

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales

ANDRÉS JANA LINETZKY
Universidad de Chile

Precisiones introductorias

¿Se encuentran los particulares vinculados por los derechos fundamentales?

La respuesta a esta pregunta ha generado uno de los debates más intensos en la dogmática de los derechos fundamentales. Prácticamente no hay sistema jurídico desarrollado en el que no exista una ardua disputa respecto de si el catálogo de derechos fundamentales tiene aplicación en las relaciones entre sujetos privados, en otras palabras, si los derechos constitucionales tienen, en adición al “efecto vertical” que justificó históricamente su surgimiento, un “efecto horizontal”¹.

Sin embargo, uno de los aspectos más notorios del debate es la confusión existente respecto de qué es lo que en verdad se está discutiendo. La concurrencia de cuestiones filosóficas, históricas, políticas, sustantivas e institucionales exigen precisar qué es lo que está en juego cuando se intenta responder la pregunta de la vigencia social de los derechos constitucionales. Una mirada a la significación práctica del problema ayudará a precisarlo.

¹ La expresión vigencia *horizontal* se utiliza para graficar que los derechos fundamentales producen efectos entre privados, en oposición al efecto *vertical* en que sólo resultan oponibles a las acciones de entes públicos, al contraste entre subordinación y coordinación. En lenguaje jurídico alemán (derecho en el que sin duda esta discusión ha alcanzado su mayor desarrollo) se utiliza la expresión *Drittwirkung* para referirse al efecto de los derechos fundamentales frente a terceros. En lenguaje jurídico anglosajón, en adición al *horizontal effect*, se ha introducido la nomenclatura de *privatisation of human rights*. El efecto horizontal puede ser a su vez *directo* o *inmediato* (*unmittelbare Drittwirkung*) e indirecto o mediato (*mittelbare Drittwirkung*) según se reconozca a los derechos constitucionales el carácter de derechos subjetivos también vinculantes para los privados o sólo un rango de principios que se irradian a las relaciones privadas a través de los valores que subyacen a ellos.

Consideremos cuatro de los múltiples casos en los que los tribunales se han visto enfrentados a disputas en que una o ambas partes de un litigio entre privados invocó un derecho constitucional como regla dirimente del conflicto.

1. El primero involucra el derecho a la libertad de expresión, oportunidad en que correspondió a la nueva Corte Constitucional Sudafricana pronunciarse sobre el alcance de los derechos humanos entre privados. Durante el mes de febrero de 1993 el diario *Pretoria News* publicó una serie de seis artículos en relación con el abastecimiento de armas vía aérea al movimiento rebelde angoleño UNITA. En algunos de los artículos se atribuyó participación en dichos vuelos, que eran calificados como ilegales y piratas, a un ciudadano sudafricano llamado *Gert De Klerk* y a su compañía aérea. Como consecuencia de ello, ambos demandaron indemnización por daños, fundados en el delito civil de difamación, en contra del periódico, su editor, el periodista redactor y el distribuidor. Los demandados, por su parte, alegaron que la publicación de los artículos estaba justificada en razón de su derecho a la libertad de expresión contenido en la Constitución interina sudafricana del año 1993².

² *Du Plessis v. De Klerk* (1996) SA 850. Una de las áreas en que con mayor frecuencia se ha presentado el problema del efecto entre particulares de los derechos fundamentales es el de la libertad de expresión, en tensión muchas veces con el derecho al honor o a la privacidad. Así los casos seminales en Alemania, Canadá y Sudáfrica involucraron este derecho. En Alemania se trató del conocido caso *Lüth*. En 1950, el presidente de un club de prensa privado de Hamburgo, Erich Lüth, incitó al boicot de una película en un discurso ante distribuidores y productores cinematográficos, con el argumento que el director de la película había rodado en la época de Hitler la película antisemita "*Jud Süß*" ("*Dulce Judío*") y otras películas al servicio de la ideología nacionalsocialista. El productor de la película contra la cual se dirigió el boicot (y que por cierto no era en esta ocasión anti judía) presentó una acción por ilícito civil fundada en el artículo 826 del BGB. Lüth recurrió ante el Tribunal Constitucional sosteniendo que el derecho constitucional a la libertad de expresión obligaba a considerar legítimo su actuar (BverfGE, 7, obtenido de la traducción al inglés en MARKESINIS). En el primer caso discutido en Canadá, conocido como *Dolphin Delivery*, el derecho en juego también era el de libertad de expresión. Una empresa privada, con fundamento en el ilícito civil conocido como interferencia con contrato ajeno, solicitó una medida cautelar (*injunction*) con el objeto que se prohibiera a un sindicato continuar con *unsecondary picketing*, con ocasión de un proceso de *lock-up* durante una disputa laboral con la empresa. El sindicato sostuvo que el *picketing* estaba protegido por la garantía de libertad de expresión contenida en el Catálogo de Derechos y que la medida cautelar prohibiéndola violaba ese derecho.

2. En el segundo caso, llevado ante el Tribunal Constitucional Alemán, se trató de una mujer que garantizó ante un banco comercial un crédito otorgado a su esposo. Al momento de suscribir la garantía ella se encontraba sin trabajo, no poseía propiedad alguna, se ocupaba de los trabajos de la casa y de criar a los dos hijos de la pareja. Diez años después, habiendo el marido incumplido el crédito, el banco la demandó para hacer efectiva la garantía. La mujer llevó el caso ante la Corte Constitucional alegando que su derecho a la igualdad, dignidad humana y a la libertad personal se encontraban comprometidos, por cuanto al momento de otorgar la garantía el banco estaba en conocimiento de que ella no podría pagar el crédito³.

3. El tercer caso, concerniente al derecho a la información, se refería a una disputa entre arrendador y arrendatario. Un ciudadano turco presentó una demanda contra su arrendador para conseguir la instalación de una antena parabólica con el objeto de captar la señal de televisión de su país de origen, invocando el derecho a la libertad de información contenido en el artículo 5 parágrafo 1 de la Constitución de la Republica Federal Alemana⁴.

4. El cuarto dice relación con un derecho constitucional de contenido económico⁵, el derecho a ganarse la vida por medios lícitos⁶. En este caso, finalmente llevado ante la Corte Suprema Irlandesa, un sujeto

³ BverfGE 89, 214. Existe un caso fallado en España, en el que también se invocó el derecho a la igualdad, esta vez en el ámbito del derecho laboral y que resulta interesante citar por la pretensión de los requirentes. El señor Morchón, mecánico, demandó a su empleador (privado) ante los tribunales del trabajo de Barcelona, alegando que éste abonaba a alguno de sus trabajadores una cantidad mensual, que figuraba en la nómina a falsía de suplidos. El demandante no se encontraba entre los agraciados, pese a que poseía igual o similar categoría y antigüedad. Se sentía por ello discriminado y pedía en su demanda que se condenara al empleador a pagarle el importe que percibía el compañero que más cobraba por tal concepto. Citado por Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1986, p. 111.

⁴ Citado por Ingo VON MÜNCH, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania” (traducción de María Teresa Díaz i Point y David Felip i Saborit), en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Pablo Salvador CORDERCH (coordinador). Madrid: Civitas, p. 44.

⁵ Resulta interesante además porque se da en un sistema jurídico que excepcionalmente, al igual que el chileno, reconoce un efecto horizontal directo a su catálogo de derechos constitucionales.

⁶ “Right to earn a living by lawful means”.

privado, titular bajo la *Road Transport Act* de dicho país de una licencia para operar un servicio de transporte de pasajeros, solicitó una orden judicial para prohibir a otro privado, que no era titular de dicha licencia, el prestar un servicio similar, ya que según sostuvo, esta conducta interfería con su derecho fundamental⁷.

Todos estos casos se caracterizan porque en ellos se trataba de disputas que tradicionalmente han formado parte del ámbito reservado al derecho privado, como son los intercambios económicos y los ilícitos civiles. En todos ellos, asimismo, una o ambas partes invocó como regla decisoria del asunto la “artillería pesada” de un derecho constitucional⁸. De este modo, las distintas cortes llamadas a resolver el asunto se encontraron en la posición de determinar si dichos derechos (y las provisiones constitucionales que los reconocían) eran aplicables para adjudicar el asunto, o si en cambio ellas debían ser resueltas recurriendo únicamente al derecho legal que las regulaba. Como lo dijo la propia Corte Suprema Sudafricana en el caso *Du Plessis v. De Klerk*: se “debía determinar si el Capítulo que contiene los derechos fundamentales en la Constitución tiene solo un efecto vertical o gobierna también las relaciones entre individuos y pueden por lo tanto ser invocados por ellos en sus conflictos regidos por el derecho privado”⁹.

Como correctamente lo ha señalado el comparativista inglés MARKESINIS¹⁰, casos como los anteriores exigen resolver cuestiones sustantivas e institucionales en extremo complejas e interrelacionadas, entre las que se encuentran, al menos, las siguientes¹¹:

⁷ *Lovet v. Gogan* (1995) ILRM 12. Citado por Murray HUNT, “The Effect of the Law of Obligations”, en *The impact of the human rights bill on english law. The Clifford Chance Lectures*, V.3., Basil S. MARKESINIS (editor). New York: Oxford University Press, 1998, p. 165-166.

⁸ La expresión la he tomado de Ingo VON MÜNCH, *op. cit.* [nota 4].

⁹ Señala la sentencia: “Are the provisions of Chapter 3 of the Constitution –and more particularly section 15- capable of application to any relationship other than that between persons and legislative or executive organs of state at all levels of government”. (1996) 10 SA 850.

¹⁰ “Privacy, Freedom of Expression, and the horizontal effect of the human rights bill: lessons from Germany”, en *The Law Quarterly Review*, Vol. 115 (1999), pp. 47-48.

¹¹ Por supuesto existen otras cuestiones accesorias que también deben enfrentarse. Entre ellas: ¿Qué se entiende por órganos públicos o acciones estatales? ¿Se extiende el efecto vertical a las disputas regidas por el derecho privado entre el Estado y un particular? ¿Cuál es la extensión con la que se reconocen

En *primer* término, dado que en sus orígenes los derechos fundamentales surgieron con el propósito de dar protección a los individuos frente al poder del Estado, cabe preguntarse cuál sería la justificación para extender esas restricciones a las acciones privadas. La relevancia del tema queda evidenciada por el hecho que la mayoría de las constituciones, cartas de derechos fundamentales o tratados de derechos humanos limitan explícitamente su alcance a los actos del poder público o a lo sumo a quienes ejercen una función pública.

La *segunda* tiene que ver con las interrelaciones entre derecho público y derecho privado y dice relación con la consistencia -o inconsistencia- de la racionalidad del derecho privado con las técnicas de protección de los derechos fundamentales. Inserta en este tema se encuentra la cuestión decisiva de cual va ser el órgano en el que vamos a confiar para llevar adelante esta vinculación. ¿Debe entregarse esta tarea al legislador o a los jueces? Si es al poder judicial, ¿a alguna corte constitucional especializada, a un tribunal supremo o a todos los tribunales en general? En fin, ¿con qué límites, si es que debe haber alguno?

La *tercera* dificultad aparece una vez que se acepta la posibilidad de que los derechos fundamentales tengan algún grado de efecto horizontal. Asumiendo que ello puede suponer el conflicto entre dos titulares de derechos individuales, surge la pregunta de cómo un sistema jurídico debe balancear el derecho básico al desarrollo de la autonomía individual, libre de la intervención estatal, con los derechos de otros ciudadanos, como sucede, por ejemplo, entre libertad de expresión y privacidad.

derechos fundamentales a personas jurídicas? las distintas áreas del derecho privado (derecho laboral, de familia, sucesorio, contratos y responsabilidad extracontractual) ¿están sujetas a estándares diferentes?

Ello nos lleva, en *cuarto* lugar, nuevamente a la necesidad de adoptar una definición respecto de a quién se va a entregar la tarea de efectuar este ejercicio de ponderación entre derechos; por último, creo inevitable pronunciarse acerca de cómo se vinculan los deberes de protección que al Estado le asisten en materia de derechos fundamentales con el problema de la vigencia horizontal de los mismos.

Resolver todas estas cuestiones supera largamente las pretensiones de este artículo y sin duda mis capacidades. Mi propósito es más modesto. Intento concentrarme en la relación entre derecho constitucional y derecho privado, cuya interrelación, según se advierte en la literatura existente sobre el tema y en las decisiones de los tribunales, parece ser el punto de inflexión en el debate. A partir de ella defenderé la aplicación horizontal *indirecta* -en lugar de la *directa*- de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares. En todo caso, desde ya deben efectuarse dos prevenciones: (i) como se demuestra más adelante, la opción por una u otra alternativa (horizontalidad *directa* o *indirecta*) tiene escasos efectos prácticos, sus consecuencias son más bien institucionales y apuntan a un mejor equilibrio de los elementos en tensión; (ii) por otra parte, como creo se advierte de las distintas experiencias comparadas, la inclinación a favor de una u otra posición está fuertemente influenciada por la cultura y tradiciones jurídicas particulares de cada país. Por tal motivo, mi defensa del efecto horizontal *indirecto* no pretende tener alcances generales, sino que será referida únicamente al sistema jurídico chileno.

En lo que sigue esta exposición tendrá tres partes: **(I)** En la primera se hará una breve descripción de los llamados efectos *verticales* y *horizontales* y las justificaciones esgrimidas en defensa de cada una de estas posiciones. En esta misma sección se describirá en forma sucinta el estado de la discusión en el derecho comparado, con referencia a las formulas que se han

postulado para superar los dilemas teóricos y prácticos que parece presentar la horizontalidad de los derechos fundamentales; **(II)** En la segunda sección intentaré indagar acerca del que a mi juicio es el problema central de la vinculación de los privados a los derechos constitucionales, a saber, la amenaza que ella representaría para la lógica interna del derecho privado. Esto lo haré con especial referencia al derecho de contratos y la responsabilidad extracontractual. La razón es simple, son estas las áreas donde tradicionalmente la libertad individual y racionalidad interna de las regulaciones privadas han prevalecido y por ende aquellas en las que con mayor intensidad se presenta la controversia¹²; **(III)** Por último, se formularán algunas consideraciones acerca de la cuestión de la horizontalidad de los derechos fundamentales en el sistema jurídico chileno.

I. Efecto vertical y horizontal de los derechos fundamentales

Uno de los rasgos característicos de la polémica que se ha desarrollado a nivel teórico respecto de la horizontalidad de los derechos constitucionales, es la dicotomía de las posiciones. Para algunos, la vigencia de los derechos fundamentales entre los ciudadanos sería la “última frontera de la Constitución normativa”¹³. Para otros, estamos en presencia de un “caballo de Troya”¹⁴ que amenaza con disolver el derecho privado. Así, una primera aproximación a la literatura muestra que las alternativas parecen ser únicamente dos: por un lado quienes postulan el

¹² En el derecho laboral, probablemente por tratarse de un ordenamiento con un marcado acento de estatuto de protección al trabajador ha sido menor la discrepancia acerca de la aplicación de los derechos fundamentales a la relación entre empleador y trabajadores. Una cosa análoga ha ocurrido en el derecho de familia donde la discrepancia se ha dado más bien respecto de los bienes en tensión antes que la procedencia de aplicar los derechos constitucionales.

¹³ Juan María BILBAO Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 325.

¹⁴ *Ibidem*, p. 283.

efecto “vertical” del catálogo de derechos constitucionales, por el otro, quienes proclaman que éstos deben tener un “efecto horizontal directo”.

Para los “verticalistas”, los derechos fundamentales sólo tienen aplicación en las relaciones entre los individuos y el Estado. Los derechos humanos, sostienen los defensores de esta posición, encuentran su justificación en el hecho que garantizan a los particulares un espacio de inmunidad, en el que la esfera privada es protegida frente a la intrusión del poder público. Preservar ese ámbito de libertad en que cada cual puede perseguir sus propias concepciones acerca del bien, exige imperativamente que los derechos constitucionales se apliquen exclusivamente frente a actuaciones del poder estatal.

Para los “horizontalistas directos”, en cambio, los derechos humanos deben necesariamente gobernar también las relaciones entre privados. No existe -conforme lo postulan- una distinción rígida entre lo público y lo privado. *Todo* el derecho, como construcción estatal que es, está sujeto, al igual que *todas* las relaciones que éste regula, a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella. Así, en lugar de confiar en una división artificial de lo público y lo privado, debe aceptarse que todo tipo de normas jurídicas, y consecuentemente cualquier tipo de relación -pública o privada-, quedan sujetas a un examen de consistencia con la norma superior de los derechos humanos. Sólo de ese modo, concluyen, se respeta la unidad del ordenamiento jurídico y la debida protección a la persona.

Sin embargo, una mirada más atenta a la polémica y en particular a la práctica jurisprudencial desarrollada en los distintos sistemas jurídicos con ocasión de las disputas surgidas entre particulares en las que se ha invocado la infracción de un derecho constitucional, sugiere posiciones más bien matizadas. Aun cuando no lo reconozcan abiertamente, parece existir un

cierto consenso entre los autores que han participado de la discusión en torno a tres cuestiones básicas:

(i) Que los derechos fundamentales deben tener algún alcance o grado de aplicación en las relaciones regidas por el derecho privado;

(ii) Que ese alcance es necesariamente diferente en intensidad y efectos tratándose de poderes públicos y relaciones entre particulares. Esta diferencia emanaría del hecho que en las disputas horizontales se enfrentan dos titulares de derechos fundamentales cuyos intereses entran en tensión. Es el caso paradigmático de la libertad de expresión vs. la privacidad o la igualdad y la autonomía individual; y

(iii) Que, en todo caso, la cuestión del efecto horizontal sólo se plantea respecto de algunos de los derechos contenidos en los catálogos constitucionales o carta de derechos humanos. Habría en consecuencia que hacer un examen derecho a derecho para poder determinar si se le reconoce como vinculante entre individuos y en que grado se le otorga tal reconocimiento. Donde existe mayor consenso es respecto de la libertad de expresión, privacidad, libertad de conciencia, honor, libertad religiosa y en general los derechos relacionados con la dignidad humana. Asimismo, los casos más problemáticos se han presentado en los deberes que el derecho a la igualdad impondría a los particulares.

No obstante, como se observa de los anteriores consensos, afirmar la vigencia horizontal de los derechos constitucionales no es dar una respuesta sino más bien abrir las interrogantes¹⁵. En

¹⁵ Al respecto véase Jesús ALFARO Aguila-Real, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid (1993), Vol. 46, N°1, pp.57-122.

palabras del teórico legal alemán ALEXY, lo que debe resolverse es: ¿Cómo y en qué medida se lleva a cabo la aplicación? y ¿Qué contenido tiene?¹⁶

Los caminos seguidos han sido fundamentalmente dos: el de la eficacia horizontal *directa* o *inmediata* (*unmittelbare Drittwirkung*) y el de la horizontalidad *indirecta* o *mediata* (*mittelbare Drittwirkung*).

Eficacia *directa*

Conforme a ella, la regulación de las relaciones privadas está automáticamente sujeta a las disposiciones del catálogo (constitucional) de derechos fundamentales. En consecuencia, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares¹⁷. En principio, un particular puede oponer a otro particular directamente un derecho fundamental, sin necesidad de un acto del legislador o de alguna otra mediación o cualificación.

Los argumentos que invocan los defensores de esta posición se encuentran fundamentalmente en el carácter normativo de la Constitución, documento que articula la forma básica en que se ordena toda la sociedad, y por ende es aplicable por igual a todas las relaciones jurídicas, privadas o públicas; y, en el hecho que los derechos constitucionales colocan en el centro de las relaciones sociales el valor supremo de la dignidad del ser humano concebida en términos amplios, núcleo en torno al cual ha de girar toda la vida jurídica, y a cuyo respecto están obligados, no sólo los poderes públicos, sino también las personas¹⁸. Adicionalmente, algunos autores defensores de la *eficacia inmediata*, incluyen como justificación la existencia de poderes privados en la

¹⁶ *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁷ Rafael NARANJO de la Cruz, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 215.

¹⁸ NARANJO, *op. cit.* [nota 17], p. 196; Robert ALEXY, *op. cit.* [nota 16], pp. 503 y 505.

sociedad contemporánea, de los que provendrían amenazas a los derechos de las personas incluso mayores que los del poder público. La analogía que se encuentra entre las relaciones de poder público con algunas de las relaciones que se encuentran en la sociedad actual entre ciudadanos y grandes corporaciones o grupos de poder, social o económico, haría necesaria la extensión de los derechos fundamentales a estas relaciones¹⁹.

En suma, para quienes sustentan esta posición, los derechos constitucionales serían directamente invocables por su titular como *derechos subjetivos*, no admitiendo más limitaciones que las que pudieran seguirse de la protección de un derecho constitucional de la otra parte del conflicto²⁰.

No obstante, todos quienes suscriben esta tesis reconocen que “obviamente deben haber límites” a tal transposición²¹: los derechos fundamentales no son oponibles del mismo modo al poder estatal y a los demás ciudadanos y por lo tanto no se puede *simplemente* traspasarlos a la esfera privada. Incluso están conscientes de la necesidad de respetar la “lógica interna del derecho privado” en cuanto se encuentra en juego la “autonomía negocial sobre la que pivota toda esta área del derecho”.

La forma que han encontrado para solucionar los “complejos conflictos de derechos e intereses”²² que ello supone, es a través de la proposición de criterios sustantivos.

Andrew CLAPHAM, en un lúcido trabajo sobre los derechos humanos en la esfera privada, postula que el límite a dicha aplicación debe encontrarse en la dignidad humana²³. Cuando se vea comprometido un derecho constitucional cuyo propósito sea proteger la dignidad de la víctima –como ocurre con el derecho a no ser discriminado- el derecho deberá tener eficacia contra cualquiera que lo comprometa. Si por otra parte, el propósito del derecho es la protección de la democracia, la acción debe referirse al dominio público o la esfera de lo público. En mi opinión, la proposición de CLAPHAM es

¹⁹ NARANJO, *op. cit.* [nota 17], p. 226.

²⁰ NARANJO, *op. cit.* [nota 17], p. 242.

²¹ Andrew CLAPHAM, *Human rights in the private sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1993; también en “The Privatisation of Human Rights”, en E.H.R.L.R. (1996), p. 29.

²² BILBAO, *op. cit.* [nota 13], p. 360.

²³ *Op. cit.*, [nota 21, *Human rights...*], p. 145 ss.

correcta pero a la vez insuficiente para justificar la eficacia directa de derechos constitucionales. Su argumento basado en la necesidad de dar protección y vigencia a la dignidad humana, no prejuzga acerca de cómo establecer esa vigencia, sino que sólo la hace necesaria. De este modo, la búsqueda de un criterio en su mejor aproximación, presenta el serio inconveniente de dejar el problema en su mismo punto de partida, no teniendo más opción que acudir a una solución puramente casuística.

El segundo parámetro más comúnmente citado se encuentra en la analogía entre el poder privado y público²⁴. Sin duda el argumento tiene mérito. Una preocupación creciente de todo el derecho, no sólo el constitucional, es la limitación del abuso de poder. Las leyes laborales, de protección al consumidor y las que prohíben el abuso de posiciones dominantes de mercado, son algunos entre muchos ejemplos. Sin embargo, esta solución también es problemática. Sin entrar a consideraciones acerca de la naturaleza de la relación o tipo de conflicto, como correctamente es apuntado²⁵, dejaría fuera de consideración casos en los que concurren dos particulares en relativa igualdad de condiciones, como ocurría en a lo menos tres de los cuatro casos que se expusieron al inicio, la que ciertamente no es la pretensión de los defensores de la horizontalidad directa.

En definitiva, si bien la teoría de la eficacia directa ha sido convincente al refutar los argumentos esgrimidos para negar eficacia horizontal (directa o indirecta) a los derechos fundamentales, no lo ha sido igualmente en la proposición de razones para una eficacia necesariamente directa. Si bien esta doctrina advierte la necesidad de diferenciar la aplicación vertical y horizontal en atención a la diferente *naturaleza* de la relación, no encuentra otra salida que dejar todo ello entregado a la decisión del juez que conozca del asunto²⁶.

²⁴ BILBAO, *op. cit.* [nota 13], p. 368 ss.

²⁵ NARANJO, *op. cit.* [nota 17], p. 227.

²⁶ “Lo que sucede es que cuando se hacen valer frente a un particular, en un escenario distinto, como es el de las relaciones de Derecho privado, los principios o valores con los que pueden entrar en conflicto son, como es lógico, los que presiden el tráfico jurídico-privado (la autonomía privada, casi siempre). Así pues,

Eficacia indirecta

Alternativamente a la eficacia directa y su confianza, en último término, en nociones sustantivas para discriminar la forma de dar eficacia horizontal a los derechos fundamentales, se ha optado por entregar la forma de articular la interrelación entre los derechos básicos contenidos en la Constitución y el derecho privado, a los arreglos institucionales que se adopten en un sistema jurídico dado. Es esa la conclusión que inevitablemente parece derivarse de la práctica experimentada por la jurisprudencia de los tribunales supremos o constitucionales, que han debido pronunciarse en casos en que aparecía la pretensión de horizontalidad de un derecho constitucional.

Como se observa en esta práctica, el camino que han seguido la mayoría de estos tribunales para hacer operable la diferencia de posiciones que ostentan los derechos fundamentales frente a actos estatales y entre particulares, ha sido reconocer a los derechos fundamentales un valor como principios aplicables en los litigios puramente privados, antes que como derechos subjetivos directamente oponibles.

El origen de esta teoría se encuentra en la decisión del Tribunal Constitucional Alemán en el famoso caso *Lüth*²⁷. Conforme a ella, los derechos constitucionales constituirían un “orden objetivo de valores”, que no gobiernan sino que influyen las relaciones entre privados. Su rango sería el de principios - antes que reglas- que se irradiarían a las relaciones gobernadas por el derecho privado a través de las

para que la articulación sea correcta, el juez deberá ponderar cuidadosamente la eficacia limitadora de estos principios en relación con el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental antes de resolver el caso en un sentido u otro”. BILBAO, *op. cit.* [nota 13], p. 364.

²⁷ Ver *supra*, nota 2.

“cláusulas generales” (buena fe, buenas costumbres, orden público) permitiéndose de ese modo un desarrollo armónico y consistente de éste con dichas ordenaciones sociales.

“No existe duda que el propósito principal de los derechos básicos es proteger la esfera de libertad del individuo contra la invasión del poder público: ellos son la fortaleza del ciudadano contra el Estado. Ello emerge como resultado del desarrollo de su historia intelectual y su adopción en las constituciones de diversos estados como lo muestra su historia política...

Pero es igualmente indudable que la Constitución, lejos de pretender ser un ordenamiento valorativamente neutral (referencias) ha establecido un orden objetivo de valores en su capítulo de derechos fundamentales, y que en consecuencia expresa y refuerza la validez de los mismos (referencias) Este sistema de valores, centrado en el libre desarrollo de la personalidad humana y de su dignidad en la comunidad social, debe aplicarse, en tanto que axioma constitucional, en todos los ámbitos del derecho: debe dirigir e informar al legislador, la administración y al poder judicial. Del mismo modo influye naturalmente sobre el derecho civil, ninguna regla de derecho privado puede estar en contradicción con él y cada una de esas reglas debe ser interpretada conforme a su espíritu.

La influencia del sistema de valores de los derechos fundamentales es clara en aquellas disposiciones del derecho privado que son imperativas y forman parte del orden público...Las *cláusulas generales* como el artículo 826 del BGB, por medio del cual el comportamiento humano se mide con estándares supraleales tales como ‘*conducta debida*’, permiten a los tribunales responder a esta influencia desde que al decidir lo que se exige por dichos mandatos sociales en un caso particular, deben partir desde el sistema de valores adoptado por la sociedad en su constitución en un momento dado de su desarrollo espiritual y cultural”²⁸.

²⁸

La cita corresponde a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Alemán en el caso *Lüth*, referido en la nota 2.

Conforme a este razonamiento, el conflicto sigue siendo una disputa de derecho privado, pero las reglas aplicables a la solución del caso deben ser interpretadas a la luz de las normas *iusfundamentales*²⁹.

De algún modo, entonces, la posición que favorece la horizontalidad mediata es un híbrido: exige intervención o acción estatal para que los derechos fundamentales se apliquen directamente, pero por otra parte, permite un grado de horizontalidad que esta dado por la exigencia de construcción del derecho privado conforme a la Constitución, aun cuando sea una disputa puramente entre individuos particulares³⁰.

Ahora bien, esta interpretación de las normas civiles para hacerlas consistentes con los valores sociales predominantes, expresados en los derechos fundamentales, no es voluntaria para el juez, ni el resultado único de la mecánica propia de los conceptos indeterminados del derecho privado, sino que tiene como fuente positiva la supremacía formal de las normas constitucionales, reforzada en muchos casos por el mandato constitucional explícito a los tribunales de interpretar todas las normas jurídicas en forma consistente con las disposiciones de derechos fundamentales³¹.

²⁹ VON MÜNCH, *op. cit.*, [nota 4], p. 41. En palabras del Tribunal Constitucional Alemán: “El contenido de los derechos fundamentales como normas objetivas informa el derecho privado a través de las disposiciones que directamente controlan esta área del derecho. Así como las nuevas reglas deben conformarse al sistema de valores de los derechos fundamentales, también las reglas existentes reciben de él un contenido constitucional definido que determinará su interpretación. Desde la perspectiva del derecho sustantivo y procesal una disputa entre ciudadanos privados respecto de los derechos y deberes que emanan de las reglas de conducta así influenciadas por los derechos fundamentales sigue siendo una disputa de derecho privado. Es el derecho privado el que es interpretado y aplicado no obstante que sus intérpretes deban seguir el derecho público de la constitución”. La cita corresponde a la sentencia dictada por ese tribunal en el caso *Liith*, referido en la nota 2.

³⁰ HUNT, *op. cit.* [nota 7], pp. 166-167.

³¹ Señala la Constitución Sudafricana en su Capítulo 3 sección 35: “In the interpretation of any law and the application and development of common law and customary law, a court shall have due regard to the spirit, purport and object of this Chapter”.

Ello nos lleva necesariamente a un problema adicional. Como puede anticiparse, una de las cuestiones más complejas de resolver por aquellos sistemas que se inclinan por esta alternativa, es la de determinar en que medida los catálogos de derechos constitucionales son aplicables a las cortes de dichos sistemas en cuanto órganos estatales. Se trata en consecuencia, de fijar el límite con el que una decisión de un tribunal será considerada una acción estatal.

La solución que se ha adoptado, énfasis más o menos, ha consistido en negar que las órdenes o decisiones de las cortes se entiendan como “actos de gobierno”, ya que si así fuera, toda disputa sometida a un tribunal, de cualquiera naturaleza, pasaría a ser un litigio sujeto al catálogo. En lugar de ello, se ha entendido que las normas sobre derechos constitucionales no se aplican directamente a litigios de derecho privado entre particulares en que no hay una acción gubernamental³². Lo anterior no significa, sin embargo, que este conjunto de normas sea irrelevante para ese conflicto o el desenvolvimiento del derecho privado en general, pero de ello no se sigue que una de las partes tenga un deber o acción constitucional contra la otra³³.

La solución no está exenta de problemas. Existe una línea muy delgada entre extender una regla de derecho privado mediante su interpretación conforme a los valores que subyacen a los derechos fundamentales y modificar, derogar o crear judicialmente una nueva regla.

³² O al menos que la acción privada no tenga como soporte una acción gubernamental.

³³ “Where, however, private party A sues private party B relying on the common law and were no act of government is relied upon to support the action, the Charter will not apply. I should make it clear, however, that this a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the Charter is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law. But this is different from the proposition that one private party owes a constitutional duty to another, which proposition underlies the purported assertion of Charter causes of action or Charter defenses between individuals. *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*, citado por HUNT, *op. cit.* [nota 7], p. 168.

Probablemente es por estas razones que los adherentes a la horizontalidad mediata insisten en que la obligación de interpretación consistente no puede llegar al extremo de derogar o dejar sin aplicación una regla legal o bien extenderla o modificarla sustancialmente, debiendo entregarse la solución del problema de la incompatibilidad a un tribunal superior. Por iguales motivos sus partidarios asignan al legislador la tarea principal de articular la vinculación de los privados por los derechos fundamentales.

No es del caso profundizar en este punto que será objeto de discusión en otros paneles en el seminario, pero como lo diré mas adelante, una de las ventajas que en mi opinión inclinan la balanza a favor de la horizontalidad indirecta, es el rol principal que otorga al legislador en la tarea de desarrollar los derechos fundamentales en las relaciones privadas³⁴.

Eficacia directa vs. Eficacia indirecta

Como ya se ha visto, los distintos partícipes de la discusión concuerdan en que los resultados prácticos que se siguen de adoptar una u otra posición (horizontalidad *directa* o *indirecta*) son menores. Ello, también se dijo, es una consecuencia de los amplios consensos que se aprecian entre unos y otros. Los horizontalistas indirectos reconocen que los derechos constitucionales influyen las disputas privadas penetrando en ellas con rango de principios que tienen consecuencias jurídicas determinantes para la solución al caso. En el fallo *Lüth*, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán dio tal relevancia a la libertad de

³⁴ Al efecto, véase NARANJO, *op. cit.* [nota 17], p. 179 ss.

expresión, que entendió que en razón de ella un acto dado dejaba de ser ilícito y por ende no generaba una obligación indemnizatoria para su autor.

Por su parte, los que abogan por un efecto horizontal directo, se apresuran a llamar la atención sobre los límites de ese mismo efecto. Así, sostienen, éste solo se aplicará respecto de algunos derechos constitucionales; el grado con que deben actuar variará dependiendo del derecho y del tipo de relación privada que se trate, pero en todo caso será distinto a la forma en que operan contra las acciones estatales; y por cierto, la naturaleza del conflicto, esto es que se trata de un conflicto de intereses privados en el que ambas se presentan como titulares recíprocos de derechos fundamentales. En otros términos, lo que están diciendo es que no todos los derechos constitucionales confieren derechos subjetivos cuando se trata de relaciones entre privados, y que el contenido de ese derecho (en aquellas hipótesis que se le reconoce como derecho subjetivo) debe determinarse casuísticamente.

Así las cosas, los motivos que usualmente se invocan para inclinar la balanza a favor de la horizontalidad indirecta o alguna de sus variantes, han estado principalmente en el hecho que la eficacia mediata concilia de mejor modo las inevitables dificultades que cualquier vigencia horizontal de los derechos constitucionales trae consigo. Las razones de la preferencia, entonces, se encuentran en las consecuencias negativas que una aplicación directa de las normas *iusfundamentales* podrían representar para el derecho privado, su identidad y racionalidades propias y, consecuentemente, para la autonomía privada en tanto principio sustentador de este derecho.

¿A qué se debe esta diferencia?³⁵. Lo que está detrás de ella es la convicción que el derecho legal no es un simple despliegue de las reglas constitucionales. Se trataría de áreas que poseen una índole argumental distinta: uno pone límites, el otro equilibra, uno orienta decisiones, el otro permite derivarlas, y por lo mismo, puede en algún nivel generarse inconsistencia entre ellos. Si esa inconsistencia se resuelve sacrificando el derecho privado se pierde algo importante para organizar, precisamente, las relaciones entre los particulares. Si ello no fuera así, y el derecho privado y la técnica de derechos fundamentales, en fin el derecho constitucional, no poseyeran esa índole diferente, el problema no se presentaría y sería cosa de extender los derechos fundamentales a las relaciones privadas, de “horizontalizarlos” como derechos subjetivos contra cualquiera.

Desde mi perspectiva, esa diferencia existe y hay buenas razones para tomarla en serio.

II. Derechos fundamentales y la lógica del derecho privado

Como ya se ha dicho el principal argumento levantado en contra de la eficacia directa se encontraría en la amenaza que esta representaría para la identidad del derecho privado. Así, la consabida *constitucionalización* del derecho privado redundaría en una potencial disolución de éste, que terminaría por destruir su racionalidad interna con la consecuente pérdida de certeza jurídica para los actores sujetos a sus normas³⁶.

Corresponde entonces que revisemos en que consiste esa lógica propia del derecho privado. Sin embargo, creo es oportuno fijar en forma previa el nivel en que se produce la discrepancia.

Debe partir por descartarse la existencia de una supuesta ajeneidad o inconsistencia entre los bienes jurídicos que subyacen a los derechos fundamentales y parte importante del

³⁵ Agradezco a Carlos PEÑA su ayuda para precisar el alcance de la cuestión que aquí se expone.

³⁶ Véase Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (traducción de Ignacio Gutiérrez). Madrid: Civitas, 2001 (1995), p. 60.

derecho privado. Antes que ello, entre ambos existe una cercana identidad. Una rápida mirada a la historia del derecho privado muestra que éste, con mucha anticipación al surgimiento de la noción de derechos constitucionales tal como los conocemos hoy, ha dado protección a bienes jurídicos como los que subyacen a los derechos fundamentales³⁷. La integridad física y síquica de las personas, su nombre, honor e intimidad han recibido protección en el derecho civil desde los tiempos de formación de la tradición jurídica occidental. En esta tradición, el derecho privado ha sido centralmente el derecho de la persona y de su autonomía, el que ha fijado el espacio en el que los individuos regulan sus relaciones sociales³⁸.

En este último sentido, como lo explica acertadamente Enrique BARROS, la función más típica del derecho privado “es hacer inteligibles normativamente relaciones libres y espontáneas. En el derecho privado,... el sentido de lo correcto, dicho metafóricamente, pertenece a la comprensión de la norma”³⁹. En palabras de Ernst WEINRIB, las relaciones de derecho privado, centralmente las gobernadas por el derecho de contratos y de la responsabilidad extracontractual, están basadas en un principio de justicia correctiva. Esto da una estructura interna a estas relaciones que las hace discernibles exclusivamente a partir de la justicia de la precisa relación. De este modo, las exigencias de responsabilidad o de liberación de ella resultan de las características típicas de la relación entre las partes⁴⁰. Por otra parte, las normas de derecho privado han tenido tradicionalmente como tarea importante dar certeza y crear las condiciones que hagan posible la convivencia entre personas que actúan movidas por sus intereses y fines. Es

³⁷ Helmut COING, *Derecho privado europeo* (traducción de Antonio Pérez Martín), Vol. II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 355 ss.; Carlos PEÑA, “El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Sistema jurídico y derechos humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, N°6 (1996), serie publicaciones especiales, Universidad Diego Portales, p. 545 ss.

³⁸ HESSE, *op. cit.* [nota 36], pp. 38 y 39.

³⁹ “Lo público y lo privado en el derecho”, en *Revista de Estudios Públicos*, N°81 (2001), p. 20.

⁴⁰ BARROS, *ibídem*.

probablemente en este sentido en el que se puede decir, con mayor propiedad, que el derecho civil es derecho privado.

Consecuencia de lo anterior, entonces, es que en el centro de la racionalidad del derecho privado “está la confianza que resulta de la ecuación de justicia y de certeza de la regla aplicable a la relación”⁴¹. En esta tarea, el derecho civil tiene la ventaja de mirar a la tradición y ser el resultado de una larga evolución de la cultura jurídica occidental. Precisamente por este carácter marcadamente histórico es que el derecho privado esta abierto al cambio⁴².

Este equilibrio entre estabilidad y cambio ha sido logrado en buena medida debido al juego dialéctico propio del derecho privado, que se traduce en la interacción de reglas y principios en la solución de casos concretos. Nociones como buena fe, por citar la más representativa, no reemplazan a las reglas, sino que actúan corrigiéndolas o rectificándolas de modo de impedir que ellas desvíen hacia resultados extremos a abusivos⁴³. Por la misma razón, conceptos indeterminados como buenas costumbres u orden público, han evitado que se rigidice y le han dado capacidad de ajustarse a los cambios en las valoraciones sociales.

No escapa a mi atención que tal como lo demostró la poderosa crítica del movimiento *Critical Legal Studies*, el derecho privado está también cruzado por la política. Pero esa crítica no alcanza a privar a este derecho de su carácter predominante de razón

⁴¹ BARROS, *ibídem*, p. 22.

⁴² Uno de los ejemplos más notorios de esta dimensión del derecho privado ha sido la protección de intereses inmateriales a través de la indemnización por daño moral, que presenta una evolución de más de un siglo en la tradición.

⁴³ Véase ESSER, Joseph, *Principio y Norma en el Desarrollo Jurisprudencial del Derecho Civil* (traducción de Eduardo Valentí). Barcelona: Bosch, 1961 (1956).

práctica, como lo demuestra la cercanía que presentan sus regulaciones en los distintos sistemas jurídicos a pesar de sus diferentes sustratos culturales. Tal vez la muestra contemporánea más potente de esa dimensión sea la vuelta que se aprecia en Europa hacia un derecho privado común.

En la estructura dogmática que se viene explicando, la función de los principios está dirigida a orientar decisiones antes que a actuar como normas binarias que se cumplen o infringen. En palabras de ALEXY, los principios serían mandatos de optimización. Conforme a esta caracterización los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible dentro de las realidades jurídicas y fácticas existentes, presentando razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. Las reglas por su parte son normas que sólo pueden ser cumplidas o no, exigiendo que se haga exactamente lo que ellas ordenan⁴⁴.

Conforme a estas explicaciones, los derechos fundamentales operan como principios, lo que se evidencia en lo general de sus formulaciones semánticas y lo ambiguo de su contenido⁴⁵. Precisamente es este rasgo característico de los derechos constitucionales es el que hace problemática su configuración como derechos subjetivos privados. Lo propio de la noción de derecho subjetivo es el reconocimiento a su titular de un ámbito de exclusividad, de una titularidad jurídica para actuar a su propio arbitrio⁴⁶. Ello exige un núcleo relativamente cierto del interés que protege el derecho. Sin embargo, en los derechos fundamentales ese núcleo es muy difuso, abstracción que se hace mucho más

⁴⁴ ALEXY, *op. cit.* [nota 16], pp. 86-99.

⁴⁵ Tal vez los ejemplos más conspicuos de esta característica se encuentre en el derecho a la igualdad y el derecho a la intimidad.

⁴⁶ BARROS, *op. cit.* [nota 39], p. 23.

equivoca cuando se reconoce en el ámbito de las relaciones entre particulares. La regla general en el derecho privado no es esa. Su “mayor ventaja relativa, que es asimismo condición de su eficacia como ordenamiento jurídico básico de la actividad económica, es la relativa precisión del contenido atributivo de los derechos subjetivos que confiere: los derechos del propietario, del acreedor, del heredero están definidos con la suficiente precisión para que exista certeza acerca de su alcance y, por consiguiente, de su valor económico”⁴⁷.

Entonces, de ser aplicados directamente los derechos fundamentales, esta estructura del derecho privado se vería alterada en tono no menor, siendo inevitable que los derechos constitucionales pasen a gobernar la decisión del conflicto, desplazando con toda probabilidad, las reglas legales aplicables al caso. Ello, me parece es el resultado inevitable de la indudable superioridad formal y material que tienen los derechos constitucionales⁴⁸. Como lo demuestra la experiencia chilena, a la que me referiré más adelante, una vez que los derechos constitucionales tienen directa aplicación en la solución del conflicto tienden necesariamente a controlarla, haciendo irrelevantes las normas legales que en ausencia de ellos decidirían la disputa, y los casos terminan siendo adjudicados por decisiones basadas fundamentalmente en argumentos de principio.

La superioridad normativa de la Constitución, los bienes jurídicos que subyacen a los derechos fundamentales y el indiscutible peso argumentativo que ellos tienen (la “artillería pesada” a la que nos hemos referido anteriormente), hacen inevitable la existencia de algún grado de horizontalidad en los litigios privados. Por otra parte, no se puede soslayar el

⁴⁷ BARROS, *Relación jurídica y derechos subjetivos* (Apuntes), Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 12.

⁴⁸ ALEXY, *op. cit.* [nota 16], pp. 503 y 505.

hecho que, como lo demuestra la experiencia comparada⁴⁹, toda eficacia horizontal, directa o indirecta, genera un incremento de la litigación sobre la pretensión de horizontalidad y con ello ciertos niveles de incertidumbre y ambigüedad. Pero el sometimiento del juez a la necesidad de argumentar a partir de las normas de derecho privado aplicables al caso, permite una comunicación recíproca entre la Constitución y las leyes que gobiernan la esfera privada, exigiendo un anclaje del conflicto en la racionalidad propia del derecho privado. Así, los riesgos aparejados a toda horizontalidad pueden ser mitigados evitando que todos los conflictos privados sean en último término absorbidos por el derecho constitucional.

Al mismo tiempo, y como efecto de lo anterior, se da al legislador un rol significativo en el desarrollo de los derechos fundamentales en el ámbito de los particulares, correspondiéndole una tarea principal en la articulación y ponderación de los conflictos de derechos e intereses que subyacen a la horizontalidad.

III. Comentarios finales: la horizontalidad directa de los derechos fundamentales en el sistema jurídico chileno.

El sistema jurídico chileno incorporó desde el año 1976 un mecanismo judicial de amparo de derechos constitucionales. Esta acción, conocida como Recurso de Protección, se caracteriza por ser una versión radicalizada de las acciones de tutela de derechos fundamentales existentes en la mayoría de los países latinoamericanos y europeos continentales.

⁴⁹ Véase al respecto VON MÜNCH, *op. cit.* [nota 4], p. 33.

En efecto, a partir del tenor literal del artículo 20 de la Constitución chilena⁵⁰, el recurso de protección constituye una acción de urgencia ante las Cortes de Apelaciones, sin que exista restricción respecto del sujeto pasivo del recurso -actos de autoridad pública o de particulares- y sin que tampoco se exija haber agotado previamente algún otro mecanismo administrativo o judicial de reclamo.

La práctica jurisprudencial ha extendido aun más los alcances del recurso, al entender protegidas por la garantía constitucional del derecho de propiedad toda forma de posición subjetiva, incluidas algunas sin contenido patrimonial, como la calidad de estudiante o la de asociado gremial.

Por ello, en nuestro medio jurídico la eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales nunca se ha discutido ni menos aún ha sido puesta en duda. Conflictos típicamente entre privados, como los originados en disputas contractuales, han dado lugar a múltiples recursos de protección contra otro particular, fundados en la lesión de un derecho constitucional.

Veamos cual ha sido el resultado de la práctica chilena de eficacia directa.

En mi opinión, la evaluación no es muy favorable. En primer lugar, no puede decirse que la eficacia directa de los derechos fundamentales haya redundado particularmente en un

⁵⁰ “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12º, 13.º, 15º, 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación y a lo establecido en su inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección ala afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.
Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N.º 8.º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

fortalecimiento o desarrollo de una cultura protectora de libertades individuales. Es más, en algunos casos el efecto ha sido precisamente el inverso; en otros -la mayoría- se ha impuesto una falta de total de consistencia en el desarrollo de las garantías constitucionales, probablemente con la excepción de los derechos de contenido económico.

En el caso probablemente más citado y comentado de la jurisprudencia constitucional chilena de la última década, un periodista fue llevado a los tribunales por violar el derecho al honor de ciertos connotados empresarios. El amparo prosperó y la corte privilegió este derecho por sobre la libertad de expresión prohibiendo la circulación del libro. La calidad del argumento decisivo del fallo hace imposible soslayarlo: en opinión del tribunal, la honra, N°4 en el catálogo de derechos de la Constitución chilena, derrota a la libertad de expresión, N°12.

La igualdad, probablemente el derecho cuya horizontalidad ha generado mayores dificultades, ha sido en más de una ocasión invocado entre privados. Al respecto comparto el juicio de Fernando ATRIA cuando sostiene que “nuestros tribunales no han encontrado una línea unificadora de su concepción de la igualdad, lo que se traduce en la total imprevisibilidad de sus decisiones al respecto”, lo que se traduce en que “las partes no tienen, en muchos casos, forma alguna de predecir el resultado del mismo...”, ni de saber “...cuáles las razones *jurídicas* que destruyeron los argumentos del vencido, ni cuáles las que aprobaron las del ganador”⁵¹, con la excepción de las materias que involucran intereses económicos⁵².

⁵¹ *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*. Cuadernos de análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, N°36 (1997), pp. 89-90.

⁵² En contra de esta opinión se manifiesta Pablo RUIZ-TAGLE, “Apuntes sobre la igualdad constitucional en Chile”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, SELA 1999, año 2000, p. 25.

Ello no es todo, un rasgo característico de la protección constitucional de derechos en Chile es el uso extensivo que se le ha dado al amparo constitucional para resolver conflictos de carácter económico. Probablemente ello se deba en buena medida a las ventajas procesales que tiene esta acción como procedimiento de urgencia. Sin embargo, como lo demuestra el caso fallado por la Corte Suprema Irlandesa citado al inicio de este artículo y como lo confirma la experiencia chilena, una consecuencia inevitable de la eficacia directa es su expansión hacia problemas típicamente económicos o comerciales. Se hace difícil imaginar un conflicto contractual o empresarial –en realidad cualquier disputa privada– que finalmente no pueda ser reconducido a un problema de libertad económica, de derecho de propiedad, en fin del derecho a ganarse la vida por medios lícitos.

Podría sostenerse que resolver conflictos por medios expeditos, llevando la Constitución a los problemas diarios de los ciudadanos como sucede con las disputas entre vecinos, es el mejor modo de hacer vivo y cercano este cuerpo normativo al ciudadano común⁵³, y que ello, lejos de trivializar los derechos fundamentales, les otorga real aplicación.

Yo no estoy muy convencido. En el caso chileno creo ello ha sido a un costo importante. Como pienso se demuestra en una investigación efectuada hace algún tiempo en relación a la jurisprudencia emanada del recurso de protección en conflictos contractuales entre privados, ello ha tenido efectos significativos en el derecho de contratos en Chile⁵⁴.

Los tribunales superiores de justicia han desarrollado la doctrina que la garantía constitucional del derecho de propiedad protege los derechos de crédito que para su titular

⁵³ “To privatise human rights helps shift human rights from the sphere of political rhetoric into spheres of daily reality”. CLAPHAM, *op. cit.* [nota 21, “The Privatisation of...], p. 31.

⁵⁴ Véase, Andrés JANA y Juan Carlos MARÍN, *Recurso de protección y contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

surgen del contrato. Así, el arrendatario o el acreedor son “dueños” de su derecho a exigir el uso de la cosa o el pago de la deuda. Como consecuencia de esta construcción, en muchos casos se ha llegado a considerar inconstitucional el puro y simple incumplimiento de un contrato. Con ello, se ha borrado de una plumada la distinción entre derechos reales y personales que se ha mantenido como *summa divisio* del derecho continental por cerca de dos mil años.

La inflación de los derechos fundamentales a través del recurso de protección ha significado la completa irrelevancia de las demás acciones que regulan estos conflictos a nivel legal, y ha importado una alteración profunda de las normas de fondo que tradicionalmente han gobernado tales disputas, con el consecuente efecto, en muchos casos, de una alteración relevante de la posición estratégica que ese mismo sistema de reglas asignaba a las partes en litigio. En definitiva, creo que uno de los rasgos más salientes de los fallos de recurso de protección es haber transformado a las cortes en una jurisdicción de equidad inarticulada. Ello nos hace estar viviendo actualmente en una cultura del barroco jurídico⁵⁵.

Alguien podría sostener que ese es un efecto deseado y que todo el propósito de los derechos fundamentales es prevalecer sobre estructuras como el derecho privado. Que ese es el modo de promover una cultura fuerte de los derechos fundamentales.

Yo tengo mis dudas. La práctica comparada en materia de horizontalidad de derechos fundamentales demuestra que no es posible establecer una relación necesaria

⁵⁵ Aún cuando ha sido el resultado de múltiples discusiones entre un grupo de académicos, creo que en justicia corresponde atribuir esta expresión a Antonio Bascañan Rodríguez.

entre la protección que los derechos humanos reciben en un país determinado y el efecto - vertical u horizontal (directo o indirecto)- que se da a esos derechos en las relaciones privadas en dicha sociedad. Consideremos tres ejemplos: Estados Unidos, en el que parece predominar, a través de la doctrina de la “*state action*”, la idea que la Constitución vincula solo al poder público; y Canadá, que reconoce un efecto sólo indirecto a su *Charter of Rights*, son países con una fuerte tradición de protección a los derechos fundamentales. En el otro extremo, Chile, donde predomina una concepción de efecto inmediato, tiene un récord, como lo demuestran sus más sobresalientes casos en materia de libertad de expresión⁵⁶, más discutible.

Por otra parte, una vez que se admite la eficacia directa, debe admitirse *prima facie* respecto de todos los derechos fundamentales, incluidos derechos de contenido económico como la libertad de empresa o la propiedad, que tienen extensos ámbitos de regulación legal. Nadie puede asegurar que en el juego de ponderaciones y equilibrios la igualdad deba ceder frente a la propiedad o la libertad de expresión ante el honor.

Una de las conclusiones más ciertas –tal vez la única- a la que permite llegar la discusión sobre la horizontalidad de los derechos fundamentales, es que la vinculación de los particulares a ellos no tiene respuestas seguras y probablemente nunca llegue a tenerlas⁵⁷. Mi intención en este artículo ha sido llamar la atención sobre los peligros que entraña la “derecho fundamentalización” irrestricta de todo el ámbito jurídico, en particular del derecho privado. Una

⁵⁶ Me refiero al caso *Martorell* (explicado en *supra* p. 26) y al caso de la película *La Última Tentación de Cristo*, en que la Corte de Apelaciones de Santiago prohibió su exhibición con fundamento en que dicha película ofendía el honor de Cristo.

⁵⁷ En este mismo sentido se pronuncia HESSE. Citado por Josep FERRER IRIBA y Pablo Salvador CORDERCH, “Asociaciones, Democracia y Drittwirkung”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Pablo Salvador CORDERCH (coordinador). Madrid: Civitas, p. 100.

segunda mirada a los propios fines que han justificado a los derechos fundamentales, y probablemente un reconocimiento de los límites que tiene el derecho en la regulación del orden social pueden darnos algunas de las respuestas que el análisis teórico parece más bien oscurecer.