es posible pensar que todas las decisiones políticas en tiempos de normalidad caen dentro del margen de deferencia democrática, y que por lo tanto, o estamos en tiempos de terror, o la democracia siempre es más fuerte que los derechos como límites. En esta situación, de nada sirve tener control judicial; es más, empeora las cosas con el vulgarismo imperante y es mejor optar por eliminar una potestad tal.

Esta forma de entender las cosas está en una encrucijada y tiene que aceptar por lo menos una de dos ideas que parecen erróneas. Primero, una noción de terror que abarca situaciones más bien normales. Puede plantearse que en Estados Unidos antes de *Brown* reinaba el terror. Esa noción tan amplia de terror es contraintuitiva. Parece más apropiado entender los Estados Unidos antes de *Brown* como un período normal donde los derechos de los ciudadanos de raza negra eran ferozmente violados. Así también, puede pensarse que todo el período de la dictadura militar es un régimen de terror, lo que parece de nuevo, contraintuitivo. Segundo, que en la práctica, bajo los supuestos defendidos aquí, todos los casos caen dentro de la deferencia democrática. El problema del ejemplo puesto más arriba, que trataba de la discriminación sexual en los planes de salud, no es que no caiga dentro de la deferencia democrática, sino que simplemente no sucede. Es necesario entonces un caso más normal aún. En esta tarea se hace especialmente importante mirar más allá de la mera decisión política. Se hace importante mirar las razones de tales decisiones. Una norma que no incluya a los infectados de VIH en el plan de salud estatal, por razones de presupuesto, en razón del alto costo de oportunidad de su tratamiento, puede pensarse que cabe dentro del margen de deferencia democrática. Si las razones de la exclusión, por el contrario, se vinculan a un reproche de tipo moral, en razón de la connotación sexual de la enfermedad, debe pensarse que es contraria a los derechos



fundamentales. Este es un caso que puede pasar, y que tiende a pasar. Y aquí es importante recalcar que

[l]a Constitución, en nuestras condiciones de pluralismo social y cultural, tampoco puede entenderse como un orden jurídico global de tipo concreto que impusiese a priori a la sociedad una determinada forma de vida. Antes la Constitución fija los procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho a autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida<sup>56</sup>.

Y que por lo tanto, debe tenerse presente que “[l]o que en cada caso es lo mejor para nosotros no coincide *eo ipso* con lo que es bueno para todos por igual”<sup>57</sup>.

## CONCLUSIONES

Se ha examinado la teoría de los derechos de Atria<sup>58</sup>, considerándose que dos de sus conclusiones son a los menos discutibles. La importancia de la idea de los derechos como límites y la plausibilidad de que el tribunal constitucional pueda proteger los derechos fundamentales constituyen la conclusión de tal examen.

La primera idea tiene sustento en la idea de que los derechos fundamentales son presupuesto de la democracia. No es una afirmación necesariamente liberal, sino que corresponde también a una justificación republicana de los derechos.

La segunda idea es más compleja y señala que una dogmática constitucional seria es una herramienta que posibilita la determinación de estándares racionales en virtud de los cuales se pueda juzgar la constitucionalidad de las leyes, teniendo una deferencia hacia la decisión legislativa por ser una decisión representativa. Una dogmática constitucional de ese tipo, estructurada como tradición, provee una solución que *no es vulgarista ni esencialmente politizada*.

---

<sup>56</sup> Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 336.

<sup>57</sup> *ibid* 334.

<sup>58</sup> La expresión *teoría de los derechos de Atria* podría provocar algunos anticuerpos dada la tradicional identificación entre derechos y judicialización, y la radical oposición de Atria a esta última institución. No obstante, sin duda a los trabajos de Atria subyace una *teoría de los derechos*, ello queda de manifiesto en Atria, F: "¿Existen derechos sociales?" en Michelon (comp) *Los Derechos Sociales* (Córdoba: Ed. Universidad Nacional del Sur, 2005), pp. 15-60.

Sin embargo debe hacerse algunas prevenciones. La crítica de Atria tiene mucho asidero en la práctica constitucional chilena. La práctica del control judicial de constitucionalidad en Chile, ya sea por vía de control preventivo en el Tribunal Constitucional, o mediante la aplicación judicial de la constitución, especialmente en las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (arts. [80] *vis-à-vis* 93 CPol) y protección (art. 21 CPol), no forma parte de una tradición dogmática que satisfaga las exigencias legitimatorias que más arriba se han planteado<sup>59</sup>. Si bien es cierto que esas exigencias son de un tipo ideal, y que admiten sólo cumplimientos graduales, la justicia constitucional chilena no satisface los estándares mínimos. Si bien este diagnóstico plantea un nuevo desafío, este es, determinar cuál es el estándar mínimo de satisfacción de deferencia legislativa y coherencia y seriedad dogmática – o sea, determinar cuando las decisiones de control serán legítimas –, no se puede eludir el problema del diseño institucional como un dato que habla a favor de una respuesta negativa a la siguiente pregunta: ¿Ante la insatisfactoria práctica judicial–constitucional chilena, debe abandonarse la idea de establecer límites al poder mayoritario? ¿Debe abandonarse la instancia que supuestamente cautela nuestra autonomía individual y nuestra posibilidad de participación política?

Tal pregunta tendría más sentido en el seno de una asamblea constituyente. La consideración del contexto institucional actual – e imperante en el derecho comparado por cierto – no debe dejarse de lado, a la hora de tomar la decisión de bogar por la supresión de los derechos (o de su judicialización) o de plantearse seriamente el objetivo de mejorar la práctica constitucional nacional. Ese es un objetivo que para ser relevante debe ser compartido por

---

<sup>59</sup> La autocomprensión de la labor del tribunal constitucional chileno parece acercarse mucho a lo que Perry ha defendido en la discusión norteamericana sobre funciones de la justicia constitucional. Perry “ve al juez constitucional en el papel de maestro o profeta, que con su interpretación de la palabra divina de los padres fundadores asegura la continuidad de una tradición constitutiva de la vida de la comunidad” (Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 331). Esta fórmula hermenéutica tiene plausibilidad en el contexto en que los padres fundadores norteamericanos escribieron la constitución. Esto es, en un contexto de liberación y de deliberación política. Completamente deslegitimada es la posición de los padres fundadores de la constitución chilena de 1980, e insostenible la interpretación histórica de ésta. Sobre el historicismo, *vide* Dworkin: *El Imperio de la Justicia*, p. 254-60. Para una intrincada crítica a la errada comprensión de la noción de derecho fundamental como derecho subjetivo por la práctica constitucional chilena, *vide* Marshall, P. E: “¿Nuestros derechos nos obligan?: una cuestión sobre la teoría de los derechos fundamentales” en 11 *Derecho y Humanidades* (2005).

académicos, jueces y abogados<sup>60</sup>. La fórmula a seguir para lograr ese objetivo es otra vez una cuestión discutible.

Este capítulo se expone a una última crítica. ¿No sería sensato que la reflexión académica, antes de preocuparse por las fórmulas de controlar al poder político desbocado, se preocupara de conformar un sistema político que sea razonablemente democrático, en su diseño estructural, sus instituciones y en su contexto argumentativo? La formación de una comunidad política, y del flujo del poder comunicativo que la hace vivir, es algo previo a la protección de dicha comunidad de las atrofias de la democracia. Esto es cierto. Pero puede responderse todavía. Este trabajo pretende no sólo defender la judicialización de los derechos fundamentales, sino también exigir que se mejore la práctica constitucional. Con una mejor práctica constitucional se mejora directamente la integridad del proceso político como un todo. Si se piensa que la práctica política puede sólo medirse por los resultados de los arreglos institucionales y de los desarrollos argumentales de su práctica, no se tiene más remedio que admitir que es posible mejorar la democracia mediante una práctica judicial funcional a este objetivo.

---

<sup>60</sup> *vide* Correa: "Vulgarización por constitucionalización".

## Capítulo segundo: los derechos fundamentales como valores

La comprensión de las declaraciones constitucionales de derechos y de los preámbulos de las constituciones es una cuestión de por sí complicada<sup>61</sup>. La razón principal de esta complicación es que las palabras utilizadas en dichos lugares son sumamente vagas e imprecisas. Esto es relevante en la medida que son estas disposiciones constitucionales las que sirven – la mayor parte de las veces – para el control material de constitucionalidad de los actos estatales. Es por eso que la interpretación de estas disposiciones ha logrado un alto grado de importancia y autonomía dentro del estudio del derecho constitucional.

La interpretación de las disposiciones que establecen derechos (y los preámbulos de las constituciones) – muchas veces llamadas la parte dogmática de la constitución – plantea, a lo menos, dos problemas diferentes. Uno es el problema del sentido y contenido de cada disposición particular de cada constitución. Ese es un problema dogmático–interpretativo, cuya solución presupone una respuesta a la pregunta sobre cuál es la naturaleza de las declaraciones de derechos y de los preámbulos de las constituciones. Es una pregunta abstracta el problema que la plantea es también abstracto. Al preguntarse por la naturaleza de tales disposiciones, se pueden estar preguntando, por lo menos, tres cosas: (i) ¿Cuál es el significado político de tales disposiciones? (ii) ¿Cuál es la función de esas disposiciones en el sistema o en la estructura constitucional, o de la organización del Estado? y (iii) ¿Cuál es el rol que cumplen en la solución de casos constitucionales, si es que cumplen alguna? Estas son preguntas difíciles de responder, y muy difíciles de responder independientemente.

Una de las respuestas más atractivas a la pregunta por la naturaleza de las declaraciones y preámbulos constitucionales corresponde a su comprensión como valores. Siguiendo a

---

<sup>61</sup> En este capítulo se toman ideas generosamente ofrecidas por Guillermo Jimenez.

Habermas pueden identificarse dos contextos en que dicha comprensión ha sido comparativamente relevante para la discusión constitucional y ha satisfecho un estándar de sofisticación discursiva que hace que valga la pena su estudio. El primer contexto es la interpretación conservadora de la constitución norteamericana. Perry, por ejemplo, entiende la constitución como una carta fundacional que provee de valores materiales cuya realización queda entregada contra-mayoritariamente a la revisión judicial, volviéndose la Corte Suprema una instancia deliberadamente autoritaria<sup>62</sup>. Un segundo contexto interesante está dado por el desarrollo de la jurisprudencia constitucional alemana. La influencia que dicha jurisprudencia tiene en el derecho constitucional comparado es impresionante. Aquí se intentará modestamente abordar tal desarrollo, denominado por el propio Tribunal constitucional federal alemán, *orden objetivo de valores*.

## EL ORDEN OBJETIVO DE VALORES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA

La construcción dominante en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional alemana relativa a la fundamentación, concepción y efectividad de los derechos fundamentales, es dominada por una mirada crítica a la tradición liberal de derechos fundamentales simplemente como límites, o sea, exclusivamente como derechos de defensa frente al Estado. La comprensión de los derechos fundamentales en general como una cuestión objetiva, y en particular como valores, es la nota común de los desarrollos dogmáticos y análisis jurisprudenciales posteriores al establecimiento de la Ley Fundamental de Bonn en Mayo del 1949.

A la comprensión de los derechos fundamentales como valores, como discurso predominante en Alemania, se le pueden dar al menos dos explicaciones:

- (i) La primera es una explicación histórica. El trauma que produjo el fenómeno nacional-socialista en Alemania contribuyó a que después de la segunda guerra mundial, la dogmática de los derechos fundamentales recibiera especial atención. Esto llevó luego a que fuera purgada cualquier tipo de concepción escéptica respecto a los planteamientos sobre la completa supremacía de los valores supremos y absolutos de la dignidad y libertad.

---

<sup>62</sup> *vide* Habermas: *Facticidad y Validez*, pp. 331s. Sobre los la utilización de los valores en la jurisprudencia constitucional norteamericana, *vide* Ely: *Democracia y Desconfianza*, pp. 63ss.

(ii) La desatada defensa de dicho planteamiento, por parte del Tribunal constitucional federal, y la fuerza institucional de dicha posición en la comprensión doctrinal de su jurisprudencia, por parte de la doctrina constitucional alemana, es la segunda y más tangible de estas explicaciones.

#### *Antecedentes del orden objetivo de valores*

La cuestión de los derechos fundamentales como valores se había planteado ya, bajo la vigencia de la Constitución de Weimar<sup>63</sup>. En tal escenario se había respondido tajantemente a la cuestión: los derechos fundamentales no son valores, sino derechos subjetivos de los ciudadanos frente al Estado. En dicha discusión Smend es quizás el más importante antecedente teórico del actual orden objetivo de valores. A través de su teoría de la *constitución como integración*, comprendía el sistema de derechos fundamentales como un orden material de valores que configuraba la Constitución de Weimar, como un conjunto que articulaba, integraba e inspiraba el desarrollo de todo el orden jurídico y político estatal:

los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde un punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico [...] el catálogo de los derechos fundamentales constituye [...] un comentario a la breve definición y a la simbolización de las normas contenidas en el preámbulo<sup>64</sup>.

Este planteamiento debe distinguirse de otras formas de entender los derechos desde un plano objetivo, en la medida que, según Böckenförde,

la teoría axiológica de los derechos fundamentales [del TCF] tiene su punto de partida, si bien no es hoy conciente de ello, en la teoría de la integración<sup>65</sup>.

Cualquier teoría de la constitución que quiera dar cuenta de los cambios institucionales que el orden constitucional en las constituciones modernas ha sufrido, debe incluir, una concepción de los derechos fundamentales comprendidos desde un plano objetivo. Desconocer eso, sería desconocer la instauración de los sistemas abstractos de control constitucional. Sin embargo la

---

<sup>63</sup> Constitución del imperio (Reich) alemán, de 11 de agosto de 1919.

<sup>64</sup> Smend, R: *Constitución y Derecho Constitucional* (Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1985), p. 232.

<sup>65</sup> Böckenförde, E. W: "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales" en *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993), p. 57.

necesidad de una concepción de los derechos fundamentales que los considere – al menos operativamente – integrados por un plano objetivo, no es algo que hable necesariamente a favor de la comprensión de la declaración de derechos como un orden de valores.

### *La jurisprudencia constitucional*

Uno de sus principales detractores, Böckenförde, plantea algunas de las principales notas distintivas de la fundamentación y utilización de los derechos fundamentales, como un orden objetivo de valores.

Böckenförde resalta el carácter de construcción dogmática que reviste la teoría de los derechos fundamentales como *normas de principio/decisiones axiológicas*. Éste – señala – “constituye un desarrollo bajo la Ley Fundamental, no un dato previo [a ella]”<sup>66</sup>. Ni de la Ley fundamental misma, ni de la tradición constitucional previa puede decirse que adopten tal teoría para explicar el significado y la fundamentación y eficacia de los derechos fundamentales. Dicha teoría es, por tanto, una reconstrucción posible de la declaración de derechos de la Ley fundamental, que es presentada por la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal.

La construcción del carácter de valores objetivos de los derechos fundamentales, como se señaló, tiene origen y asiento en la jurisprudencia constitucional alemana. Böckenförde explica que ésta labor se lleva a cabo en dos fases: (i) la consideración de los derechos fundamentales en su conjunto como un orden o sistema objetivo de valores y (ii) la simultánea y subsiguiente consideración de los derechos en particular como normas de principio/decisiones axiológicas.

La noción de sistema objetivo de valores, tiene su base en una teoría material de la constitución como la planteada por Smend. La operatividad del contenido normativo de tal sistema, se muestra con la consideración de los derechos en particular como argumentos para la decisión de casos constitucionales. La relación del sistema con sus partes (derechos en particular) es una relación de fundamentación, que se puede entender como la derivación de una determinada concepción teórica de la constitución y de los derechos fundamentales hacia una dogmática constitucional que permita la aplicación las normas que prevén derechos fundamentales.

---

<sup>66</sup> Böckenförde: "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", p. 105.

En la defensa de la comprensión de la declaración de derechos de la Ley fundamental como un orden de valores se encuentra la particularidad de la teoría. La teoría del orden objetivo de valores parte de la base de la tradicional concepción de los derechos como esferas de libertad del ciudadano frente a la intervención del poder público, y desarrolla subsecuentemente el carácter objetivo valorativo de tales, atribuyéndoles el carácter de *decisión constitucional fundamental* a favor de la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de ésta dentro de la comunidad social.

El fallo Lüth del Tribunal constitucional federal, en contra de la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo el 15 de enero del año 1958 describe este desarrollo, señalando primero que

[s]in 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 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 de la GG [LFB], 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 Verfassungbeschwerde*, sólo contra actos del poder público (BVerfGE 7, 198).

Luego continua, afirmando que

[e]s igualmente cierto que la GG, 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 [...] (BVerfGE 7, 198)<sup>67</sup>.

La relación que el Tribunal constitucional federal construye entre estas dos dimensiones – la dimensión de los derechos como derechos subjetivos y la dimensión de los derechos como valores objetivos – es una relación de *complementariedad*. La comprensión del plano objetivo deja vigente al plano subjetivo. Lo que hace es remitirse a los valores que están expresados en los derechos subjetivos, por lo que es también una relación de *remisión* de un plano a otro.

---

<sup>67</sup> Citado en Julio, A: *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000), p. 332.



El paso de una concepción de los derechos fundamentales que considera únicamente el plano subjetivo, a una concepción que considera ambos planos, marca el paso de una teoría formal de los derechos fundamentales a una teoría material. La comprensión del plano subjetivo considera los derechos fundamentales desde la perspectiva del destinatario estatal, como normas de competencia negativas que delimitan esferas de autonomía del individuo en las cuales el poder estatal no puede intervenir. Tal comprensión es meramente formal, pues considera a los derechos fundamentales como normas de procedimiento que deben ser satisfechas para el ejercicio constitucional de las potestades públicas. El paso a la comprensión que también abarca el plano objetivo, dota a los derechos fundamentales de una dimensión material, que puede ser caracterizada en la idea de que los derechos fundamentales contienen “los *principios normativos superiores del ordenamiento estatal*”<sup>68</sup>.

#### LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA POR LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ALEMANA

La doctrina constitucional alemana ha presenciado desde un segundo lugar, cómo la jurisprudencia ha construido una concepción determinada de la constitución y de los derechos fundamentales. A grandes rasgos, es posible alinear a adherentes y críticos del orden objetivo de valores. En la doctrina adherente a la concepción jurisprudencial, pueden verse de nuevo posturas complacientes y posturas más críticas. Alexy es un destacado defensor de la comprensión de los derechos fundamentales como valores, y también del orden objetivo de valores.

##### *Alexy, los derechos como principios y el primer diagnóstico*

Pese a la sofisticación discursiva que Alexy pretende en su *Teoría de los derechos fundamentales*, no se distancia de la comprensión axiológica de los derechos fundamentales. Esto es algo buscado por Alexy, en la medida que necesita la potencia que entrega la práctica jurisprudencial institucionalizada para su teoría. La teoría de Alexy es una teoría sumamente

---

<sup>68</sup> Benda, E. y W. Maihofer, *et al: Manual de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 1996), p. 93, énfasis agregado.

completa, que desarrolla el modelo teórico de la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal. Se pondrá la atención en algunos rasgos especialmente relevantes, tanto para entender a la teoría de Alexy como una defensa de la posición del tribunal, como para entender posteriormente las críticas de las cuales Alexy es objeto en calidad de representante de esa posición.

Si se comprenden las normas de derechos fundamentales como principios, y se asimilan los principios a valores, lo que se está haciendo es concordar la teoría de los derechos fundamentales como principios con la jurisprudencia constante del Tribunal constitucional federal. La propuesta de Alexy parte de que las normas de derechos deben entenderse como principios. Para Alexy – de manera diferente que para Dworkin – los principios son mandatos de optimización, esto es, estándares jurídicos que para su realización dependen de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto.

Como destacado defensor de la teoría de los valores<sup>69</sup>, Alexy señala que la interpretación del objetivismo del orden valorativo no tiene porque responder a las exigencias de una ética material. Ésto es posible cuando se logra entender a los valores como criterios de valoración que “no son objeto de algún tipo de evidencia sino objeto de fundamentación”<sup>70</sup>.

La diferencia fundamental entre principios y valores sólo está en los ámbitos a los que pertenecen ambos conceptos. Así, mientras los valores tienen un *carácter axiológico*, los principios tendrían un *carácter deontológico*<sup>71</sup>. Por lo tanto, no sería equivocado identificar la teoría los valores con una teoría de los principios, porque en lo fundamental obedecen a una misma estructura como *criterios de valoración*. De esta manera, la jurisprudencia del Tribunal constitucional haría referencia a criterios de valoración establecidos por la constitución.

---

<sup>69</sup> Aunque Smend se pueda señalar como su progenitor, la defensa de Alexy es especialmente atingente a la propuesta del Tribunal constitucional federal

<sup>70</sup> Alexy, R: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), p. 151. Böckenförde habla de Estado de derecho material al referirse al resultado de la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal, en "Origen y cambio del concepto de estado de derecho" en *Estudios sobre Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Trotta, 2002), p. 40.

<sup>71</sup> La distinción entre concepto axiológico, donde el concepto fundamental es el de los bueno, y concepto deontológico, donde el concepto fundamental es el de deber ser, proviene de von Wright, G. H: *La Lógica de la Preferencia* (Buenos Aires: Eudeba, 1967).

Habermas rechaza tal equiparación entre valores y principios. Entre ellos sería posible hacer cuatro distinciones: primero, los principios hacen referencia a una *acción deontológica* y los valores a una *acción teleológica*; segundo, los principios codifican sus pretensiones de validez de manera *binaria* (válido/inválido) y los valores de manera *gradual* (más o menos preferible); tercero, los principios tienen un carácter vinculante *absoluto* (obligación incondicional y universal) y los valores *relativo* (preferencias de una determinada cultura o forma de vida); y finalmente, los sistemas de principios deben guardar una relación *coherente*, mientras que en los sistemas de valores los diversos valores compiten por ser preferidos constituyendo configuraciones a la vez *flexibles* y *tensas*. Por lo tanto, para Habermas, la comprensión del contenido de principios de la constitución como valores no permite entender el específico sentido jurídico de la constitución: “los derechos fundamentales están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción y no conforme al modelo de bienes apetecibles”<sup>72</sup>.

Las distinciones anteriores son fundamentales para la explicación de cómo la teoría de los valores entiende la aplicación de los principios constitucionales. Según Alexy, en este punto la teoría de los valores no debe superar las críticas que se la hacen a un orden duro de principios constitucionales, en cuanto a la determinación de su estructura jerárquica, pues es imposible dar una respuesta: “No es posible un orden de valores o principios que fije la decisión iusfundamental en todos los casos de una manera intersubjetivamente obligatoria”<sup>73</sup>. Ante la imposibilidad de dicho orden duro, Alexy sostiene la necesidad de un orden blando de principios, que cuenta con tres elementos: un sistema de condiciones de precedencia, un sistema de estructuras de ponderación y un sistema de precedencias *prima facie*.

- (i) El primero establece que bajo determinadas condiciones, un principio precede a otro. Esto lleva a plantear la *ley de colisión* que es la confirmación de la validez de la preferencia de un principio por sobre otro en el ámbito de la colisión cuando se dan ciertas condiciones de preferencia.

---

<sup>72</sup> Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 329.

<sup>73</sup> Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 156. En la doctrina constitucional chilena J. L. Cea intentó abrazar un orden duro en "Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno" en Peña, C: *Practica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996), pp. 59-61.

(ii) El segundo elemento son *estructuras de ponderación*, que se basan, por sobre todo, en el carácter de mandatos de optimización de los principios. En cuanto a su realización fáctica, la ponderación se basa en las nociones de máximas de adecuación y de necesidad, y en cuanto a su realización jurídica, en la de máxima de proporcionalidad. Esta última se identifica con la *ley de ponderación*, que es formulada por Alexy como:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro<sup>74</sup>.

El modelo de la ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional: “La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente”<sup>75</sup>.

(iii) El tercer elemento, es el de la *precedencia prima facie*, en el que se realiza una valoración, que por ningún motivo es definitiva sino sólo tiene la misión de establecer cargas de argumentación, creando un cierto orden blando en el ámbito de los principios<sup>76</sup>.

Habermas se opone a la solución de Alexy. Sostiene que siguiendo la forma de Alexy de la ponderación, “la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una realización de valores, que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto”<sup>77</sup>. El problema está en la identificación de principios jurídicos con valores, por el carácter teleológico que tienen los valores, o sea, de consecución de bienes preferibles en una comunidad. De esta forma se perdería el carácter normativo de los principios, aumentando el peligro de juicios irracionales por la importancia que cobrarían los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos.

---

<sup>74</sup> Alexy, R: "Sistema jurídico y razón práctica" en *El Concepto y la Validez del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994), p. 161.

<sup>75</sup> *ibid* 167.

<sup>76</sup> *ibid* 172.

<sup>77</sup> Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 327. Schreckenberger analiza la utilidad retórica de los esquemas sobre valores o principios utilizados por el Tribunal Constitucional, lo que lo lleva a plantear que la jurisprudencia constitucional vive inserta en una «idolatría de los principios» en *Semiótica del Discurso Jurídico. Análisis Retórico de Textos Constitucionales y Judiciales de la República Federal de Alemania* (Mexico: Universidad Autónoma de México, 1987), pp. 171-81, 192-8.

Así, la jurisprudencia del orden objetivo de valores origina varios problemas<sup>78</sup>. En un sentido crea problemas en relación al vínculo entre derecho y moral por el carácter material de los valores. Pero más importante aún es el problema de legitimidad de las actuaciones del Tribunal constitucional federal. El tribunal que pondera valores y con ese mecanismo determina reglas aplicables a un caso concreto, interviene en el espacio competencial destinado a la decisión legislativa. Esto significa que la soberanía popular se viola por una teoría autorreferencial del tribunal, que se atribuye la potestad de crear la norma (regla) aplicable, no solamente de determinar la aplicación de una regla preexistente, además de la potestad de aplicarla. El carácter definitivo de la solución judicial, en este caso de desmoronamiento de la separación de poderes, derrota la aspiración de equilibrio entre derechos fundamentales y decisión democrática, sin la cual la legitimidad del propio tribunal queda en entredicho.

La deuda de Alexy consiste, por tanto, en cómo presentar el modelo de la ponderación como una cuestión racional.

En el *Epilogo de la Teoría de los derechos fundamentales* el propio Alexy señala cuales son las principales objeciones que se le hacen al modelo de los derechos fundamentales como principios/valores. Los derechos fundamentales asegurarían demasiado poco: por un lado, apunta a las objeciones de Habermas sobre la tesis los derechos fundamentales como mandatos de optimización, aduciendo que ésta “resta fuerza a los derechos fundamentales” [...]. “Esta ‘ponderación orientada a fines lleva a que, ‘si las circunstancias lo exigen, los derechos individuales puedan ser sacrificados en razón de fines colectivos’”<sup>79</sup>. “Si en caso de colisión *todas* las razones pueden adoptar el carácter de argumentos que establecen fines, se derrumba aquella barrera cortafuegos que está asociada con un entendimiento deontológico de las normas y de los principios jurídicos en el discurso jurídico”<sup>80</sup>.

Por otro lado, apunta a que el modelo de la ponderación implica el riesgo de que estos derechos fuesen objeto de juicios irracionales. El peligro de los juicios irracionales en la

---

<sup>78</sup> Las principales implicancias pragmáticas de tal teoría son: (i) la plausibilidad de entender al sistema de derechos fundamentales como un conjunto de deberes para el legislador. *vide* von Münch, I: "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania" en P. Coderch: *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 45-9; y (ii) de que los derechos fundamentales existan en las relaciones entre particulares, esto es la *Drittwirkung der Grundrechte*. *vide* Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 510-24

<sup>79</sup> Alexy: *Epilogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 14.

<sup>80</sup> Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 332.

ponderación tiene que ver con la inexistencia de medidas racionales para llevar a cabo la ponderación: “faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado”<sup>81</sup>.

Borowsky, un defensor de la teoría de Alexy, señala: “Quien entiende los derechos fundamentales – en su calidad de principios – como un llamamiento a ponderar intuitivamente sus prejuicios como pretensión contenida en el derecho, malinterpreta totalmente la teoría [...]. En ella lo jurídicamente debido debe ser el resultado de un procedimiento metódico estricto. Defiende la teoría postulando los siguiente argumentos:

- (i) No se conoce un parámetro para decidir preguntas normativas mediante la ponderación. Puede llegarse a distintos resultados sobre el peso y grado de afectación de un principio y de la relación de precedencia en que se encuentra frente a otro principio, “esto no es, sin embargo, un defecto específico de ponderación, sino que caracteriza todo procedimiento decisorio de preguntas normativas”. El “mejor” procedimiento no existe y es preferible la ponderación en cuanto se plantea como el “relativamente mejor”.
- (ii) Con los dos primeros sub-principios (adecuación y necesidad) se dispone de dos criterios (negativos) aplicables sin ponderación, con los cuales es posible resolver colisión de principios.
- (iii) Si lo anterior no basta, “se debe fundamentar una relación de precedencia condicionada en la ponderación de principios en colisión. La fundamentación de esa relación de precedencia no puede resolverse por vía de la teoría de los principios”. Se requiere una fundamentación que sea externa a dicha teoría. “En este sentido es posible afirmar que la decisión, antes que adoptada es estructurada por la teoría de los principios [...] no debe subestimarse este avance”<sup>82</sup>.
- (iv) Es posible construir, además, un sistema de relaciones de precedencia a partir de un catálogo de decisiones ponderativas. Estas pueden actuar como precedencias *prima facie*. La jurisprudencia del Tribunal constitucional federal puede entenderse como un catálogo tal<sup>83</sup>.

Frente a esto puede sostenerse:

- (i) Borowsky desecha implícitamente con su sugerencia la idea de prescindir de la ponderación, evitar la solución de la colisión de principios y no aplicar los principios.

---

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> Borowski: “Las restricción de los derechos fundamentales”, p. 46.

<sup>83</sup> *ibid* 47.

- (ii) Si bien los dos sub-principios tienen un margen de aplicación sin ponderación, su relevancia es discreta. La adecuación sólo sirve para determinar cuando el medio no logra alcanzar el fin buscado, es un criterio que excluye medidas tomadas incompetente o irreflexivamente. Por otro lado, la necesidad mirada superficialmente parece ser simple de aplicar, pero esconde la necesidad de determinar, entre otras cuestiones, el gravamen de los intereses afectados; la consideración de la pluralidad de intereses afectados; el grado de satisfacción relevante para considerar que una medida es adecuada para la consecución de un fin; y la comparación de la necesidad de medios que afectan distintas clases de intereses. Como puede verse, no sólo es una tarea difícil, sino que requiere, en la mayoría de los casos, el recurso a la ponderación en sentido estricto.
- (iii) La pretensión de la ponderación en sentido estricto como una fórmula para resolver conflictos entre derechos fundamentales queda reducida a estructurar u ordenar lo que hay que decidir con *recursos ajenos* a la ponderación, los principios y la ley de colisión.
- (iv) El recurso al sistema de precedentes como catálogo de condiciones de precedencia *prima facie* debe ser considerado con más cuidado. Sin embargo, sólo puede consistir en una forma más de estructuración u ordenación.

Alexy, defendiendo una tesis que llama “moderada” de afirmación de racionalidad de la ponderación, plantea: “Con ayuda de la ponderación, ciertamente no en todos, pero sí en algunos casos puede establecerse un resultado de manera racional” y la existencia de estos casos es suficiente justificación para la ponderación<sup>84</sup>.

Plantea así la siguiente fórmula: es posible la formulación de juicios racionales sobre las intensidades de las intervenciones en los derechos fundamentales y sobre los grados de realización de los principios. Puede formarse una escala de grados “leve”, “medio” y “grave”. Alexy defiende la idea de la ordenación de grados mediante auto evidencia y la solución racional de los casos de conflicto entre satisfacciones o afectaciones “grave-leve”, “grave-media” y “media-leve”

---

<sup>84</sup> Alexy: *Epilogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.32

### *Hesse y sus prevenciones*

Hesse considera que la fuerza institucional de la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal ha sido incontrarrestable y que, pese a algunas críticas, la idea de derechos fundamentales como orden de valores ha terminado por imponerse, pese a las discrepancias sobre la relación que existe entre sus dos planos (objetivo y subjetivo). Los principales efectos de este modelo teórico son dos:

- (i) Los derechos fundamentales influyen en todo el derecho, no solamente en aquél que se propone regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales<sup>85</sup>.

- (v) Los derechos fundamentales ya no pueden ser tenidos como derechos negativos, esto es, que prevén una obligación de abstención para el Estado. Todos los poderes públicos no sólo deben abstenerse de intervenir en el ámbito protegido por ellos, sino que deben tener un rol activo en la consecución de los fines que sirvan para su realización; el Estado tiene también una obligación de actuación o positiva frente a la titularidad de los derechos fundamentales.

Pero junto con constatar estas consecuencias, Hesse se da cuenta de los problemas que implica el modelo de los valores:

- (i) El primero es el problema recién diagnosticado, que tiene que ver con la naturaleza de los valores. El recurso a los valores, en una sociedad pluralista, no permite una interpretación de los derechos fundamentales clara y persuasiva. Ello puede desembocar en que las valoraciones subjetivas de los jueces constitucionales permeen la seguridad jurídica.

Sin embargo, Hesse cree que la conducción del Tribunal Constitucional Federal en la determinación interpretativa del “contenido normativo concreto y el alcance de los derechos fundamentales específicos” ha dado cuenta de una cuestión fundacional de la tradición de los derechos fundamentales, cual es su relación de fundamentación y legitimación con los derechos humanos inherentes y al mismo tiempo ha satisfecho las exigencias de la seguridad jurídica. Así, mediante tal elaboración dogmática

---

<sup>85</sup> Hesse en Benda, Maihofer, *et al*: *Manual de Derecho Constitucional*, p. 93.



sin discontinuidades de la jurisprudencia actual, [el TCF] ha ofrecido un cuerpo firme de puntos de vista y reglas, permitiendo resolver cuestiones concretas que afectan a los derechos fundamentales con ayuda de un adecuado instrumental jurídico, evitando considerablemente el recurso directo a los *valores*<sup>86</sup>.

(vi) El segundo es un problema que tiene que ver con el carácter central y nuclear para el orden jurídico que los derechos fundamentales tienen en esta concepción. Con ello se corre el riesgo de que cualquier cuestión jurídica pueda convertirse en una cuestión de derechos fundamentales. Ello no es problemático – señala Hesse – cuando el Tribunal constitucional federal tiene conciencia de que

mientras más amplio es el ámbito de vigencia y aplicación de los derechos fundamentales [...] mayor será el peligro de sobrecarga de la constitución, de una devaluación y, a consecuencia de ello, de cursos erráticos, especialmente de una pérdida de la libertad y responsabilidad del propio legislador democrático y de un menoscabo de funciones de la jurisdicción ordinaria<sup>87</sup>.

En la medida que se conserve la reducción de la función de los derechos fundamentales en su plano objetivo a una función de directriz, sobre todo para el legislador, el temor de los críticos es infundado<sup>88</sup>.

## CONTRA EL ORDEN OBJETIVO DE VALORES

Las críticas más radicales que el orden objetivo y la comprensión de derechos como valores ha tenido, provienen de dos frentes distintos y pueden ser identificadas a través de dos argumentos:

- (i) La comprensión de los derechos fundamentales como valores, y la comprensión del sistema de derechos fundamentales como un orden objetivo de valores, socava los principios del Estado de derecho. Esta es una crítica en el ámbito de la teoría constitucional y va dirigida al *componente objetivo* del orden de valores.
- (vii) La comprensión metodológica de los derechos como valores es errada. Esta crítica desarrollada por Habermas apunta al *componente valorativo* del orden objetivo.

---

<sup>86</sup> *vide infra*, p. 58

<sup>87</sup> *ibid.*

<sup>88</sup> *vide infra* 58

Ya mucho antes, Schmitt y Forsthoff habían señalado que la comprensión de la constitución como un sistema de valores condenaba al Estado que reconoce dichos valores. “Si se entiende la constitución como un sistema de valores, el siguiente paso lógicamente obligado, es la exigencia de realizar también esos valores [...] un mandato constitucional en dicho sentido”<sup>89</sup>.

### *Böckenförde y el Estado de derecho*

Böckenförde describe los efectos que tienen la utilización y aplicación de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores, como productores de un cambio en la estructura constitucional. Dichos efectos, señala, pueden reconocerse a la luz de las funciones de la constitución. Distingue entre las funciones *dogmático-jurídica*, *teorético-estatal* y *teorético-constitucional*.

#### (a) Función dogmática

En la *función dogmática*, la adición de sentido objetivo conlleva “una *expansión* de la aplicabilidad de los derechos fundamentales en alcance y extensión”<sup>90</sup>. Este resultado está enlazado al carácter de *normas-principio* que Alexy ha conceptualizado. Las *normas-principio* implican un cambio de paradigma de la labor del juez constitucional, en la medida que no es posible su utilización mediante interpretación, sino que únicamente, por sus particulares características, sólo cabe su utilización mediante concreción. Tal cambio implica que las normas de la constitución no son tenidas en el discurso de adjudicación como algo previo.

[La concreción] es el llenado (creativo) de algo fijado únicamente en la dirección o principio, que permanece abierto en lo demás y que necesita ante todo de la pre-determinación conformadora para ser una norma ejecutable<sup>91</sup>.

Así,

---

<sup>89</sup> Forsthoff, E: *El Estado de la Sociedad Industrial* (Madrid: Instituto de estudios políticos, 1975), p. 225.

<sup>90</sup> Böckenförde: "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", p. 126.

<sup>91</sup> *ibid* 127

las sentencias del juez constitucional que concret[an] derechos serían más comparables a una *case law* que a una práctica interpretativa<sup>92</sup>.

(b) Función teórica–estatal

La *función teórica–estatal*, en cuanto trata de los cometidos y fines del Estado, conduce – ante la aceptación del contenido jurídico–objetivo en forma de normas de principio –, a la juridización de estos fines y cometidos. La juridización de los fines del Estado se produce en la medida que las normas constitucionales con carácter de principio y con contenido jurídico–objetivo, revisten un carácter de mandato de optimización. Los ciudadanos no sólo pueden exigir que se respete su posición jurídico–subjetiva frente al Estado, sino pueden además obligar al Estado a la realización de los fines que la constitución encierra y que, finalmente, se traducen en posiciones subjetivas como mandatos de actuación contenidas en los derechos fundamentales. Esto lleva directamente a la discusión sobre los deberes de protección que los derechos fundamentales encierran. Böckenförde pone acento en que tras el cambio de orientación en esta función (teórica–estatal), los derechos fundamentales pasan de ser principios y garantías en la relación Estado–ciudadano a ser *principios superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto*. Tal cambio redundaría en que el ordenamiento jurídico deja de ser determinado jurídicamente por el legislador, y queda desplazado en su *competencia originaria de creación del derecho*. La constitución como orden objetivo de valores y normas de principio, deja de ser el límite a la potestad de configuración del derecho por parte del legislador, esto es,

deja de ser Ordenamiento jurídico fundamental del Estado, para convertirse en el ordenamiento jurídico fundamental de la comunidad [... .] El ordenamiento jurídico en su conjunto ya está contenido [...] en la Constitución. Sólo necesita de la concre[ci]ón<sup>93</sup>.

(c) Función teórica–constitucional

Por último, en la *función teórica–constitucional*, existe una nueva configuración entre la legislación y la jurisdicción constitucional. En esta perspectiva, Böckenförde señala dos consecuencias para la relación legislación jurisdicción:

---

<sup>92</sup> Huber citado en *ibid*.

<sup>93</sup> *ibid* 129.

- (i) La pérdida del carácter originario de la configuración legislativa del orden jurídico, esto es, la disminución a una condición concretadora del orden constitucional – integrado por normas– principio con tendencia a la optimización – mediando, evidentemente, una deferencia legislativa al medio y forma de la concreción. Esta mutación se ve complementada por la elevación de la labor judicial de una labor de aplicación a una labor de concreción.
- (viii) Si bien el legislador tiene *preferencia* institucional para la concreción, el juez constitucional posee la *supremacía*, dado que él ejerce el control constitucional de la legislación, lo que conlleva que su concreción posea rango constitucional. Esto desemboca inevitablemente, en un cambio de ordenación de los poderes y una traslación del centro de gravedad entre ellos. Se produce un resbaladizo tránsito desde el Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia constitucional<sup>94</sup>.

La división de poderes se ve erosionada, confundándose la labor de creación y la labor de aplicación del derecho, cuya separación es esencial al Estado constitucional. El proceso político democrático pierde importancia. Esto último se vincula a la ya tradicional objeción democrática a la justicia constitucional, pero aquí con un ingrediente adicional, sobre el que se volverá enseguida.

(d) Conclusiones de Böckenförde

La conclusión de Böckenförde a este diagnóstico, se centra en la necesidad de privación del carácter objetivo–valorativo a los derechos fundamentales. Tras descartar fórmulas de limitaciones funcionales de la labor del juez constitucional con la conservación del carácter objetivo de principio de las normas constitucionales de derecho fundamental, revisa la fórmula alternativa que pueda reencontrar la estructura constitucional centrada en el gobierno del parlamento democrático. Dicha fórmula sugiere la *re-consideración* de los derechos fundamentales como derechos subjetivos que vinculan la relación Estado–ciudadano. Así, se lograría una reintroducción de la disposición originaria del derecho al parlamento. Los derechos fundamentales no perderían su labor orientadora para el legislador, pero carecerían de eficacia judicial<sup>95</sup>. En definitiva, la cuestión de la calificación del sentido de los derechos fundamentales,

---

<sup>94</sup> *ibid* 130.

<sup>95</sup> *vide infra* nota 27.

implica una decisión fundamental entre la preeminencia de la política democrática o la consideración de la constitución como determinadora de los fines, ya no sólo del Estado sino de la vida de la comunidad toda, con el juez constitucional como guardián o – de modo más exacto – *señor* de la constitución<sup>96</sup>.

(e) Crítica de Habermas a Böckenförde

Ante la resonancia de este diagnóstico, Habermas realiza un seguimiento de las ideas de Böckenförde, entendiendo que su crítica pende de la relación que éste creó encontrar entre el cambio de paradigma desde el Estado liberal al Estado social. Böckenförde – según Habermas – entiende que el rol que necesariamente ocupan los órganos aplicadores en el Estado social se constituye como una barrera infranqueable para la preservación del Estado legislativo, exigido por razones democráticas, y para la separación de poderes, exigido por razones de control del poder<sup>97</sup>. Habermas piensa que Böckenförde está equivocado por dos razones:

(i) Cree que la única comprensión del paradigma social del derecho responde a los términos que plantea una comprensión determinada del Estado social de derecho en términos de dominación jurisdiccional. Es por ello que confunde los principios del Estado de derecho con una de sus particulares lecturas históricas, planteando – equivocadamente – el perjuicio que el tránsito al Estado social procura a tales principios. La lectura de Böckenförde por Habermas plantea una negación de la preponderancia de la interpretación liberal de la separación entre Estado y sociedad, afirmando la plausibilidad de la moralización del derecho sin invasión de la autonomía individual asegurada mediante esa separación, justamente mediante un sistema de derechos fundamentales.

(ix) En segundo lugar, es necesario – sostiene Habermas – que los derechos fundamentales sean interpretados a través de la comprensión paradigmática adecuada históricamente. Tal adecuación se logra mediante la remisión a *normas de fondo* para la aplicación del derecho en casos, en los cuales el resto de los elementos contextuales es ineficaz. Tales normas dejan desnudo al

---

<sup>96</sup> Para una defensa de la posición del Tribunal constitucional federal como guardian último de la constitución, desde la perspectiva de la práctica respetuosa del mismo tribunal, *vide* Leibholz, G: *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971).

<sup>97</sup> *vide* Habermas: *Facticidad y Validez*, pp. 322-6.

argumento de la perniciosidad del cambio de paradigma. La consideración del recurso a *normas de fondo*, es problemática, ahora de verdad, si “abre al Tribunal Constitucional la puerta para la «creación de derecho» de inspiración política, que, conforme a la lógica de división de poderes, habría de quedar reservada al legislador democrático”<sup>98</sup>.

### *Habermas y el lugar de la justicia constitucional en el Estado de derecho*

A diferencia de Böckenförde, para Habermas el problema fundamental de la legitimidad de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional Federal, no reside primeramente en

la salvaguarda del Estado de derecho [. Este es sólo una] secuela de una falsa auto-interpretación [del rol del TCF. Centrando el diagnóstico en esta perspectiva] se pierde de vista la alternativa constructiva, conforme a la cual los derechos no pueden asimilarse a valores<sup>99</sup>.

Si la labor del tribunal constitucional es la realización de valores, no hay diferencias entre su vinculación a la constitución y la vinculación del poder legislativo a la constitución. Ambos ven precondicionadas sus actuaciones por las disposiciones de la constitución. Sin embargo, sólo en uno de ellos se asegura la participación de todos los posibles afectados por la decisión. El tribunal que pondera valores y con ese mecanismo determina reglas aplicables a un caso concreto, interviene en el espacio competencial destinado a la decisión legislativa. Esto significa que la soberanía popular se viola por una teoría autoreferencial del tribunal, que se atribuye la potestad de crear la regla aplicable – no solamente de determinar la aplicación de una regla preexistente – además de la potestad de aplicarla. El carácter definitivo de la solución judicial, en este caso de desmoronamiento de la separación de poderes, derrota la aspiración de equilibrio entre derechos fundamentales y decisión democrática, sin la cual la legitimidad del propio tribunal queda en entredicho. Por tanto, la concreción de valores de la jurisprudencia pone en competencia al tribunal constitucional con el poder legislativo, desconociendo el carácter jurídico que debe tener su discurso, volviendo problemática la división de poderes y haciendo patente un posible carácter *contramayoritario* de la revisión judicial.

La distinción entre principios y valores obliga a rechazar la respuesta que da la jurisprudencia de valores del Tribunal Constitucional alemán al problema de legitimación de su

---

<sup>98</sup> *ibid* 326.

<sup>99</sup> *ibid* 327.

función de control constitucional. Una respuesta fructífera sólo es posible cuando se distingue no sólo entre principios y valores, sino también entre jurisdicción y legislación.

Günther introduce la importante distinción entre discurso de justificación y discurso de aplicación como una categoría de discursos argumentativos que sirve para apoyar la idea de división funcional entre jurisdicción y legislación. Tal distinción nace en la estructura de los discursos y no se debe solamente a una decisión institucional. El discurso de justificación es un discurso abierto a consideraciones morales y políticas, en el cual el elemento más importante es la posibilidad de universalización. La participación de todos los actores a los cuales va a obligar la imposición de la norma que se establezca, esto es, de todos los afectados. También es importante señalar que no se hace necesario para el órgano encargado de la creación de la norma general la consideración de las circunstancias particulares que se suscitarán en el caso de la aplicación de la norma.

El discurso de aplicación, en cambio, tiene exigencias distintas en cuanto a los sujetos participantes y a las exigencias de la argumentación. En el caso del discurso de justificación la consideración soberana, por parte del legislador, de los efectos de la imposición de las normas creadas, es ya presupuesto de las posibilidades de determinación de la misma. En el discurso de aplicación, en cambio, los argumentos a considerar quedan limitados por la decisión hecha por el órgano legislador, presuponiendo que las normas a aplicar son normas válidas, cuando éstas han sido previstas por una instancia procedimentalmente apta para la legitimación de las decisiones normativas, cual es el parlamento democrático. El discurso de aplicación, por tanto, centra su énfasis en la determinación de todas las circunstancias relevantes para la aplicación de la norma general al caso concreto además de la satisfacción de la exigencia de un procedimiento justo o imparcial (*fair*), rescatando dentro de éste, el rol del tercero fuera de la disputa que constituye el tribunal<sup>100</sup>.

De este modo, es posible clarificar la distinta utilización de razones legitimatorias por parte de órgano legislador y del tribunal constitucional. Si bien la interpretación de la constitución tiene una apertura a consideraciones morales o políticas mayor que el discurso jurídico aplicador común, ésta no puede perder su naturaleza retrospectiva, la cual, desde el

---

<sup>100</sup> *vide* Gunther, K: "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica" en 17-18 *Doxa* (1995). También Atria: "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo".

punto de vista del Estado de derecho, legitima su accionar<sup>101</sup>. Así, mientras el tribunal constitucional se legitima mediante su función aplicadora, el órgano legislador se legitima mediante el desarrollo del sistema de derechos planteados en la constitución, al perseguir sus propias políticas.

El argumento aquí planteado es necesario, más no suficiente, para afirmar la racionalidad del discurso sobre principios jurídicos en vez del discurso de valores. Tal suficiencia es lograda, por el órgano aplicador, cuando mira al sistema jurídico como un sistema coherente, dentro del cual debe seleccionar las normas aplicables, dentro de un conjunto de normas validas, no pretiriendo normas aplicables en razón de su mayor o menos peso relativo en el caso. Su labor es llevar a cabo la elaboración de la respuesta correcta para el caso concreto, en base a premisas precondicionadas en el derecho establecido. Esta es la labor ideal del tribunal constitucional, cuya función integradora y reconstructiva se encuentra justificada en la *adecuación* de la intervención jurídica con miras a la solución de problemas concretos<sup>102</sup>.

La sola distinción entre los discursos permite afirmar la necesidad de la existencia de la separación entre el legislador y los tribunales. Sin embargo aun no nos permite afirmar la necesidad del tribunal constitucional.

La manera de justificar la necesidad de un tribunal constitucional depende de la comprensión que se tenga de la constitución. La constitución puede entenderse de tres maneras. En primer lugar puede entenderse como un orden marco que protege la libre interacción de los individuos frente a la intervención del monopolizador de la violencia. De esta manera el tribunal constitucional debe limitarse a la protección de los derechos subjetivos que tienen los individuos frente al Estado. En segundo lugar, el Estado social de derecho entiende la constitución como un programa de acción para el Estado interventor que está encargado de la satisfacción de las necesidades sociales. Es dentro de este modelo donde puede entenderse la constitución como un “orden jurídico global de tipo concreto que impusiese a priori a la sociedad una determinada forma de vida”<sup>103</sup>. Un tercer modelo, y he aquí la propuesta de Habermas, cercana a la de Ely en

---

<sup>101</sup> *vide* Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 325.

<sup>102</sup> *ibid* 333s. El concepto de *coherencia* planteado por Habermas se asimila al concepto de *integrity* planteado en Dworkin: *El Imperio de la Justicia*.

<sup>103</sup> Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 336.



el debate norteamericano<sup>104</sup>, toma la constitución como un conjunto de derechos puestos al servicio del procedimiento democrático. El tribunal constitucional tiene como labor la protección de ese sistema de derechos, llevando a cabo, la constitución de la autonomía privada y pública de los ciudadanos. En otras palabras, su función es asegurar las condiciones procedimentales democráticas evitando las posibles perturbaciones de la génesis democrática de las leyes<sup>105</sup>. Así, su tarea no es actualizar en cada caso el supuesto programa “valorativo” de la constitución, sino asegurarse de que ha sido respetada la participación de todos los posibles afectados en el discurso de fundamentación de las leyes. Es así como debe establecerse un sistema de presunciones de constitucionalidad en cuanto deferencias del tribunal con la interpretación legislativa de la constitución. Tal modelo, tiene consideraciones políticas y consideraciones jurídicas. Primero, requiere del respeto de la decisión del órgano que representa a los ciudadanos. Segundo, la conformación del esquema de sujeción de la función aplicadora a la de creación legítima de derecho. Los problemas de control abstracto de normas deben resolverse desde la perspectiva del legislador<sup>106</sup>.

Una concepción como la de Habermas permite rechazar la comprensión paternalista de la jurisdicción constitucional que ve en el discurso jurídico una instancia de distanciamiento de la irracionalidad de la política. La jurisdicción constitucional se justificaría, pues, por la racionalidad comparativamente más alta de sus discursos. Sin embargo, esta propuesta pasa por alto la especialidad de los discursos de aplicación y de fundamentación, que no hace recomendable la confusión de los órganos respectivos. Y más importante aún, desatiende que la finalidad de racionalidad en el contexto de fundamentación se puede lograr por medio un control procedimental del tribunal constitucional que no exige un rol creativo de producción de normas<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> *vide* Ely: *Democracia y Desconfianza*.

<sup>105</sup> *vide* Habermas: *Facticidad y Validez*, p. 338.

<sup>106</sup> Una propuesta comprensiva del problema de la legitimidad de la jurisprudencia constitucional desde la perspectiva norteamericana, que llega a esta conclusión después de una revisión exhaustiva de la bibliografía de esa tradición, se encuentra en Ferreres: *Justicia Constitucional y Democracia*.

<sup>107</sup> En nuestro medio una crítica a la actitud paternalista a la que denomina como “legalismo” ha sido planteada por Atria: “Legalismo, derechos y política”.

La jurisprudencia del orden objetivo de valores trata de dar una justificación de la función en un Estado de Derecho democrático que no es satisfactoria, pues no considera las diferencias estructurales entre el discurso jurídico y el discurso político en sentido amplio (que incluye consideraciones de fines y consideraciones de principios). La asimilación de principios y valores es el error principal, pues desatiende las limitaciones del órgano aplicador respecto de la utilización de argumentos funcionales. De este modo, es necesaria una justificación alternativa de la jurisdicción constitucional. Esta justificación se encuentra en considerar al tribunal constitucional como un órgano aplicador cuya específica función es asegurar el desarrollo imparcial del discurso de fundamentación del poder legislativo. De esta manera, se compensa el déficit de justificación democrática de la jurisdicción constitucional con la necesidad de la existencia de derechos fundamentales en los Estados de derecho democráticos.

## Capítulo tercero: el efecto horizontal de los derechos fundamentales y la primacía de la distribución de competencias jurisdiccionales frente al principio de supremacía constitucional

En este capítulo se pretenden lograr dos objetivos. En primer lugar, se bosquejarán algunas de las características fundamentales de lo que en derecho comparado se ha tendido a llamar “efecto horizontal de los derechos fundamentales”, intentando aclarar ciertas cuestiones que pueden dar lugar a malentendidos. Junto con ello, se esbozarán las teorías que en el derecho comparado, alemán y norteamericano, han intentado dar cuenta de tal institución desde un punto de vista abstracto y se complementará ésta visión teórica con una visión institucional, que explicará o conformará lo que finalmente será una perspectiva de lo que el efecto horizontal de los derechos fundamentales puede y no puede significar.

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

La argumentación que se llevará a cabo prescinde en gran medida de los demás argumentos contra el efecto horizontal de los derechos fundamentales, por lo que puede parecer, que acepta cuestiones que en realidad son discutidas. Ellas son referidas fundamentalmente a la comprensión del rol de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y político en el Estado moderno<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> *vide supra* pp. 12ss

## NOCIONES GENERALES SOBRE EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

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

La versión tradicional de los derechos fundamentales no había dado cuenta del efecto horizontal. Esta versión tradicional se constituye desde un punto de vista formal por dos características. Primero, considera que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, o sea, relaciones jurídicas que hacen depender el cumplimiento de la obligación de la voluntad del titular y que se establecen para cautelar *su* interés<sup>109</sup>. Segundo, son derechos subjetivos públicos, cuyo titular es el ciudadano y cuyo destinatario o sujeto pasivo es el Estado<sup>110</sup>. Desde un punto de vista material, los derechos fundamentales se consideran límites a la intromisión estatal en la esfera de autonomía de los individuos, fundados en la dignidad inherente al ser humano y en la expectativa de éste de buscar su propia felicidad. En la versión tradicional no hay, por tanto, lugar para su efecto horizontal<sup>111</sup>.

La versión tradicional de los derechos fundamentales ha sentado las bases de la comprensión moderna de la legitimidad del Estado<sup>112</sup>. Sin embargo sus características han mutado en algunos aspectos. Así, la comprensión de los derechos fundamentales también como derecho objetivo, con la asunción de los sistemas de control judicial de constitucionalidad<sup>113</sup>, o el reconocimiento de derechos colectivos fundados en la identidad comunitaria o colectiva, son

---

<sup>109</sup> *vide* en general, Marshall: "¿Nuestros derechos nos obligan?: una cuestión sobre la teoría de los derechos fundamentales".

<sup>110</sup> *vide* Correa, R: "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad" en 1 *Rev D UAI* (2004), pp. 563ss.

<sup>111</sup> *vide supra* pp. 15ss

<sup>112</sup> *vide* Dworkin: *Ética Privada e Igualitarismo Político*; Habermas, J: *Facticidad y Validez* (Madrid: Trotta, 1998); y Rawls: *Teoría de la Justicia*.

<sup>113</sup> *vide* Böckenförde: "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental".

algunos de los cambios que ha experimentado la versión tradicional. Se ha sostenido que esos cambios, pueden entenderse como un *cambio de paradigma* en la comprensión de los derechos fundamentales, sin embargo, no se nota una diferencia esencial en la función y fundamentación que subyace a éstos<sup>114</sup>.

Dentro de estos cambios, la eficacia puramente vertical de los derechos fundamentales en su versión tradicional ha sido cuestionada. El avance de las teorías que consideran que los derechos fundamentales son aplicables frente a particulares obedece a dos líneas de justificación. La primera, sostiene que los derechos fundamentales *son* conceptualmente omnicomprendivos, esto es, que su vigencia vincula tanto al Estado como a todos los demás individuos. En esta línea, los derechos fundamentales vienen a remplazar a la ley natural como vinculación supraconvencional del orden de la sociedad. Históricamente se puede comprender la justificación de esta concepción de los derechos fundamentales como la modernización discursiva de la filosofía jurídica teológica cristiana<sup>115</sup>.

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

Entre los autores que han tratado sobre el efecto horizontal, ha sido sintomática la distinción sobre cuestiones sustanciales y cuestiones procesales relativas a tal efecto<sup>116</sup>. Bajo el rótulo de cuestiones sustanciales han sido situadas la fundamentación del efecto horizontal en

---

<sup>114</sup> vide Bilbao, J. M: *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares* (Madrid: CEC, 1997), pp. 193ss.

<sup>115</sup> vide Finnis, J: *Ley Natural y Derechos Naturales* (Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 2000), pp. 227ss; y García-Huidobro, J: *Defensa y Rescate de los Derechos Humanos* (Valparaíso, Chile: Edeval, 1987). Ha habido tomistas más conservadores, que han argumentado contra los derechos fundamentales, vide Villey, M: *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y Fines del Derecho* (Pamplona: Universidad de Navarra, 1979), t.i, po. 172ss.

<sup>116</sup> Se plantea primeramente en García Torres, J. y A. Jiménez-Blanco: *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares: La Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid: Civitas, 1986), pp. 13-8. Peña toma la idea en *Practica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago: Corporación nacional de reparación y reconciliación, 1996), p. 666.

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

El efecto horizontal de los derechos fundamentales es problemático en la medida que su consagración no está explícitamente establecida en la constitución. Cuando los derechos fundamentales son explícitamente establecidos por la constitución, fuera de toda duda, como vinculantes para particulares, la manifestación del poder constituyente en ese sentido debe ser respetada. La expansión del ámbito de validez de los derechos fundamentales necesita para ser fundada “una serie de actos políticos y realizarse a través del cauce previsto para la modificación de la constitución”<sup>117</sup>. Ese no ha sido el caso de la implantación del efecto horizontal en ningún sistema jurídico relevante.

No obstante, como ya señalaran a mediados de los años cincuenta algunos profesores alemanes, existen derechos que tienen vigencia frente a particulares, pues en estos casos es inequívoco que para ello fueron concebidos<sup>118</sup>. El derecho a huelga legal o a sindicalización son los casos más relevantes. Esta es una cuestión problemática, que por el momento se dejará de lado. Por tanto, cuando se hagan referencias meramente al efecto horizontal, se estará haciendo referencia al efecto horizontal procedente de manera general.

---

<sup>117</sup> Stein, E: *Derecho Político* (Madrid: Aguilar, 1973), p. 242.

<sup>118</sup> *vide* Martínez, J. I: "Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos" en número especial *Revista Chilena del Derecho* (1998).

## PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES

El efecto jurídico de los derechos fundamentales, en los términos que aquí interesa<sup>119</sup>, sólo cobra relevancia desde que algún órgano puede aplicarlos como derecho. Es por ello que el efecto de los derechos fundamentales es tematizado también bajo los rótulos de “constitución como derecho aplicable” o “la fuerza normativa de la constitución”<sup>120</sup>. Es con la instauración de órganos con potestad de *aplicar* jurídicamente la constitución y los derechos fundamentales que se da el paso previo, para preguntarse si en tal aplicación pueden verse involucradas las relaciones entre dos o más individuos privados.

Observando el derecho comparado, la relación de la organización de los tribunales encargados de la aplicación de derecho legislado con los tribunales de control constitucional del derecho es una cuestión relevante para la evaluación de la procedencia del efecto horizontal. La forma del sistema de jurisdicción constitucional o de justicia constitucional respectivo, con sus acciones y controles, como también su organización jerárquica y de competencias, especialmente en relación con el sistema de jurisdicción común, tiene influencia decisiva en la comprensión del efecto horizontal<sup>121</sup>. En este sentido es relevante evaluar qué efectos pueden tener para los particulares los derechos fundamentales, actuando en un procedimiento de control constitucional como también en procedimientos ordinarios de aplicación de derecho. Es por ello que vale la pena hacer presente la distinción entre *tribunales de aplicación* y *tribunales de control*, que aunque muy tosca, servirá para ilustrar una diferencia fundamental entre los tribunales constitucionales y los tribunales ordinarios, respecto a su relación con la constitución.

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

---

<sup>119</sup> *vide infra* nota 27

<sup>120</sup> Por ejemplo, *vide* Bulnes, L: "La fuerza normativa de la constitución" en Número Especial *Revista Chilena del Derecho* (1998); Fernández, M. A: "La fuerza normativa de la Constitución" en *63 Revista de Derecho Público* (2001).

<sup>121</sup> *vide* García Torres y Jiménez-Blanco: *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares: La drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; Tushnet, M: "The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law" en *1 I. CON* (2003): 79-98.

normas preexistentes, es una cuestión sumamente discutida. La nota que distingue a estos tribunales es que tienen a la vista hechos y normas, y que no se ven involucrados en la creación de ninguno de esos dos presupuestos, sino que se limitan a alguna forma de conocimiento de ellos. Los tribunales de control por otro lado, son aquellos que realizan procedimientos que pueden ser entendidos como de aplicación de normas a normas (o a actos de creación de normas), pero que, sin embargo, son mejor explicados como procedimientos de evaluación de normas a la luz de otras normas. Esta tipología es abstracta y no coincide normalmente con la distribución de competencias de los sistemas jurisdiccionales, por lo que sería quizás sensato hablar de procedimiento o tribunales de aplicación, en el caso de la aplicación de normas a hechos, y procedimientos o tribunales de control (normativo), en el caso de la aplicación o evaluación de normas por normas. Esta distinción da pie para formular la pregunta central de este trabajo: ¿Cuál es el rol que juega el principio de la supremacía constitucional en el trabajo de los tribunales de aplicación? Se intentará argumentar que *ninguna*, en la medida que esté mediado por el principio de aplicación directa, y *toda*, en la medida que esté mediada por el respeto de la distribución de competencias jurisdiccionales.

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

#### *Derechos fundamentales en procedimientos de control de constitucionalidad*

El control constitucional es, en su sentido estricto, la forma mediante la cual se evalúan las actuaciones estatales, utilizando como criterio para tal evaluación, su concordancia con la constitución<sup>122</sup>. Una versión del control constitucional es el control judicial, la cual tiene la particularidad de tener como parámetro de evaluación la constitución como norma jurídica aplicable y ser realizado por un órgano jurisdiccional.

Los modelos de control judicial constitucional a los cuales más se hace referencia en el derecho comparado son con exclusividad, en primer lugar, el control concentrado, en el cual un órgano (u órganos) acumula las competencias para el control judicial de constitucionalidad. El

---

<sup>122</sup> El control constitucional en un sentido amplio coincide con los sistemas previstos por la constitución para poner límite al poder de los órganos estatales por ella constituidos o legitimados.



ejemplo más importante de este sistema actualmente es el Tribunal constitucional federal alemán. En segundo lugar, el sistema norteamericano de control judicial de constitucionalidad, también llamado control difuso, en el que cualquier tribunal puede, en principio, declarar una norma como contraria a la constitución.

(a) Control concentrado

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

- (i) El primero es el control de constitucionalidad de forma preventiva, esto es, el control de constitucionalidad no de la ley, sino del contenido material del proyecto de ley. Una competencia similar tiene en virtud de las atribuciones conferidas en los numerandos 1 y 2 del artículo 93 [82] de la Constitución Política de la República el Tribunal Constitucional de Chile<sup>123</sup>. Los efectos de este mecanismo no tienen mayores implicancias para la determinación del efecto de los derechos frente a particulares, en la medida que el objeto de control siempre es una manifestación de la agencia estatal para la producción de la ley o su análogo<sup>124</sup>.
- (ii) El control constitucional puede llegar al tribunal también mediante la solicitud que hace a éste un tribunal ordinario, cualquiera sea su jerarquía, cuando considera que una norma, de cuya validez depende su decisión, es inconstitucional (art. 100.1 LFB). Tal aplicación debe ser contraria a la Ley fundamental. Este procedimiento a simple vista reviste características

---

<sup>123</sup> En adelante se pondrán en relación los artículos de la Constitución Política antes y después de la reforma introducida por la ley 20050. Para ello se utilizará entre corchetes la antigua numeración.

<sup>124</sup> En el ordenamiento jurídico chileno, hasta el momento, el Tribunal Constitucional ha tenido a su cargo el control preventivo de constitucionalidad, por lo que su labor en este contexto no puede ser entendida como una medida de protección de derechos fundamentales como derechos subjetivos públicos en particular, sino que una evolución de las normas sometidas a su control en referencia a la constitución y a los derechos fundamentales en cuanto derecho objetivo. La protección de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, frente al legislador (art. 93 [82] NN° 1 y 2 CPol) y a la potestad reglamentaria (art. 93 [82] NN° 3 y 6 CPol) se logra a través de la cautela del estatus o posición jurídica de los ciudadanos protegidos por las normas de derecho constitucional objetivo. La protección preventiva que brinda el Tribunal Constitucional es siempre por tanto frente a una agencia estatal de creación de normas, de forma previa a su promulgación, lo que hace imposible que los intereses particulares se hagan parte o sean afectados directamente. Ello no obsta a que se comprometa en ello lo que más adelante se denominará el efecto indirecto frente a particulares.

similares a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (arts. [80] *vis-à-vis* 93 CPol), la cual es un examen de constitucionalidad de la aplicación de la norma cuestionada.

(iii) Por último, el Tribunal constitucional federal también puede conocer del control de constitucionalidad mediante el recurso de queja, el cual es planteado directamente por parte del afectado por una actuación normativa estatal, incluida la afectación de sus derechos fundamentales por parte de una sentencia judicial. El juicio de constitucionalidad que el tribunal hace en estos casos, no es ya un control preventivo sino que tiene lugar tras la promulgación de la norma y su aplicación por un ente administrativo o judicial. Es además un control que se plantea a la luz de un caso concreto, en el cual pueden participar los particulares tanto en una contradicción con un ente estatal como enfrentados en una disputa jurídica entre particulares. Esto es así, fundamentalmente por la previsión de la Ley fundamental en su artículo 1.3 en cuanto “los [...] derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable”. Es en virtud del tenor de este precepto constitucional que el Tribunal constitucional federal se ha considerado competente para evaluar, mediante este recurso, no sólo la creación del derecho legal y administrativo y su aplicación por una agencia administrativa, sino también su aplicación por los tribunales ordinarios, estampada en una sentencia judicial<sup>125</sup>. Esta fórmula de control es la llave de paso para el efecto de los derechos fundamentales entre particulares.

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

Frente a la actuación del legislador, el ciudadano esta provisto, primero, de una cautela preventiva (i), segundo, de un procedimiento que se inserta dentro del juicio ordinario que tiene como objeto la inaplicación de la ley en aquel (ii), y tercero, tiene el recurso de queja, si cree que la aplicación de la ley ha violado sus derechos fundamentales (iii). Frente a la actuación de la administración, el ciudadano cuenta con una protección similar a la descrita frente al legislador, cuando se trate de actos constitutivos de producción de normas (ii), y con el recurso de aparo cuando se trata de actos no normativos (iii). Sin embargo vale la pena, señalar que el más

---

<sup>125</sup> *vide* Starck, C: "Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios" en 53 *Revista Española de Derecho Constitucional* (1998), pp. 11-25.

relevante control de la actuación del Estado, referido a proteger la posición jurídica del ciudadano frente a éste, no proviene del control de constitucionalidad de la aplicación de normas administrativas, sino del control de la legalidad de las normas hecho en la misma sede administrativa.

El control de la legalidad de la actuación administrativa cautela de manera indirecta la constitucionalidad de los actos administrativos. Las actuaciones administrativas normalmente están reguladas por la ley, la que establece obligaciones y sanciones. Las actuaciones de este tipo provienen de órganos estatales que normalmente tienen procedimientos administrativos de control *ad-hoc*. Referido al control de constitucionalidad, en la medida en que existe el principio de legalidad de la administración y el principio de constitucionalidad de la legislación, toda norma legal debe ser constitucional y a su vez toda norma administrativa debe ser legal y constitucional. Ese principio de coherencia jerárquica parece solucionar el problema de la afectación de derechos fundamentales por parte de la administración. Sin embargo, muchos casos problemáticos se plantean, en razón de las distintas interpretaciones de las cuales los preceptos legales pueden ser objeto y dado que lo que en abstracto puede no ser inconstitucional en el momento de su aplicación puede volverse inconstitucional<sup>126</sup>.

(b) Control difuso

La constitución estadounidense de 1787 no establecía una carta o declaración de derechos. Dichos derechos fueron agregados a ellas por enmiendas modificatorias. Tampoco existe en la constitución norteamericana una consagración expresa de protección judicial de la constitución<sup>127</sup>. No obstante ello, la facultad de *judicial review* data ya de 1803, cuando la Corte Suprema mediante el fallo del asunto *Marbury v. Madison*, se autocomprendió dotada de la competencia para revisar un eventual conflicto material entre una ley y la constitución, pudiendo invalidar para el caso concreto la ley contraria a la constitución.

---

<sup>126</sup> *vide* Correa: "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad", pp. 590s y Marshall, P. E: "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad" en *2 Rev D UAI* (2005), pp. 791ss; ambos siguiendo a Atria: "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo". *cf.* Gunther: "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica".

<sup>127</sup> Normas que pueden servir de asiento institucional a la revisión constitucional citadas por el Juez Marshall en *Marbury* son los artículos 3.2.1, 6.3 y 6.2. *vide* Varela, J: *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada* (Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998).

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

El mecanismo procesal mediante el que los derechos fundamentales son protegidos tiende a ser caracterizado como un sistema *difuso* de control constitucional, pues cualquier tribunal puede declarar inconstitucional una ley determinada – que sea aplicable a un caso en actual conocimiento del mismo tribunal – mediante el planteamiento de un incidente procesal. Sin embargo, por el expediente de la doctrina del precedente – mediante el cual las decisiones anteriores de los tribunales vinculan, para casos análogos, a los tribunales inferiores –, recae en la Corte Suprema, en definitiva, la decisión final sobre la constitucionalidad de una ley u otra acción normativa estatal<sup>128</sup>.

Como se puede ver, el control constitucional en la jurisprudencia norteamericana es un control *a posteriori* y que evalúa a la luz de los hechos del caso concreto. Sin embargo se diferencia de la inconstitucionalidad o de la inaplicabilidad (arts. [80] *vis-à-vis* 93 CPol) por ser *difuso*, o sea, por la posibilidad de ser ejercido por cualquier tribunal. Esta nota distintiva plantea una de las diferencias fundamentales entre el sistema jurídico estadounidense y los sistemas continentales. En aquél, la distribución de competencias jurisdiccionales no impide la solución de una antinomia entre la constitución y la legislación. La supremacía constitucional debe ser protegida a toda costa. Esta característica, tiene su explicación en la diversa concepción del principio de la separación de poderes, que se desarrollo a uno y otro lado del atlántico, separación como *aislamiento* y separación como *contrapeso*, en uno y otro caso.

#### *Derechos fundamentales en procedimientos de aplicación*

En los procedimientos de aplicación de normas, lo usual es que la constitución no sea norma aplicable. La constitución se hizo aplicable para ejercer el control sobre las actuaciones de los

---

<sup>128</sup> *vide* García-Pelayo, M: *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid: : Alianza, 1984). En la jurisprudencia de la Corte Suprema existen al menos dos formulas de control, una cómo la descrita en el texto principal (*as applied*) y otra, excepcional, que invalida con efectos generales la legislación inconstitucional (*on its face*).

órganos del Estado, esto es, control de normas en procedimiento de control<sup>129</sup>. No obstante la constitución flexibiliza esa característica tan propia, cuando ella o la ley expresamente señalan que en determinado procedimiento de aplicación determinadas normas de la constitución serán tenidas como derecho directamente aplicable a los hechos. Estos casos no forman parte de una competencia jurisdiccional general, sino de una excepción a la aplicación de las normas constitucionales únicamente en procedimientos de control de la constitución. Procedimientos de aplicación pueden encontrarse, por ejemplo, en las competencias para la destitución de funcionarios de gobierno, que encomiendan al Congreso la tramitación de la acusación constitucional (arts. [48] *vis-à-vis* 52 CPol). En ésta, la norma que presenta el estándar de conducta adecuada es la constitución, la que se aplica a los hechos relevantes que están constituidos por la conducta del funcionario cuestionado.

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

- (i) Pensar que la norma legal o reglamentaria que soluciona el caso, lo hace de manera inconstitucional, por atentar contra los derechos fundamentales, y por tanto, actuar pretiriendo la norma legal o reglamentaria que contradice la constitución y solucionando el caso con las demás normas legales que no adolecen del vicio de inconstitucionalidad. A este caso puede llamárselo *eliminación de normas inconstitucionales*<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Esa característica puede ser vislumbrada en cuanto se entiende que las competencias sobre la validez material y las competencias sobre la validez formal son competencias que establecen procedimientos de control.

<sup>130</sup> Un ejemplo de esta idea está dado por la teoría de la derogación tácita por inconstitucionalidad sobreviniente, *vide* Cea, J. L: "Notas sobre inaplicabilidad y derogación de preceptos legales" en 13 *Revista Chilena del Derecho* (1986): 25-31; y Evans de la Cuadra, E: *Los Derechos Constitucionales* (Santiago: Jurídica de Chile, 1999), v.2, p. 446. Sobre ella, *vide* Marshall Barberán: "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad", pp. 784ss. *cfr* Domínguez, R: "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno" en 93 *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1996), pp. 112ss.

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

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

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

La prescindencia de la dimensión legal – la fórmula b) – no sólo infringe la distribución de competencias jurisdiccionales, sino que ignora la naturaleza constitutiva que la distribución de competencias en general tiene para la aplicación del derecho legítimo en el Estado de derecho moderno. Esta fórmula no pretende obtener para la justicia ordinaria la competencia de control, o por lo menos no ejercerla enteramente. Respeta la separación de funciones que el sistema concentrado plantea, pero quiere solucionar el conflicto jurídico que le ha sido sometido mediante la aplicación de la constitución directamente.

Es difícil encontrar ejemplos crudos de *prescindencia*; es más fácil encontrar ejemplos de *eliminación*. En lo que sigue se verá cómo es que en el derecho alemán se ha hecho frente a la tentación de constitucionalizar la aplicación del derecho mediante las fórmulas antes descritas, buscando otras fórmulas más refinadas de aplicación directa de la constitución y en definitiva

elaborando una fórmula de eficacia horizontal que no afecte la integridad distribución de competencias jurisdiccionales, por lo menos formalmente.

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

### *¿Qué es el efecto horizontal de los derechos fundamentales?*

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

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

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

razonamiento puede ser extendido al derecho administrativo regulador y a todos los órdenes que involucran al Estado en relaciones que primariamente, o a simple vista, se sitúan en el ámbito de las relaciones entre los particulares. Esto reafirma la idea de que es el derecho privado el que gobierna todas las relaciones entre particulares.

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

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

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

#### *Teoría de la eficacia directa*

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



mediación de ley alguna. Ellos sostienen, como se señaló, que sólo algunos, los *inequívocamente frente a privados*, sean los que cobren eficacia horizontal<sup>131</sup>.

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

(i) La mayoría de los derechos emplazados en el catálogo de derechos fundamentales de la Ley fundamental tienen la naturaleza de derechos públicos subjetivos del individuo frente al Estado. “En esta calidad de derechos fundamentales a título de derechos públicos subjetivos no están destinados al tráfico jurídico-privado”<sup>132</sup>.

(ii) Sin embargo,

no pocas disposiciones tienen además la importante función de *proposiciones ordenadoras o principios* para con el *orden jurídico en su conjunto*. Se trata del efecto directamente normativo de algunas disposiciones jurídico-fundamentales como derecho constitucional objetivo vinculante [del cual] también emanan directamente derechos subjetivos privados del individuo<sup>133</sup>.

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

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

La teoría de la eficacia directa fue tempranamente rechazada en Alemania. Ella tenía el problema fundamental de ser un caso de lo que antes se denominó prescindencia de la dimensión legal del derecho. Sin embargo, no puede atribuirse al argumento de la infracción de la

---

<sup>131</sup> *vide supra* p. 105.

<sup>132</sup> Nipperdey citado en Julio: *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*, p. 104

<sup>133</sup> Nipperdey citado en *ibid.* La jurisprudencia constitucional alemana se resiste a dar este segundo paso, si bien puede considerar a los derechos desde una perspectiva objetiva, estos no vuelven a fundar derechos subjetivos de contenido fundamental frente a otros particulares. Sobre el carácter objetivo de los derechos fundamentales *vide* Capítulo segundo: los derechos fundamentales como valores (pp. 65ss); *cfr infra* pp. 131ss.

distribución de competencias todo el peso que se necesitó para que la crítica contra la idea de eficacia directa no dejara ninguna duda de su impracticabilidad. Junto a él, se reprochó a tal doctrina “propiciar inseguridad jurídica, acabar con la autonomía privada y subordinar el derecho privado al constitucional”<sup>134</sup>.

Después de algunas sentencias del Tribunal federal laboral que adoptaron la eficacia directa, el *Tribunal constitucional federal* fue el encargado de desahuciar esta teoría, mediante el establecimiento de una más moderada. El fallo *Lüth* fue el que adhirió por primera vez a la teoría que hoy es dominante en ese país, no sólo en la jurisprudencia<sup>135</sup>, sino también en la doctrina<sup>136</sup>.

### *Teoría de la eficacia indirecta*

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

---

<sup>134</sup> *ibid* 116. Sobre esto, *vide* von Münch: "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania"; Jana, A: "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales" en *Derechos Fundamentales SELA 2001* (Buenos Aires: Del Puerto, 2003); y Hesse, K: *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (Madrid: Civitas, 2001). *cfr* Ferreres: "La eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares", pp. 44ss.

<sup>135</sup> *vide* BVerfGE 7, 198 (pp. 206s). La jurisprudencia constitucional posterior ha seguido ese precedente, *vide* BVerfGE 12, 113 (p. 124); 13, 318 (p. 325); 19, 337(pp. 391ss); 20, 56 (p. 87); 24, 289 (p. 297), todos citados en Schwabe, J: *Cincuenta Años de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003). Para un completo análisis de lo acontecido en la jurisprudencia española, *vide* Bilbao: *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares*; y García Torres y Jiménez-Blanco: *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares: La Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.

<sup>136</sup> *vide* Stein: *Derecho Político*; Stern, K: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987); Schneider, H. P: "Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales" en *Democracia y Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991); Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*; Benda, Maihofer, *et al*: *Manual de Derecho Constitucional*; von Münch: "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania"; Habermas: *Facticidad y Validez*; Hesse: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*; Starck, C: "Derechos fundamentales y Derecho privado" en *66 Revista Española de Derecho Constitucional* (2002); Häberle: *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. *cfr* Forsthoff: *El Estado de la Sociedad Industrial*; y Böckenförde: "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental".

Según Stein, la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales tiene tres aspectos: (i) la vinculación de la legislación a los derechos fundamentales; (ii) una interpretación constitucional del derecho privado; y (iii) determinadas garantías institucionales<sup>137</sup>. Como queda en evidencia, la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, inclusive del legislador, forma parte de la eficacia vertical, – meramente frente al Estado – de los derechos fundamentales. Las garantías institucionales, que resguardan instituciones que típicamente forman parte del derecho privado, son la expresión de la constitucionalización, y por tanto, de la mayor estabilidad del matrimonio o de la propiedad. Sin embargo el efecto que las garantías institucionales tienen frente al derecho privado, desde un punto estrictamente normativo, es el mismo que tienen los demás derechos fundamentales, como la libre expresión o la libertad de desplazamiento. Tal efecto es limitar la actuación de los órganos estatales en sus relaciones frente a los particulares, esta vez, objetivizando la posición del ciudadano frente al Estado, en una institución de carácter abstracto<sup>138</sup>. Por tanto, ninguno de los aspectos recién señalados es distinto del efecto tradicional o vertical de los derechos fundamentales. Es lo que Stein llama *interpretación constitucional del derecho privado*, lo que propiamente es la eficacia indirecta de los derechos fundamentales.

La mediación legal para el efecto de los derechos fundamentales en el derecho privado, se produce a través de los conceptos jurídicos abiertos o cláusulas generales, en cuya interpretación deben ser tenidos en cuenta<sup>139</sup>. Así se concreta una eficacia indirecta, esto es, a través de la interpretación de la ley. Según el *Tribunal constitucional federal* en el fallo *Lüth*:

Por mandato constitucional, el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita; si tal es el caso, entonces, en la interpretación y aplicación de estas prescripciones, tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de aquí resulta<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> *vide* Stein: *Derecho Político*, p. 243.

<sup>138</sup> Sobre las garantías institucionales en general, *vide* Gallego, A: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial* (Madrid: Civitas: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1994), pp. 21-77; sobre la relación de las garantías institucionales son los temas aquí tratados, *ibid* 81-100, 241-53.

<sup>139</sup> *vide* Starck: "Derechos fundamentales y Derecho privado", p. 67.

<sup>140</sup> Citado en Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 516.

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

Con todo, la idea de esta explicación se parece más a una mediación judicial que a una mediación legal. La idea tradicional de la mediación legal entiende que la legislación debe desarrollar y proteger los derechos establecidos en la constitución. Esa sería su función política<sup>141</sup>. Puede no adherirse a esa concepción de la relación entre constitución y legislación, y pensarse, sin embargo, que en el momento de la interpretación del derecho legislado vigente es sensato que el legislador, al menos, no ha querido vulnerar o violar los derechos constitucionales y, por tanto, debe ser interpretado en armonía con estos. El razonamiento del cual esta forma de influencia de los derechos fundamentales forma parte, puede tener una relación con el principio de deferencia legislativa que a los contrincantes de la constitucionalización les gusta defender<sup>142</sup>. Por tanto, debe aceptarse que el que realiza la mediación sí es el juez, pero utilizando para ello las cláusulas generales del derecho civil.

La operatividad del efecto indirecto de los derechos fundamentales está dada en Alemania por dos consideraciones. Primero, por la vinculación del juez a la constitución y por que el Tribunal constitucional federal ha comprendido que puede, mediante el recurso de queja, controlar las violaciones de derechos fundamentales realizadas por la judicatura ordinaria<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> *vide Hesse: Derecho Constitucional y Derecho Privado*, pp. 33ss.

<sup>142</sup> *vide supra* pp. 58ss y 92ss.

<sup>143</sup> *vide supra* pp. 110ss.

Segundo, por el razonamiento que ha aplicado el Tribunal constitucional federal para determinar cuándo se han violado los derechos fundamentales por la judicatura ordinaria.

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

- (i) Los tribunales ordinarios, al igual que todos los órganos del Estado, se ven vinculados por la constitución (art. 1.3 LFB).
- (ii) Ellos no pueden violar los derechos fundamentales de los particulares mediante una resolución judicial.
- (iii) La aplicación, por parte del tribunal, del derecho privado en la sentencia judicial, puede violar los derechos fundamentales.
- (iv) Es deber del juez, en la medida de su vinculación, aplicar el derecho privado de forma que no se constituya en una violación de los derechos fundamentales.
- (v) En dicha actuación es clave que el derecho privado sea interpretado dando cabida al *efecto de irradiación* que los derechos fundamentales tienen sobre los principios generales y las cláusulas establecidas en la legislación de derecho privado<sup>144</sup>.
- (vi) Cuando una parte que se ha sentido agraviada por el fallo, es capaz de justificar que éste constituye una violación de sus derechos fundamentales, podrá entablar un recurso de queja constitucional frente a dicho fallo.
- (vii) El Tribunal constitucional federal evaluará si el tribunal ordinario dio aplicación al mandato de vinculación y aplicó constitucionalmente, esto es, conforme al efecto que los derechos fundamentales deben tener en la interpretación de los principios generales y las cláusulas, el derecho privado relativo al caso.
- (viii) Si del fallo resulta una violación de derechos fundamentales, el Tribunal constitucional federal lo *anulará*, fundándose en la infracción del deber de respeto que el juez tenía.

En definitiva, si se atiende a lo dicho sobre el efecto indirecto, resulta sensato entender que éste opera en dos niveles. Por un lado, los derechos fundamentales actúan vinculando al juez

---

<sup>144</sup> Sobre el efecto de irradiación en Chile, desde una perspectiva comparada, *vide* Aldunate, E: "El efecto de irradiación de los derechos fundamentales" en *La Constitucionalización del Derecho Chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003).

ordinario a la constitución de una manera mediada por la legislación de derecho privado. Este es el efecto horizontal propiamente tal. Sin embargo, esta vinculación no se vuelve relevante sin el segundo nivel de operación. Este implica una prerrogativa del Tribunal constitucional federal de evaluar la constitucionalidad del fallo judicial, en un procedimiento de control de constitucionalidad de la actuación de un órgano del Estado, esto es, ya no en un procedimiento de aplicación sino en un procedimiento de control<sup>145</sup>. Como se ve, el efecto horizontal respeta formalmente la distribución de competencias jurisdiccionales, aunque da cabida a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado.

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

#### *Excurso: la tesis de Alexy sobre el efecto horizontal*

Alexy en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, considera que las tres construcciones tradicionales respecto al efecto horizontal, en lo que se refiere a su acción en referencia a la labor judicial, son equivalentes en los resultados<sup>146</sup>. Esto es, que todo resultado que se puede alcanzar adoptando una, se puede también alcanzar adoptando otra:

Ninguna de las tres teorías traspasa, a través de un simple cambio de destinatario, los derechos fundamentales, en tanto derechos frente al Estado, a la relación ciudadano/ciudadano<sup>147</sup>.

Preocupado por la cuestión de la corrección de las teorías de sobre el efecto horizontal, Alexy plantea un modelo unitario de efecto horizontal, esto es, *un modelo de tres niveles de efecto en terceros*, que pretende zanjar la polémica disputa por la corrección suscitada entre las tres teorías, que él considera equivalentes en sus resultados. Alexy señala que

---

<sup>145</sup> Sobre la distinción entre cuestiones procesales y sustanciales, *vide supra* p. 103.

<sup>146</sup> Aquí no se ha abordado la tercera teoría a la que Alexy hace referencia, ella es la teoría del *deber de protección*, que desarrollada principalmente por Schwabe en Alemania, guarda un extraordinario parecido con la justificación del efecto horizontal en el derecho anglosajón, sobre ella *vide* Julio: *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*, pp. 131ss.

<sup>147</sup> Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 514.

cada una de las tres construcciones subraya correctamente algunos aspectos de las complicadas relaciones jurídicas que caracterizan los casos de efectos en terceros y que lo que las vuelve inadecuadas es que consideran que los aspectos por ellas abarcados constituyen la solución completa<sup>148</sup>.

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

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

En el segundo nivel, Alexy establece una conexión entre el deber del juez en la interpretación y aplicación del derecho civil de tener en cuenta el orden objetivo de valores y los derechos fundamentales como derechos subjetivos. Tal conexión es construida en base a una máxima de coherencia que debe primar en la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal el incumplimiento del deber del juez necesariamente tiene que implicar la lesión o violación de derechos fundamentales como derechos subjetivos. El propio Tribunal constitucional federal sostiene que un tribunal ordinario

viola no sólo el derecho constitucional objetivo al desconocer el contenido de la norma de derecho fundamental (como norma objetiva) sino que más bien, en cuanto titular del poder público, lesiona con su fallo el derecho fundamental<sup>149</sup>.

Al sostener que los ciudadanos tienen frente a la administración de justicia derechos fundamentales, Alexy esquivo la objeción que se plantea a la teoría de Schwabe, complementando los derechos de defensa que, según éste, se ven vulnerados con las prohibiciones o mandatos judiciales, con derechos a prestaciones que son vulnerados con las permisiones judiciales. Al final, la construcción de este nivel, desencadena en la existencia de un derecho del ciudadano frente a la administración de justicia a

---

<sup>148</sup> *ibid* 515.

<sup>149</sup> [BVerfGE 7, 198 (206)] citado en *ibid* 517.

que ésta tome debidamente en cuenta el principio iusfundamental que habla a favor de la posición que hace valer el ciudadano. Cuando este derecho es lesionado se lesiona el derecho fundamental al cual pertenece el respectivamente relevante principio iusfundamental<sup>150</sup>.

Por último, en el tercer nivel, se debe esclarecer – según Alexy – que es lo que se entiende por efecto inmediato en terceros. No consiste en que los derechos frente al Estado se transformen en, o sean al mismo tiempo, derechos frente a los demás ciudadanos. Esto está excluido por razones conceptuales y no es sostenido por ningún representante de la teoría de los efectos inmediatos en terceros<sup>151</sup>. La diferencia fundamental estriba, en que cada ciudadano que se ve implicado en un caso de efecto horizontal es titular de derechos fundamentales y, por tanto, el efecto de los derechos fundamentales en estas relaciones es diferente. Puede observarse que la construcción de Alexy del efecto inmediato propugna una implicación de ciertos derechos entre particulares distintos a los derechos frente al Estado que sin la existencia de los principios objetivos no existirían. Dichos derechos regulan las relaciones entre particulares y constituyen un límite a la autonomía privada<sup>152</sup>.

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

#### *State Action en Estados Unidos*

La jurisprudencia norteamericana ha reconocido la necesidad de modificar la rigidez de la tesis liberal, incorporando actuaciones privadas en las conductas sujetas a escrutinio constitucional, extendiendo así la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales a relaciones que, en principio y por su naturaleza privada, estaban excluidas del ámbito constitucionalmente protegido. Esta alteración se ha caracterizado por la dilatación del criterio de protección y no por la invalidación del mismo. En principio la jurisprudencia norteamericana sigue abrazando la regla de que sólo ante una *acción estatal* esta permitida la protección constitucional, pero las formas que ha adoptado dicha acción estatal se han visto vinculadas por la jurisprudencia al

---

<sup>150</sup> *ibid* 519.

<sup>151</sup> *ibid* 520.

<sup>152</sup> *vide supra* Capítulo segundo: los derechos fundamentales como valores, pp. 65ss.



accionar privado. Esto significa, que los nuevos criterios de reconocimiento de acciones estatales pretenden ampliar la regla de la acción estatal, sin suprimirla, con la finalidad de incorporar casos de acción privada, sin socavar formalmente una regla constitucional tradicionalmente relevante.

Dos han sido las vías argumentativas que ha utilizado la jurisprudencia norteamericana para ampliar, siempre con carácter excepcional, el radio de acción de las garantías constitucionales<sup>153</sup>.

(a) El ejercicio de funciones públicas

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

- (i) En primer lugar, el escrutinio constitucional de las medidas que toman los partidos políticos en la organización de primarias electorales, conformándose soluciones que declaran inconstitucionales las medidas discriminatorias de los partidos políticos, encaminadas a excluir a votantes afroamericanos de la participación en dichos procesos. La Corte sostiene que la función de los partidos y de los procesos electorales preliminares es una función estatal, vinculada al proceso eleccionario definitivo, al derecho a sufragio, y que por dicho motivo deben someter su actuar y su procedimiento a la decimoquinta enmienda<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> Sobre la excepcionalidad del efecto horizontal en el derecho anglosajón, *vide* Tushnet: "The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law"; y Bilbao, J. M: *Los Derechos Fundamentales en la Frontera entre lo Público y lo Privado: la Noción de State Action en la Jurisprudencia Norteamericana* (Madrid: McGraw-Hill, 1997), pp. 64-74.

<sup>154</sup> Los casos de las primarias blancas se inauguran en 1927 con *Nixon v. Rendón* [273 US 536 (1927)], luego se plantea un obstáculo en el reconocimiento de la *state action* con *Grove v. Townsend* [295 US 45 (1935)], para luego pasar a su reconocimiento irrestricto en *United States v. Classic* [313 US 299 (1941)], *Smith v. Allwright* [321 US 649 (1944)] y *Terry v. Adams* [345 US 461 (1953)].

(ii) En segundo lugar, el escrutinio constitucional de las medidas de propietarios privados respecto a la restricción del acceso a sus propiedades opuesta a otros particulares. Así, la Corte Suprema ha señalado que la naturaleza y magnitud de las funciones públicas que un propietario desempeña en relación a su propiedad, cuando éste presta aquella para su uso en condiciones análogas a un bien de uso público, limitan sus posibilidades de acción discrecional respecto a los derechos y libertades involucrados en el uso de ese tipo de bienes. Este criterio fue inaugurado con el caso *Marsh v. Alabama*, que plantea la inconstitucionalidad de la restricción a la libertad de propaganda religiosa por parte del dueño de una ciudad construida en terrenos privados, por entender que la labor de administración de la ciudad era una función estatal y la discriminación una acción estatal<sup>155</sup>. Luego le siguieron una serie de casos sobre restricción a la libertad de expresión en centros comerciales que giraron en torno al precedente de *Marsh*<sup>156</sup>. Sin embargo, el criterio de la función pública lejos de haberse expandido, se ha neutralizado, manteniéndose dentro de márgenes que implican una concepción de la función estatal sumamente restringida. Se ha sostenido, por ejemplo, que las funciones que prestan servicios públicos, como las compañías eléctricas, no pueden ser entendidas como acciones estatales<sup>157</sup>. En *Flagg BROS., Inc. v. Brook*, se señala, justificando esta tendencia a conservar restringida la procedencia de la protección judicial contra acciones de particulares, que el criterio de la función pública es un criterio estricto: “aunque muchas funciones han sido desempeñadas tradicionalmente por los Estados, son muy pocas las que han sido reservadas exclusivamente al Estado”<sup>158</sup>.

(b) La complicidad estatal significativa

El segundo criterio consiste en la existencia de vínculos, complicidades o contactos suficientemente significativos entre el Estado y privados. Constituiría una razón que haría

---

<sup>155</sup> [326 US 501 (1946)]

<sup>156</sup> *Amalgamated Food Employees Local 590 v. Logan Valley Plaza* [391 US 308 (1968)] es el caso central. Luego *Lloyd Corp v. Tanner* [407 US 551 (1972)] y *Hudgens v. NLRB* [424 US 507 (1976)] tienden a revocar el precedente de *Logan*, para finalmente *Prune Yard Shopping Center v. Robins* [447 US 74 (1980)] confirmarlo definitivamente.

<sup>157</sup> Como en *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* [419 US 345 (1974)]. Tampoco la educación, ni la protección contra incendios. Sí se han aceptado como acciones estatales la selección de jurados y la gestión privada de establecimientos penitenciarios.

<sup>158</sup> [436 US 149 (1978)] citado en Bilbao: *Los Derechos Fundamentales en la Frontera entre lo Público y lo Privado: la Noción de State Action en la Jurisprudencia Norteamericana*, p. 67.

posible la implicación del Estado. Se construye a través de una conexión relevante entre el Estado y quien realiza materialmente la acción. En estos casos se ha resuelto la procedencia de la protección constitucional en virtud de una acción estatal, cuando el factor de conexión es suficientemente relevante para considerar al Estado como un socio o un participante activo de la conducta impugnada. Si bien no se puede conformar en *test* formal de procedencia – y la Corte ha sido enfática en reiterarlo –, se pueden identificar cinco grupos de casos relevantes: Los convenios privados discriminatorios y su ejecución judicial, la asociación entre Estado y privados, los estímulos o ayudas del Estado a privados, la regulación y autorización estatal mediante licencias, y por último, la omisión del Estado<sup>159</sup>.

- (i) Los convenios privados discriminatorios y su ejecución judicial. Si bien en un comienzo la Corte Suprema se había pronunciado favorablemente a que convenios privados en que los propietarios de inmuebles establecieran restricciones a la disposición de la propiedad por motivos de discriminación racial<sup>160</sup>, *Shelley v. Kraemer* inaugura la fórmula de implicación del Estado mediante la protección judicial de los convenios discriminatorios<sup>161</sup>. En él se sostiene que el juez que ejecuta judicialmente el acuerdo privado de contenido discriminatorio, constituye un actor estatal que participa coadyudando la actividad privada. Las inusitadas consecuencias de este fallo llevaron a la corte a retroceder en su postura sólo 8 años después con *Black v. Cutre Laboratories*<sup>162</sup>. La jurisprudencia de la Corte salvo algunas pocas excepciones, si bien no por la ejecución de convenios discriminatorios, sino por la ejecución judicial de otro tipo de discriminación privada, ha sido reticente a aplicar el precedente de *Shelley*<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> *ibid.* Los casos centrales en esta materia son, *Marsh v. Alabama* [326 US 501 (1946)]; *United States v. Classic* [313 US 299 (1941)]; *Flagg Bros., Inc. v. Brooks* [436 US 149 (1978)]; *Shelley v. Kraemer* [334 US 1 (1948)]; *Burton v. Wilmington Parking Authority* [365 US 715 (1961)]; *Reitman v. Mulkey* [387 US 369 (1967)] y *DeShaney v. Winnebago o Country Dep. of Social Servs.* [489 US 189 (1989)].

<sup>160</sup> Los casos son *Buchanan v. Warley* [245 US 60 (1917)] y *Corrigan v. Buckley* [271 US 323 (1926)]

<sup>161</sup> [334 US 1 (1948)]

<sup>162</sup> [351 US 292 (1956)]

<sup>163</sup> Puede notarse la similitud de la construcción de *Shelley* con el modelo alemán de la eficacia horizontal, en ambos el deber del juez ordinario de considerar los derechos fundamentales de los individuos involucrados pasa a ocupar un lugar prioritario.

(iii) La asociación entre Estado y privados. En *Burton v. Wilmington Parking Authority* se considera por primera vez que la asociación o interdependencia contractual entre el Estado y un privado que realiza un acto contra los derechos – en este caso, nuevamente, discriminación racial –, implica de manera suficiente la acción estatal, como para considerar ésta en un escrutinio constitucional<sup>164</sup>. Según la Corte, el que los privados que realizaban acciones discriminatorias estuvieran emplazados en un edificio que les arrendaba el Estado – prestando servicios alimenticios sólo para blancos –, y el alcance público de la implicación estatal, por ser un edificio notoriamente estatal, exigía al ente estatal, “al regular la prestación del servicio el compromiso del arrendatario de respetar el mandato constitucional de *equal protection*”<sup>165</sup>. Sin embargo, la Corte ha dejado claro que “no basta cualquier contacto. Se exige una participación efectiva, una «relación simbiótica» entre el estado y el particular”<sup>166</sup>.

La asociación entre Estado y privados, para efectos de la implicación estatal ha seguido dos caminos. Siguiendo el precedente de *Burton*, se ha sostenido que la utilización de propiedad pública por privados exige que éstos se comporten de acuerdo a las enmiendas de la constitución. Además, como en *Pennsylvania v. Board of Trustees* la dirección de entidades privadas por representantes designados por instituciones públicas, configura un supuesto de implicación estatal<sup>167</sup>.

(iv) Los estímulos o ayudas del Estado a privados. En *Reitman v. Mulkey*, se analizó la cuestión de si mediante una regulación que limitaba la constitución estatal, en el sentido de permitir discriminar en las transacciones inmobiliarias entre privados. La conclusión en ese caso fue que el Estado participa facilitando o incentivando actividades discriminatorias mediante normas permisivas expresas<sup>168</sup>. Los casos más importantes respecto a estímulos o ayudas estatales son, sin embargo, aquellos en los cuales dicha ayuda se canaliza a través de medios económicos como subsidios, subvenciones o exenciones fiscales. Los casos más importantes son de

---

<sup>164</sup> [365 US 715 (1961)]

<sup>165</sup> Citado en Bilbao: *Los Derechos Fundamentales en la Frontera entre lo Público y lo Privado: la Noción de State Action en la Jurisprudencia Norteamericana*, p. 103.

<sup>166</sup> *ibid* 105.

<sup>167</sup> [353 US 230 (1957)].

<sup>168</sup> [387 US 369 (1967)]. El mismo criterio se aplica en *Skinner v. Railway Labor Executives' Association* [489 US 602 (1989)].

establecimientos educacionales privados que practicaban segregación racial, como en *Norwood v. Harrison* y *Ruyon v. McCrary*<sup>169</sup>. Sin embargo, no existen criterios permanentes en la jurisprudencia de la corte que permitan sostener que el apoyo económico implique necesariamente la existencia de una acción estatal, la discriminación racial por instituciones financiadas con fondos públicos es la única actividad consistentemente catalogada de *state action*.

(v) La regulación y la autorización estatal mediante licencias. Una cuarta forma de interrelación entre privado y Estado que la Corte Suprema ha considerado idónea para la implicación estatal consiste en la vinculación existente entre el ente supervisor o que entrega una autorización y el privado que realiza la acción regulada. Esta relación, si bien puede coincidir con el ejercicio de funciones públicas por parte de privados, constituye un criterio analíticamente distinto. Dicha relación puede ser planteada de dos formas: primero, mediante el otorgamiento de licencias de funcionamiento (o monopolios) por parte de un ente estatal. Eventualmente, el Estado podría verse implicado en la medida que el otorgamiento de la licencia “contribuye a intensificar el impacto negativo de la discriminación, permitiendo que eso ocurra en la prestación de un servicio regulado por el Estado”<sup>170</sup>. Sin embargo, en *Moose Lodge No 107 v. Irvis* la Corte no ve una conexión suficientemente fuerte en el otorgamiento de una licencia de alcoholes (bien escaso por decisión pública) a un club privado sólo para blancos<sup>171</sup>; y segundo, mediante la completa regulación por parte de la administración estatal de una actividad privada que presta un servicio público es más fácil atribuir al Estado la acción, señala la Corte, no obstante, debe establecerse la conexión suficiente, más haya de la regulación misma. Dicha conexión con el particular se realiza sólo – como señala la Corte en *Flagg* – con la conminación estatal para la realización del acto del particular: un criterio súper-restringido. Con esto, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce la regulación y autorización mediante licencias como un criterio negativo de implicación estatal, esto es, como condición necesaria más no suficiente.

(vi) La omisión del Estado. La cuestión de la violación de los derechos de particulares por parte de otros particulares suscita finalmente – y no sólo en la jurisprudencia norteamericana – la

---

<sup>169</sup> [413 US 455 (1973)] y [427 US 160 (1976)].

<sup>170</sup> Tribe citado en Bilbao: *Los Derechos Fundamentales en la Frontera entre lo Público y lo Privado: la Noción de State Action en la Jurisprudencia Norteamericana*, p. 131.

<sup>171</sup> [407 US 163 (1972)]

cuestión sobre la implicación del Estado por omisión de protección frente a la acción del particular. La respuesta invariable de la Corte Suprema en casos como *DeShaney v. Winnebago o Country Dep. of Social Servs.* es que

el único contexto en que el Estado asume un deber de protección de las libertades individuales frente a las posibles interferencias de terceros es [...] el constituido por todos aquellos supuestos en los que una persona está privada de libertad, bajo la custodia directa del Estado<sup>172</sup>.

Como ha podido verse, la mayoría de los supuestos relevantes de ampliación de *state action* tienen que ver con discriminación racial. La cláusula de igual protección sin dudas no protege de manera general las discriminaciones provenientes de otros ciudadanos. La implicación estatal significativa es sólo un pretexto para determinar límites a la autonomía de los ciudadanos para discriminar arbitrariamente. La jurisprudencia de la Corte Suprema tiene en cuenta este objetivo, para el que entrega la solución de la *imputability* estatal. Para resolver tales casos, la Corte tiene que ponderar el límite que el interés en que los derechos y libertades se apliquen irrestrictamente frente a particulares, implica para la privacidad (*privacy*), principalmente para la libertad de discriminar arbitrariamente<sup>173</sup>. La carga ideológica que en el contexto norteamericano tiene la intromisión estatal en la vida privada de los ciudadanos es importantísima.

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

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

## EL ESPEJISMO DE LA PROCEDENCIA DEL EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CHILENO Y LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN CÓMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO ENTRE LA

---

<sup>172</sup> [489 US 189 (1989)] citado en Bilbao: *Los Derechos Fundamentales en la Frontera entre lo Público y lo Privado: la Noción de State Action en la Jurisprudencia Norteamericana*, p. 155, énfasis agragado.

<sup>173</sup> Gunther citado en *ibid* 177.

## SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL COMO APLICACIÓN DIRECTA Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS JURISDICCIONALES

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

En esta sección se intentará revisar rápidamente las principales formas en las cuales, hipotéticamente, los derechos fundamentales podrían tener vigencia horizontal en Chile. Algunas de esas formas, como se verá, no tienen que ver con el efecto horizontal desarrollado en el derecho comparado, sino que pretenden dar una eficacia directa a la constitución y a los derechos fundamentales.

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

Las cortes de apelaciones y la Corte Suprema conocen del recurso de protección (art. 21 CPol). A su vez el Tribunal Constitucional conoce del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (arts. [80] *vis-à-vis* 93 CPol). Esas competencias son especiales, establecidas expresamente por la constitución y de forma exclusiva y excluyente para aquellos tribunales. Ellas no quedan comprendidas, por tanto, en la competencia ordinaria de dichos tribunales, establecida en la cláusula de competencia jurisdiccional general y supletoria prevista en el artículo 76 [73] de la Constitución Política. Exceptuando el accionar del Tribunal Constitucional, actuando como un control *a priori* estos procedimientos son los únicos que pueden ser catalogados *prima facie* como procedimientos de control constitucional.

Antes de revisar esos mecanismos procesales, deben exponerse los fundamentos dogmáticos que se han dado para justificar el efecto horizontal. En primer lugar, se ha sostenido, del artículo 6° de la Constitución Política, que expresa la vinculación a la constitución de los órganos del Estado sin distinción y *de toda persona*. En segundo lugar, el supuesto – sin distinciones de sujeto pasivo – que establece el artículo 20 respecto de la procedencia del recurso

de protección se presenta cómo un argumento para aceptar que los derechos fundamentales pueden ser afectados por particulares. Se tratarán estas dos cuestiones en lo que sigue<sup>174</sup>.

(a) Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

El recurso de inaplicabilidad, como se señaló en referencia al procedimiento que le es análogo en el derecho alemán, es un recurso especial, mediante el cual la el Tribunal Constitucional (antes la Corte Suprema) debe evaluar a la luz del caso concreto, la aplicabilidad de una norma legal. La singularidad que este juicio de aplicabilidad tiene, es que considera como criterio relevante, la constitucionalidad de la aplicación de la ley impugnada. Esta es una interpretación de la función de tal recurso, que la Corte Suprema antes que el Tribunal Constitucional no implementó, pues siempre entendió que dicho recurso es un mecanismo de inconstitucionalidad abstracta de la ley, pero con efectos relativos para el caso concreto<sup>175</sup>.

La revisión de aplicabilidad no provee, en este supuesto, de las facilidades para el efecto indirecto, comentadas a propósito del recurso de queja constitucional alemán. El examen de aplicabilidad que se realiza, es un examen que se hace antes de la dictación de la sentencia y, por tanto, la no juzga la constitucionalidad de la interpretación de la ley en la sentencia judicial, sino

---

<sup>174</sup> Según Guzmán, tras el régimen de la constitución de 1925, en que los derechos fundamentales conseguían su efectividad solamente a través de la mediación legislativa o reglamentaria, hoy la situación a variado, llegando a considerar que en nuestro régimen constitucional “[la] figura que los alemanes llaman *Drittwirkung* es derecho positivo” (p. 47). Guzmán considera que “el inciso segundo [del artículo 6 de la constitución] establece la vinculatoriedad de esa parte con respecto a toda persona, institución o grupo. Y en tal inciso, pues, se contiene la nueva visión denominada *Drittwirkung* por los juristas alemanes” (p. 48). Luego sostiene, que “[e]l carácter positivo de la noción de efecto frente a terceros emana, además [complementariamente con el artículo 6 inciso 2º], aunque en particular para algunos derechos, de cuanto establece el artículo 20 inciso 1º CP. en materia de legitimación pasiva para el recurso de protección [...] La vinculación universal de los preceptos sobre garantías se ve reforzada por el efecto directo de la Constitución” (p. 49-50). Una es la posibilidad de que la constitución en general y los derechos fundamentales en particular, sean oponibles también frente a individuos particulares, y el otro es la aplicación de la constitución en momentos jurisdiccionales, sin que medie la acción de otra manifestación normativa, del sistema de producción del derecho chileno. *vide* Guzmán, A: *El derecho privado constitucional de Chile* (Valparaíso: Universitarias de Valparaíso, 2001). En este mismo sentido, pero mediante una argumentación que puede considerarse exagerada, *vide* Cea, J. L: "La constitucionalización del derecho" en *59 Revista de Derecho Público* (1996), pp. 12ss.

<sup>175</sup> Contra la jurisprudencia de la Corte, *vide* Atria: "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo"; Correa: "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad"; y Marshall: "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad".



que excluye a la norma legal cuestionada, de la gavilla de normas legales aplicables, a las cuales el juez ordinario puede echar mano en el proceso en que se tramita el incidente de inaplicabilidad. Lo que hace la inaplicabilidad es limitar al juez ordinario, impidiéndole la utilización de tal norma legal. Por el contrario, el recurso de queja constitucional alemán no limita al juez, sino que invalida la sentencia cuya interpretación del derecho legal vigente viola derechos fundamentales. Así, es evidente que la declaración de inaplicabilidad no es un mecanismo que aplique derechos fundamentales entre particulares, ni siquiera indirectamente.

(b) Recurso de protección

El recurso de protección es, con mucho, el instrumento de aplicación de derechos fundamentales más relevante en la práctica en el derecho chileno. Sobre el recurso de protección, sobre su naturaleza y objeto, no se puede abundar demasiado. La comprensión que tiene la práctica chilena de él ha sido determinada totalmente por los intereses privados que ha utilizado dicho procedimiento para la sustanciación de problemas jurídicos que tienen un procedimiento expresamente señalado en la ley para su tramitación. La judicatura ha seguido la corriente<sup>176</sup>.

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

Tal como es especial respecto a la competencia para su conocimiento, la protección debe ser entendida como una acción precautoria especial respecto a su procedencia. Sólo procederá

---

<sup>176</sup> vide Castellón, H. A: "Acción popular y recurso de protección" en 262 *Gaceta Jurídica*: 7-19; Jana, A. y J. C. Marín: "El recurso de protección y los derechos personales emanados de contratos" en 1 *Derecho y humanidades* (1992): 91-132; Martínez Estay: "Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos", p. 63; y Castellón, H. y L. Rebolledo: *Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil* (Santiago: Conosur, 1999).

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

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

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

#### *Aplicación de derechos fundamentales por los tribunales de aplicación*

La regla general es que estos tribunales se eximan de aplicar directamente la constitución. Existen, sin embargo, situaciones de aplicación directa de la constitución, cuando se presenta un conflicto entre una norma constitucional y una ley anterior a su promulgación, o ante una

actuación supuestamente inconstitucional de algún órgano público. Son los casos de derogación tácita por inconstitucionalidad sobreviniente y nulidad de derecho público.

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

(b) Basta con señalar aquí que respecto a la inconstitucionalidad *a posteriori*, esto es, tras la promulgación de la ley, existe

una reserva concentrada [...] a favor de la Corte suprema. Es usual impugnar dicha reserva acudiendo a los principios de sujeción directa [...] y de anulabilidad directa por inconstitucionalidad [...] la objeción se disipa, no obstante, si se tiene presente que la reserva del art. 80 es un principio central del orden constitucional directo, igualmente vinculante conforme a los mismos arts. 6° y 7° C. Pol<sup>177</sup>.

Raramente, tomando en cuenta la aceptación sin reparos de la aplicación directa de la constitución, en los juicios de derecho privado se puede ver rastros de alguna aplicación de derechos fundamentales. Ni siquiera para fundar determinada interpretación de una disposición o cláusula legal. En la tramitación de los juicios ordinarios de derecho privado podría existir tal práctica, sin implicar, como se ha visto, una práctica que atente contra el principio de distribución de competencias. Aquí se esquivarán la cuestión de la aplicación de los derechos fundamentales por los tribunales del trabajo, en virtud del artículo 5° del Código del Trabajo, y

---

<sup>177</sup> Bascuñán, A: "El principio de distribución de competencias como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas" en número especial *Revista Chilena de Derecho* (1998), p. 42. En el mismo sentido, *vide* Marshall: "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad", pp. 790-2. *cfr* Bulnes: "La fuerza normativa de la constitución", p. 140; Cea, J. L.: *El Sistema Constitucional de Chile* (Valdivia: Universidad Austral de Chile, 1999), p. 180; Evans, E: *Los Derechos Constitucionales* (Santiago: Jurídica de Chile, 1999). Evans llega a plantear lo siguiente: "hay aquí una facultad de los tribunales para otorgar amparo a las personas que tengan sus derechos violados, aunque no se establezca una competencia específica, porque se consagra un caso de jurisdicción general de los tribunales de justicia y de obligación de conocer esa violación" (t.i, p. 26).

de los tribunales penales, en virtud del artículo 373 del Código Procesal Penal. Esa es una cuestión problemática que queda pendiente.

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

(a) La supremacía constitucional como aplicación directa

El principio de supremacía constitucional ha sido entendido en Chile como un principio desformalizador. Dicha comprensión ha sostenido que el principio de la supremacía constitucional es el más importante principio constitucional, pues posibilita que las demás normas y principios constitucionales tengan un valor prioritario en el sistema jurídico<sup>178</sup>. Dicho principio se concreta en la idea de la nulidad de las actuaciones y normas que contradicen a la constitución, tanto en lo que respecta al ejercicio de las competencias constitucionales (inconstitucionalidad formal) como al respeto del contenido material de la constitución, establecido en su parte dogmática (inconstitucionalidad material).

El principio de la supremacía constitucional visto de esta manera parece inocuo si no se conecta con el otro principio básico de la doctrina constitucional chilena: el principio de la vinculación directa<sup>179</sup>. Según éste, todos los órganos del Estado se ven vinculados por la constitución y los órganos jurisdiccionales no son la excepción. Éstos se ven vinculados de manera que deben aplicar la constitución directamente, como en el caso de la nulidad de derecho público y la derogación tácita<sup>180</sup>. Sin embargo la consecuencia directa que se sigue para el efecto horizontal es mayor. Según esta interpretación, todas las personas se ven vinculadas en su actuar, en razón del artículo 6º, por *todas* las disposiciones de la constitución. Por tanto, los derechos fundamentales son directamente vinculantes en las relaciones entre particulares. Y si lo son, son también aplicables por los tribunales que juzgan los asuntos que a ellos les atañen.

---

<sup>178</sup> *vide* Cea, J. L: *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001), p. 239.

<sup>179</sup> *vide* Bulnes: "La fuerza normativa de la constitución"; Fernández: "La fuerza normativa de la Constitución"

<sup>180</sup> *vide supra* nota 130.

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

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

Considerando la relación entre la supremacía constitucional y la vinculación directa debe señalarse que la idea prevista por el

art. 6° inciso 2° sólo implica un deber de sujeción de la persona a la Constitución en los ámbitos que la misma Constitución determine [, lo cual hará mediante] normas de competencias, vinculatoriedad de la ley, normas de habilitación para la limitación de derechos constitucionales, etc. [...] <sup>181</sup>.

Es lógico por tanto, entender a la supremacía constitucional como un principio que no solamente impone el contenido material de la constitución como requisito de la actuación de los órganos del Estado, sino que también determina las competencias dentro de las cuales cada órgano actúa validamente. Ambos son dos vertientes del principio de supremacía constitucional, en la medida que las reglas de distribución de competencias también tienen rango constitucional y son prerequisites de la actuación de cualquier órgano. Una interpretación razonable del principio de supremacía constitucional, en lo relativo a la aplicación judicial de la constitución, debe quedar restringida a los casos en que tal aplicación sea “válida conforme a las reglas que definen los ámbitos de competencia de las potestades” jurisdiccionales, que se pretenden ejercer con dicha aplicación <sup>182</sup>. En la medida que no se dé aplicación a esta comprensión se estará defraudando el principio de supremacía constitucional en su dimensión formal, esto es, en su comprensión como distribución constitucional de competencias.

El respeto y la protección de los derechos fundamentales quedan, por tanto, restringidos a las posibilidades de actuación, dentro de sus respectivas competencias, de los órganos

---

<sup>181</sup> Aldunate: “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”.

<sup>182</sup> Bascañán: "El principio de distribución de competencias como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas", p. 34.

jurisdiccionales. Sin embargo, la aplicación del derecho legal, en la cual los derechos se pueden hacer parte, no queda sujeta a la distribución de competencias. En la medida que se adopte por todos los órganos del Estado, la fórmula de interpretar las normas infraconstitucionales conforme a su versión más constitucionalizada, se provee al principio de la vinculación directa, al principio de supremacía constitucional en su dimensión material y a los derechos fundamentales, la máxima eficacia posible en el Estado constitucional de derecho<sup>183</sup>.

Entender la interpretación del derecho en los términos propuestos por los defensores de la constitucionalización del derecho, acarrea una importante consecuencia. Se debe superponer a los elementos interpretativos del derecho común, un elemento “más fundamental: *el de adecuación a la norma constitucional*”<sup>184</sup>. Cuando se interpreta la misma constitución, cuando se siguen procedimientos para declarar la inconstitucionalidad de la ley e inclusive en toda actividad interpretativa de carácter jurídico, la constitución servirá como criterio general y fundamental<sup>185</sup>.

Una vez comprendida cuál es la efectiva labor de la interpretación conforme a la constitución, puede determinarse la forma de control de su ejercicio, que no es otro que los procedimientos establecidos para la *correcta* aplicación de los preceptos infraconstitucionales. En los procedimientos de ilegalidad, para la aplicación de disposiciones administrativas, en los procedimientos de correcta aplicación de la ley, esto es, la casación, para la aplicación judicial de la ley. Se puede pensar en lo disparatada que resulta esta idea, que termina con desformalizar totalmente la aplicación del derecho legal. Esa objeción es diluida en la medida que la interpretación conforme a la constitución implica realizar el mandato imperativo de supremacía y aplicación directa de la constitución en su mejor versión, la que terminará por contribuir a que toda la interpretación del derecho infraconstitucional, sin perder sus límites formales propios, sea promotora respetuosa de los derechos fundamentales.

La fórmula de la interpretación conforme a la constitución respecto al derecho privado, no es otra cosa que el efecto indirecto de los derechos fundamentales del derecho alemán. El

---

<sup>183</sup> *vide supra* pp. 92ss.

<sup>184</sup> Domínguez: "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno", p. 111, cursivas en el original.

<sup>185</sup> *ibid* 112.

deber del juez ordinario de interpretar el derecho privado dejándose influir por los derechos fundamentales en su interpretación. De nuevo:

Por mandato constitucional, el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita; si tal es el caso, entonces, en la interpretación y aplicación de estas prescripciones, tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de aquí resulta<sup>186</sup>.

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

#### *Excurso: Aldunate sobre la constitucionalización*

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

desconstitucionalización de la constitución, entendida como la pérdida del carácter político y fundamental de la Constitución, y su pervivencia más bien con el carácter de ley

---

<sup>186</sup> *vide* Aldunate: "El efecto de irradiación de los derechos fundamentales". Sobre la distinción entre constitución y leyes constitucionales *vide* Schmitt: *Teoría de la Constitución*, pp. 37ss y *supra* p. 34.

constitucional, como precepto superior de aplicación general sobre el ordenamiento jurídico, protegido por mecanismos especiales de reforma y de control de constitucionalidad, pero nada más<sup>187</sup>[.]

visión que contrastaría con la idea de constitucionalización del derecho, dice Aldunate, que “es un reflejo engañoso del verdadero fenómeno de fondo”<sup>188</sup>.

La vigencia de 20 años de la Constitución de 1980 se encuentra asociada, desde sus inicios, a una fuerte afirmación de su carácter de norma jurídica directamente vinculante para los órganos públicos, como norma justiciable. En sí, esto no merece crítica alguna, y puede valorarse positivamente<sup>189</sup>.

Lo negativo, enfatiza Aldunate, es que por otro lado se descuida la “comprensión de la Constitución como orden político, como instrumento de gobierno al servicio del equilibrio entre autoridad y libertad” transformándola en sólo una norma justiciable más, desnaturalizándola. La idea de aplicación directa, debe ir acompañada de la “correspondiente y necesaria elaboración doctrinal que permita aplicarla, en tanto Constitución”<sup>190</sup>. Dicha labor ha estado ausente de nuestro entorno constitucional.

Aldunate se matricula con una especie de constitución procedimental al señalar que

la constitución [...] no tiene una pretensión de regulación integral del proceso político [...] solamente establece una especie de marco, o mejor, un cause, por el cual pueda fluir”, sosteniendo que por esa razón no podemos esperar encontrar en la constitución un solución a toda controversia jurídica, pues muchas veces la constitución no la contempla. Sostiene incluso, citando a Böckenförde, que la labor principal de la jurisdicción constitucional no es resolver conflictos, sino distinguir lo constitucionalmente regulado de lo no regulado, y por ende entregado al procedimiento de decisión política. Es la razón anterior la que permite afirmar que no existe el principio de inexcusabilidad en sede constitucional, como han afirmado, y más aun como constantemente han actuado los órganos de control constitucional chilenos. El abandono de “un concepto integral de la constitución, como orden de un proceso político abierto, que no se agota en la Carta”<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> Aldunate, E: "La desconstitucionalización de la constitución" en *22 Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (2001), p. 28.

<sup>188</sup> *ibid.*

<sup>189</sup> *ibid.*

<sup>190</sup> *ibid* 29.

<sup>191</sup> *ibid* 30.



ha llevado a la vulgarización del derecho constitucional y a la desconstitucionalización de la constitución, fenómenos que Aldunate vincula a la carencia doctrinaria y jurisprudencial antes anotada.

Las consecuencias que para Aldunate ha tenido la incorporación de alguna forma anómala del efecto horizontal de los derechos fundamentales en el sistema jurídico chileno son severas, y las vincula directamente, no a la naturaleza del efecto ante terceros, sino a la particularidad del modelo local de recepción de tal efecto:

desplazar desde el legislador al juez, el trazado de los criterios de solución y preferencia en caso de conflictos de derechos garantizados por la Constitución; [...] darle a dichos criterios un carácter particular, para el caso concreto, y no general, como podría hacer la ley; y [...] reforzar el carácter de la Constitución como norma de conflicto en el mismo nivel de cualquier otra ley, pero con mucha menor densidad normativa y por lo mismo, con una función mucho más pobre como marco de la decisión jurisdiccional<sup>192</sup>[,]

son tres resultados nocivos que se derivan de la versión nacional del denominado efecto horizontal, “que dicho sea de paso, no tiene, [...] sino escasos puntos de contacto con su equivalente original”<sup>193</sup>. Dicha anomalía se ha

[m]anifestado claramente en la forma de entender la extensión de las facultades jurisdiccionales de la corte de apelaciones en los casos de acciones de protección dirigidas contra particulares: en múltiples fallos encontramos ni más ni menos que un pronunciamiento sustantivo sobre la juridicidad o antijuridicidad del actuar de un particular, respecto de otro(s); en otras palabras, la solución de un conflicto entre particulares sobre la pura base de la Constitución<sup>194</sup>.

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

---

<sup>192</sup> *ibid.*

<sup>193</sup> *ibid.*

<sup>194</sup> *ibid.*



## Índice de Nombres

- Aldunate, E, 27, 129, 154, 157-61
- Alexy, R, 75-6, 78-80, 85, 125, 127, 131-4
- Arendt, H, 30, 33
- Atria, F, 10, 28-30, 32, 35-40, 42-45, 48, 50, 52-4, 59, 61-2, 93, 97, 147
- Bacuñán, A, 152, 155
- Benda, E, 74, 82-3, 125
- Bilbao, J. M, 124, 135, 137-8, 140, 142-3
- Böckenförde, E. W, 30, 34, 70-1, 76, 85-90, 101, 125
- Borowsky, M, 54-5
- Bulnes, L, 105, 152-3
- Castellón, H, 148
- Cea, J. L, 116, 146, 152-3
- Correa, R, 28, 41-2, 58, 64, 100, 112, 147
- Cristi, R, 30
- Domínguez, R, 116, 156
- Dworkin, R, 15, 17, 28, 36, 53, 58, 63, 76, 94, 101
- Elster, J, 28
- Ely, 95
- Ely, J. H, 46, 68, 95
- Evans, E, 116, 152
- Fernández, M. A, 105, 153
- Ferreres, V, 46-7, 54, 96, 124
- Finnis, J, 102
- Forsthoff, E, 85, 125
- Gallego, A, 126
- Garay, C, 40
- García Pelayo, M, 114
- García Torres, J, 103, 106, 124
- García-Huidobro, J, 102
- Gargarella, R, 17
- Gunther, G, 143
- Günther, K, 92-3, 112
- Guzmán, A, 146

Guzmán, J, 30  
 Häberle, P, 51, 125  
 Habermas, J, 15, 50, 52-3, 55, 58, 61, 67-8,  
 77-80, 84, 89-91, 94-96, 101, 125  
 Hesse, K, 81-3, 124-5, 128  
 Hobbes, T, 40  
 Huber, H, 86  
 Jana, A, 124, 148  
 Julio, A, 73, 122-4, 131  
 Kaufmann, M, 30, 32  
 Kelsen, H, 55  
 Krauss, K, 9  
 Kriele, M, 18  
 Leibholz, G, 89  
 MacIlwain, C. H, 18  
 Mañalich, J. P, 55  
 Marashall, J, 113  
 Marshall, P. E, 63, 100, 112, 116, 152  
 Martínez, J. I, 104, 148  
 Montesquieu, 24  
 Nino, C. S, 44  
 Nipperdey, 122-3  
 Nozick, R, 16  
 Peña, C, 103  
 Pereira, A. C, 18  
 Perry, M, 63, 67  
 Rawls, J, 17-8, 53  
 Rousseau, D, 57  
 Sartori, G, 30  
 Schmitt, C, 18, 28-35, 37, 40, 51, 52-3, 84,  
 157  
 Schneider, H. P, 58, 125  
 Schreckenberger, W, 80  
 Schwabe, J, 124  
 Silva-Herzog, J, 33  
 Slagstad, R, 31-33  
 Smend, R, 51, 70, 76  
 Starck, C, 111, 125-6  
 Stein, E, 104, 125-6  
 Stern, K, 125  
 Tribe, L, 142  
 Tushnet, M, 106, 135  
 Varela, J, 113  
 Villey, M, 102  
 von Münch, I, 124-5  
 von Wright, G, 77  
 Waldrom, J, 54  
 Weil, S, 38  
 Wolff, C, 17

## Bibliografía

- Aldunate, E: "La desconstitucionalización de la constitución" en 22 *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (2001), pp. 17-36.
- "La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección" en 20 *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (1999), pp. 225-42.
- y J. Fuentes: "El concepto del Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto" en 18 *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (1997): 195-221.
- "El efecto de irradiación de los derechos fundamentales" en *La Constitucionalización del Derecho Chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- Alexy, R: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).
- "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales" en 66 *Revista española de derecho constitucional* (2002): 13-64
- "Sistema jurídico y razón práctica" en *El Concepto y la Validez del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994).
- Arendt, H: *Los Orígenes del Totalitarismo* (Madrid: Taurus, 2001).
- Atria, F: "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo" en 12 *Revista de Derecho de la Universidad Austral* (2001), pp. 119-56.
- *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart publishing, 2002).
- "El derecho y la contingencia de lo político" en 11 *Derecho y Humanidades* (2004).

- "La hora del derecho: Los 'derechos humanos' entre la política y el derecho" en 91 *Estudios Públicos* (2003), pp. 45-90.
- "Legalismo, derechos y política" en VV.AA.: *Derechos Fundamentales SELA 2001* (Buenos Aires: Del Puerto, 2003).
- "¿Existen derechos sociales?" en Michelin (comp) *Los Derechos Sociales* (Córdoba: Ed. Universidad Nacional del Sur, 2005), pp. 15-60.
- Bascuñán, A: "El principio de distribución de competencias como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas" en número especial *Revista Chilena de Derecho* (1998), pp. 33-44.
- Benda, E. W. Maihofer, et al: *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 1996).
- Bilbao, J. M: *Los Derechos Fundamentales en la Frontera entre lo Público y lo Privado: la Noción de State Action en la Jurisprudencia Norteamericana* (Madrid: McGraw-Hill, 1997).
- *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares* (Madrid: CEC, 1997).
- Böckenförde, E. W: "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental" en *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993).
- "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales" en *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993).
- "Origen y cambio del concepto de estado de derecho" en *Estudios sobre Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Trotta, 2002).
- Borowski, M: "Las restricción de los derechos fundamentales" en 59 *Revista española de derecho constitucional* (2000): 29-56
- Bulnes, L: "La fuerza normativa de la constitución" en Número Especial *Revista Chilena del Derecho* (1998), pp. 137-42.
- Castellón, H. y L. Rebolledo: *Aspectos sobre la Constitucionalización del Derecho Civil* (Santiago: Conosur, 1999).
- Castellón, H: "Acción popular y recurso de protección" en 262 *Gaceta Jurídica*, pp. 7-19.
- Cea, J. L: "Notas sobre inaplicabilidad y derogación de preceptos legales" en 13 *Revista Chilena del Derecho* (1986), pp. 25-31.

- "Dignidad, Derechos y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno" en Peña, C: *Practica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996), pp. 13-69.
- "La constitucionalización del derecho" en 59 *Revista de Derecho Público* (1996), pp. 11-22.
- *El Sistema Constitucional de Chile* (Valdivia: Universidad Austral de Chile, 1999).
- *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001).
- Correa, R: "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad" en 1 *Rev D UAI* (2004), pp. 589-97.
- "Vulgarización por constitucionalización" en 11 *Derecho y Humanidades* (2004).
- "Comentario de la jurisprudencia del Tribunal constitucional" en 1 *Rev D UAI* (2004), pp. 481-550.
- Cristi, R: *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán. Autoridad y Libertad* (Santiago: Lom, 2000).
- Domínguez, R: "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno" en 93 *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1996), pp. 107-37.
- Dworkin, R: *El Imperio de la Justicia* (Barcelona: Gedisa, 1988).
- *Ética Privada e Igualitarismo Político* (Barcelona: Paidós, 1993).
- *La Comunidad Liberal* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1996).
- "Igualdad, Democracia y Constitución" en *Liberalismo, Constitución y Democracia* (Buenos Aires: La isla de la luna, 2003).
- "La lectura moral y la premisa mayoritaria" en Koh y Slye (comps) *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos* (Barcelona: Gedisa, 2004).
- Elster, J. y R. Slagstad: *Constitucionalismo y Democracia* (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999).
- Ely, J. H: *Democracia y Desconfianza* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997).
- Evans, E: *Los Derechos Constitucionales* (Santiago: Jurídica de Chile, 1999).
- Fernández, M. A: "La fuerza normativa de la Constitución" en 63 *Revista de Derecho Público* (2001), pp. 77-102.

- Ferreres, V: *Justicia Constitucional y Democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997).
- "La eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares" en VV.AA.: *Derechos fundamentales SELA 2001* (Buenos Aires: Del Puerto, 2001).
- Finnis, J: *Ley Natural y Derechos Naturales* (Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 2000).
- Forsthoff, E: *El Estado de la Sociedad Industrial* (Madrid: Instituto de estudios políticos, 1975).
- Gallego, A: *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales : Análisis Doctrinal y Jurisprudencial* (Madrid: Civitas: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1994).
- Garay, C: "La inseguridad y el estado de naturaleza: dos casos, Hobbes y Schmitt" en 50 *Revista de Derecho Público* (1991), pp. 51-72.
- García-Huidobro, J: *Defensa y Rescate de los Derechos Humanos* (Valparaíso, Chile: Edeval, 1987).
- García-Pelayo, M: *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid: : Alianza, 1984).
- García Torres, J. y A. Jiménez-Blanco: *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares: La Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid: Civitas, 1986).
- Gargarella, R: *Las Teorías de la Justicia después de Rawls* (Barcelona: Paidós, 1999).
- "Representación plena, deliberación e imparcialidad" en Elster: *La Democracia Deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 2001).
- Gunther, K: "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica" en 17-18 *Doxa* (1995).
- Guzmán Brito, A: *El Derecho Privado Constitucional de Chile* (Valparaíso: Universitarias de Valparaíso, 2001).
- Häberle, P: *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional* (Granada: Comares, 2003).
- Habermas, J: "¿En qué consiste la racionalidad de una forma de vida?" en *Escritos sobre Moralidad y Ética* (Buenos Aires: Paidós, 1991).
- *Facticidad y Validez* (Madrid: Trotta, 2001).
- Hesse, K: *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (Madrid: Civitas, 2001).
- Jana, A: "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales" en *Derechos Fundamentales SELA 2001* (Buenos Aires: Del Puerto, 2003).



- y J. C. Marín: "El recurso de protección y los derechos personales emanados de contratos" en 1 *Derecho y humanidades* (1992), pp. 91-132.
- Julio, A: *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000).
- Kaufmann, M: *¿Derecho sin Reglas?* (Barcelona: Alfa, 1989).
- Kelsen, H: *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* (Madrid: Tecnos, 1935).
- Kriele, M: *Introducción a la Teoría del Estado* (Buenos Aires: Depalma, 1980).
- Leibholz, G: *Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971).
- Mac Ilwain, C. H: *Constitucionalismo Antiguo y Moderno* (Buenos Aires: Editorial Nova, s/a).
- Mañalich, J. P: "La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?" en 11 *Derecho y Humanidades* (2004).
- Marshall, P: "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad" en 2 *Rev D UAI* (2005).
- "¿Nuestros derechos nos obligan?: una cuestión sobre la teoría de los derechos fundamentales" en 11 *Derecho y Humanidades* (2005).
- Martínez, J. I: "Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos" en Número especial *Revista Chilena del Derecho* (1998), pp. 59-64.
- Nino, C. S: "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad" en *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).
- Nozick, R: *Anarquía, Estado y Utopía* (México: Fondo de cultura económica, 1990).
- Peña, C: *Practica Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago: Corporación nacional de reparación y reconciliación, 1996).
- Pereira, A. C: *Teoría Constitucional* (Santiago: Conosur, 1998).
- Rawls, J: *Teoría de la Justicia* (México: Fondo de cultura económica, 2000).
- Rousseau, D: *La Justicia Constitucional en Europa* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).
- Sartori, G: *Teoría de la Democracia. El Debate Contemporáneo* (Madrid: Alianza, 1988).

- Schmitt, C: "El concepto de lo político" en Aguilar (comp) *Carl Schmitt, Teólogo de la Política* (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001).
- "El Führer defiende el derecho" en Aguilar (comp) *Carl Schmitt, Teólogo de la Política* (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2001).
- *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 2003).
- Schneider, H. P: "Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales" en *Democracia y Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).
- "El régimen parlamentario" en Benda, Maihofer, et al: *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 1996), pp. 325-88.
- Schreckenberger, W: *Semiótica del Discurso Jurídico. Análisis Retórico de Textos Constitucionales y Judiciales de la República Federal de Alemania* (Mexico: Universidad Autónoma de México, 1987).
- Schwabe, J: *Cincuenta Años de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003).
- Silva-Herzog, J: "Carl Schmitt. Jurisprudencia para la ilegalidad" en 14 *Revista de Derecho de la Universidad Austral* (2003), pp. 9-24.
- Slagstad, R: "El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Max Weber" en Elster y Slagstad (comps) *Constitucionalismo y Democracia* (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999).
- Smend, R: *Constitución y Derecho Constitucional* (Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1985).
- Starck, C: "Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios" en 53 *Revista Española de Derecho Constitucional* (1998), pp. 11-32.
- "Derechos fundamentales y Derecho privado" en 66 *Revista Española de Derecho Constitucional* (2002), pp. 65-89.
- Stein, E: *Derecho Político* (Madrid: Aguilar, 1973).
- Stern, K: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987).
- Tushnet, M: "The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law" en 1 *I. CON* (2003), pp. 79-98.
- Varela, J: *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada* (Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998).

Villey, M: *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y Fines del Derecho* (Pamplona: Universidad de Navarra, 1979).

von Münch, I: "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania" en Coderch, P: *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada* (Madrid: Civitas, 1997).

von Wright, G H: *La Lógica de la Preferencia* (Buenos Aires: Eudeba, 1967).

Wolff, J: *Filosofía Política: una Introducción* (Barcelona: Ariel, 2001).