



Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

EL EFECTO HORIZONTAL DE LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL

APLICACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD

Pamela Andrea Mendoza Alonzo

Marco Andrés Silva Maldonado

Profesor guía: Luis Iván Díaz García

Noviembre de 2005

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

ÍNDICE.

<i>RESUMEN</i>	3
<i>INTRODUCCIÓN</i>	4
<i>CAPITULO I:</i>	
<i>LA TEORÍA DEL EFECTO ENTRE TERCEROS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES</i>	
1. <i>Cuestiones Preliminares</i>	7
2. <i>Efecto indirecto o mediato de las normas de derecho fundamental</i>	8
2.1. <i>Ventajas en la aplicación del efecto mediato</i>	10
2.2. <i>Críticas a la aplicación del efecto mediato</i>	11
3. <i>Efecto directo o inmediato de las normas de derecho fundamental</i>	13
3.1. <i>Argumentos para adoptar el efecto inmediato</i>	14
3.2. <i>Críticas al efecto inmediato. Comentarios</i>	15

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

*CAPÍTULO II:**EL EFECTO HORIZONTAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD*

<i>1. Recepción del efecto horizontal en Chile.....</i>	<i>17</i>
<i>2. El derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria en las relaciones entre particulares.....</i>	<i>19</i>
<i>2.1. Noción del derecho a la igualdad.....</i>	<i>21</i>
<i>2.2. Derecho a la igualdad y autonomía de la voluntad.....</i>	<i>23</i>
<i>3. Herramientas de eficacia horizontal de los derechos fundamentales</i>	<i>31</i>
<i>3.1. La acción de protección de garantías constitucionales.....</i>	<i>32</i>
<i>3.2. Otras herramientas de eficacia.....</i>	<i>34</i>
 <i>CONCLUSIONES.....</i>	 <i>38</i>
 <i>BIBLIOGRAFÍA.....</i>	 <i>42</i>

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

RESUMEN

El ordenamiento jurídico chileno ha contemplado sin mucha cavilación el efecto entre particulares de los Derechos Fundamentales, habida consideración de la estructura misma del texto Constitucional en sus artículos 6 y 20. Sin embargo lo trascendente en la materia es precisar el hasta dónde y en qué medida se da esa vinculación, principalmente por las consecuencias absurdas a que puede llegar una aplicación demasiado extensiva del efecto inmediato. Pretendemos aquí acotar la aplicación de la *Drittwirkung* al derecho iusfundamental de igualdad, sugiriendo criterios que permitan armonizarlo con otro derecho fundamental: la libertad.

Derechos fundamentales-Efecto horizontal-Igualdad

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más interesantes que ha preocupado a la dogmática constitucional, de los últimos cincuenta años, ha sido el determinar si los derechos fundamentales pueden ser exigidos en las conductas, actos o contratos jurídicos que celebren los particulares. El problema pareciera a simple vista del todo categórico, pero no es tan así. Es necesario antes de responder la cuestión principal realizar una serie de distinciones (nada nuevo en el derecho) pero es precisamente allí donde disiente toda la doctrina y se enarbolan posiciones de todo tipo: las que propugnan una aplicación directa de estos derechos, las que prefieren usar el filtro de la legislación o de las cláusulas generales de interpretación, las doctrinas integradoras, etcétera. El problema está entonces en realizar un análisis ante todo del método a utilizar para llevar a cabo dicha aplicación, porque nadie duda, que en la realidad los jueces igual terminan aplicando los derechos fundamentales en estas relaciones, por ejemplo para impugnar una disposición testamentaria por discriminatoria o al obligar a un restaurant a admitir personas de distintas nacionalidades o razas a su mesa.

Creemos que el tema no es menor porque tiene que ver con la libertad de las personas, a decir de Bobbio nada saca el ser humano de ser libre frente al Estado si no lo es frente a la sociedad. Es un asunto no sólo de técnica jurídica o de configuración de las acciones constitucionales, tiene que ver con la concepción del hombre en el universo, con el rol que cumple y con los deberes que le impone vivir en una sociedad democrática de derecho.

No es simple, sin embargo, adoptar posturas puras en la materia. En este trabajo hemos intentado demostrar que el sistema jurídico chileno otorga bases suficientes para entablar la discusión en el foro. El ordenamiento jurídico chileno contempla un mandato

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

de respeto a los derechos fundamentales sin condicionar a su titular, es más, expresamente en su Constitución Política alude directamente su eficacia frente a particulares, sin embargo otorga este mismo mandato de respeto frente a todos los derechos fundamentales por lo que al igual que cuando se plantean conflictos de colisión de derechos hay que tener a la mano ciertos parámetros de ponderación.

Del catálogo de derechos que trae nuestra Constitución hemos querido centrar nuestra atención en el artículo 19 N°2, ya que al parecer es particularmente conflictivo en este aspecto, porque volvemos a la tensión entre libertad e igualdad, es precisamente éste el centro de la discusión: si decidimos aplicar los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares debemos tener en cuenta que cada extremo de la relación es a la vez titular de los mismos derechos y al exigir a uno no discriminar arbitrariamente, éste al mismo tiempo se ampara en la libertad que tiene para contratar con quien quiera, para, por ejemplo, arrendar su propiedad a quien se le ocurra. Pero creemos que existen ciertas circunstancias en que esa libertad de que goza el particular debe ser restringida, precisamente porque se ha vulnerado la prohibición de discriminación en forma grosera o porque ciertas circunstancias que han rodeado la celebración del contrato no son aptas para formar la voluntad. Así llegamos a la especificidad del problema: cuál es el límite, hasta dónde puedo discriminar en mis relaciones con otros, cuándo debe el Estado intervenir en la relación para restablecer equilibrios.

Así se propone la adopción del efecto directo del derecho fundamental a la igualdad en las relaciones entre particulares, ponderando dicha afirmación a través de ciertas pautas o criterios que ya han sido probados por la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como extranjera.

Este trabajo parte realizando una breve exposición crítica de las principales doctrinas que se manejan en la dogmática constitucional europea para solucionar el

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

problema. En el segundo capítulo se exponen argumentos que a nuestro parecer importarían una recepción del efecto inmediato en Chile y luego a partir del análisis del derecho a la igualdad en nuestra Constitución se intenta resolver el problema de colisión mencionado pretéritamente con ayuda de ciertos criterios de ponderación propuestos. Al final hemos considerado una mirada al derecho procesal constitucional, en cuanto a las herramientas que poseen los particulares para llevar a cabo la pretensión de hacer cesar o resarcir los efectos de la discriminación.

No se han desarrollado estos capítulos sin consultar antes legislaciones, jurisprudencia y doctrina de otros ordenamientos jurídicos, que nos han orientado en la identificación de los problemas y en las pautas que éstos han tenido a la vista para la solución de esta cuestión.

La discusión sin embargo no está cerrada y cada día aparecen nuevos argumentos y especificaciones a las que hay que atender, lo aquí expuesto es ante todo un aporte a ella frente al escaso debate nacional de que ha sido objeto.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

CAPÍTULO I

LA TEORÍA DEL EFECTO ENTRE TERCEROS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

I. Cuestiones Preliminares.

Si los derechos fundamentales tienen la virtud de vincular a los particulares, es una cuestión que depende mucho del concepto mismo que se tenga acerca de ellos.

El concepto de Derecho Fundamental en doctrina ha sido bastante controvertido, en especial cuando se trata de vincularlo y distinguirlo de otros cercanos, como los de Derechos Humanos, Libertades Públicas o Derechos Públicos Subjetivos, por ejemplo.

Entonces, si queremos acotar este trabajo a determinar si en Chile existen suficientes argumentos para estimar que los derechos fundamentales y en especial el derecho a la igualdad vinculan a los privados directamente en sus relaciones particulares, debemos antes indicar cuál es el concepto de derecho fundamental que aquí se utilizará. Parafraseando a Alexy diremos entonces que: disposiciones de derecho fundamental son los enunciados formulados en el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile¹. Este es el concepto de derecho fundamental que hemos de utilizar a lo largo de este trabajo y por cierto es la opción que varios autores en la materia han seguido².

¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. Traducción de Ernesto Garzón Valdés de *Theorie der Grundrechte*, p. 65.

² BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 68-77. Asimismo, PIZARRO WILSON, Carlos. *Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la Drittwirkung* /en/ Gaceta Jurídica n° 221 (1998), p. 9.

Asimismo, para efectos del tratamiento de la materia y por razones de orden metodológico se ha optado aquí por seguir la distinción acuñada por el profesor Peces-Barba, en cuanto a separar dos campos de discusión y análisis diferentes: el de la validez de los derechos fundamentales frente a particulares y la cuestión acerca de la eficacia de los mismos en dichas relaciones, sin perjuicio de estar íntimamente ligados, como veremos en el transcurso de este trabajo. Así, entenderemos validez como los conflictos que se plantean en abstracto al pretender aplicar los derechos fundamentales, -aquí el derecho a la igualdad- en las relaciones *inter privatos*, y eficacia, referida a las herramientas de que dispone el ordenamiento jurídico nacional para llevar a cabo tal vinculación³.

Debemos señalar que se abarcarán los dos ámbitos de análisis propuestos por Peces-Barba, respecto del ordenamiento jurídico constitucional y privado de Chile.

2. *Efecto indirecto o mediato de las normas de derecho fundamental.*

La doctrina de la horizontalidad de los derechos fundamentales históricamente ha tenido dos vertientes o ámbitos de extensión a las relaciones privadas: la primera, invoca un efecto inmediato de los derechos fundamentales en el tráfico privado. En cambio, la segunda sostiene nada más un efecto mediato.

El efecto mediato o *Mittelbare Drittwirkung*, surge como una solución intermedia, propone reconocer la implicancia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, pero al mismo tiempo condiciona su operatividad. La condiciona a

³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid, y Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 618. En igual sentido GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1986, pp. 63-64; BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, pp. 77-82.

través de la mediación de un órgano de Estado –legislador o juez en su caso–, que sí está vinculado directamente a éstos derechos⁴. En definitiva, restringe dicha aplicación a través de las cláusulas generales de interpretación que tendrá que tener en consideración el juez al momento de resolver un conflicto entre privados. Ello por cuanto se hace una valoración amplia del derecho privado en el ordenamiento jurídico, atribuye a éste un rol fundante que se ha ido configurando y perpetuando con el paso de los siglos, que en sí mismo consagra la igualdad de las partes y que es base de un derecho fundamental: la libertad. Conciliaría así la *summa divisio* entre derecho público y derecho privado, entre Estado y Sociedad. Trata de compatibilizar estos dos órdenes jurídicos sin alterarlos mayormente.

Esta es la doctrina dominante en países como Alemania⁵ –que es precisamente donde se encuentra el origen de la cuestión y donde más se ha tratado el tema– y España⁶, sin embargo esto se debe, a nuestro parecer, a que se confunden fácilmente los ámbitos de eficacia y validez de las normas iusfundamentales en la argumentación, inscribiendo como argumentos de validez los que son de eficacia, habida consideración del mismo texto constitucional y en particular de la configuración de la Jurisdicción Constitucional respectiva⁷.

⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 283

⁵ Reconocida a partir de la célebre sentencia del Tribunal Constitucional alemán *Lüth- Urteil*. BverfGE 7, 198, de 15 de enero de 1958. BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 305.

⁶ Entre otros ha sido defendida en España por FERNÁNDEZ MIRANDA. *De la Libertad de Enseñanza al Derecho a la Educación. Los Derechos Educativos en la Constitución Española*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 1998, pp. 89-90; ALFARO AGUILA-REAL, J. *Autonomía Privada y Derechos Fundamentales* /en/ Anuario de Derecho Civil, tomo XLVI, Fasc. 1, 1993, p. 21. Citados por BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, pp. 323-324. En Chile JANA LINETZKY, Andrés. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*. Disponible en: <http://islandia.law.yaleedu/sela/sjna.pdf>. Fecha de última consulta: 12 de abril de 2005, p. 16.

⁷ Cabe señalar, que en dichos ordenamientos jurídicos, procedería la acción de amparo en contra del juez que a través de una resolución judicial se limitó a confirmar la validez de un acto lesivo de un derecho fundamental. Dicha vía ha sido la manera que la doctrina y jurisprudencia han sugerido a modo de hacer aplicable el efecto horizontal, lo que se conoce con el término de “asunción judicial”. BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, pp. 223-229.

Dürig⁸ junto al Tribunal Constitucional Federal⁹ fueron quienes plantearon esta posición en Alemania enfrentados a la eficacia inmediata, proclamada así por Nipperdey. Dürig parte valorando al derecho privado como un orden jurídico universal asentado en la dignidad del hombre. Distingue de esta forma en la intensidad protectora de los derechos fundamentales, sea frente al Estado, sea frente a los particulares, ya que cuando se trata de éstos, al ser ambos extremos de la relación jurídica, dicha aplicación opera como limitante de la autonomía de la voluntad. Así entonces la operación se lleva a cabo a través de las cláusulas generales de derecho privado, descritas por Dürig como “capaces y necesitadas de ser colmadas valorativamente”¹⁰, de este modo, los derechos fundamentales no irrumpen directamente entre terceros, sino sólo a través de ellas. Estas cláusulas que precisamente son conocidas entre nosotros como “conceptos válvula” o “conceptos jurídicos indeterminados” por cuanto la atribución de significado que conllevan es muy amplia y la mayoría de las veces indeterminada. Son básicamente: la buena fe, el orden público, las buenas costumbres, la moralidad, etcétera.

2.1. *Ventajas en la aplicación del efecto mediato.*

Los autores que han defendido esta postura muestran claramente al menos dos puntos en común, en este aspecto: el primero tiene que ver con la valoración del derecho privado como orden constituido y el segundo con el valor constitucional de la autonomía de la voluntad. Ambas ventajas pueden ser vistas desde otro punto de vista, como crítica al efecto inmediato o directo.

⁸ DÜRIG, G. *Grundrechte und Privatrechtprechung* en Festschrifts für H. Nawiasky. München: Beck, 1956, p.157. Citado por BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 305.

⁹ ALEXI, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales...* p. 511

¹⁰ DÜRIG, G. *Grundrechte und Privatrechtprechung...*, p.12. Citado por JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 111.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

Una de las ventajas que se ha visto en la adopción del efecto mediato consiste en que no alteraría el orden jurídico establecido, así se mantendrían incólumes las construcciones doctrinarias acuñadas por el derecho privado, a raíz de la excesiva aplicación – en Chile- de la jurisprudencia de protección, principalmente en materia de derecho de propiedad, han resultado un tanto abandonadas y tergiversadas¹¹. Como consecuencia de esto, se genera seguridad jurídica en el sistema de derecho, que de lo contrario vería como conceptos jurídicos abstractos y esencialmente cambiantes como los derechos fundamentales se imponen y dejan obsoletas categorías jurídicas que gozan de una alta precisión.

Otra ventaja que se encuentra en la *Drittwirkung* indirecta es el resguardo que ha hecho de la autonomía de la voluntad¹², propiciando la libertad en un sistema democrático liberal de derecho.

2.2. Críticas a la aplicación del efecto mediato.

Una primera crítica la encontramos en lo artificiosa que resulta la actividad del juez -como bien lo ha notado Lombardi¹³-. Ella se ha visto incrementada, en un traspaso de competencia desde el Constituyente al Juez de la instancia, que debe ahora llevar a cabo una doble o triple tarea: en primer lugar dar un contenido al derecho fundamental

¹¹ MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos* /en/ Revista Chilena de Derecho, Número Especial, Actas de las XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público (1998), pp. 63-64. En cuanto a la aplicación excesiva que se ha hecho de la herramienta de protección en particular con relación al derecho de Propiedad, ver jurisprudencia citada por CASTELLÓN Hugo y REBOLLEDO Laura. *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Fernando Fueyo, 2000.

¹² DÜRIG, G. *Grundrechte und Privatrechtprechung...*, p. 198. Citado por JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares...*, p. 117.

¹³ LOMBARDI, G. *Potere privato e diritti fondamentali*. Torino: Universidad de Torino, Memorie dell' Instituto, Serie II, Memoria CXXXII, G. Giappichelli Editore, 1970, p. 75. Citado por JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares...*,p. 124.

que se ha lesionado, luego debe acomodar ese contenido a la cláusula general de interpretación y desde allí aplicarla al caso concreto.

Por otra parte, la autonomía de la voluntad es un valor constitucional recogido en nuestra Carta Fundamental, y que se extrae –y en este punto seguimos a Domínguez– de la relación de las libertades que consagra el mismo texto en su artículo 19 N° 21 y 23¹⁴. Sin embargo, no es posible concluir que a éste principio deba dársele mayor preponderancia o que la autonomía de la voluntad permita desvirtuar el contenido de los otros valores constitucionales y que en suma se convierta en la puerta de escape para vulnerarlos, nada de ello hay. Por el contrario, la autonomía de la voluntad supone igualdad entre las personas que contratan, igualdad que no siempre viene dada por el mismo texto del Código, ya que muchas veces esta misma normativa se convierte en base de discriminación¹⁵. Así como bien expresa Julio Estrada, la autonomía de la voluntad, como reflejo de la libertad se transformaría en un valor supraconstitucional, que se impondría a los demás derechos fundamentales, pudiendo pactar su menoscabo¹⁶.

Por otro lado se ha criticado a esta teoría por ser artificiosa e incompleta¹⁷, construcción artificial para tratar de soslayar el explícito reconocimiento de la relevancia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre

¹⁴ En relación a la recepción constitucional de instituciones privadas, Domínguez, sostiene que de la libertad de emprender que resulta de los números 21 y 23 del artículo 19 del texto constitucional, deriva la facultad del individuo para autorregular su actividad emprendedora y de donde ha podido la jurisprudencia derivar la consagración constitucional del principio de la autonomía privada. DOMINGUEZ AGUILA, Ramón, *La Constitucionalización del Derecho /en/* Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII, n° 3, primera parte (1996), pp. 45-46.

¹⁵ Recordamos aquí los llamados contratos de adhesión que anulan la voluntad del contratante más débil y que han nacido precisamente al amparo del Código Civil.

¹⁶ JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares...*, p. 117.

¹⁷ DE VEGA GARCIA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)*. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/340/32.pdf>. Fecha de última consulta: 07 de noviembre de 2005, p. 699; En igual sentido PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid: Editorial Debate, 2000, p. 211-212; LOMBARDI, G., *Potere privato e diritti fondamentali...*, p. 66. Citado por BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 318.

particulares¹⁸. Asimismo se critica que las cláusulas son, y deben ser, conceptos indeterminados que cumplen un rol de adecuación en el ordenamiento jurídico y que al introducir en éstas conceptos como los derechos fundamentales se las rigidiza y torna inoperantes, añade De Vega que no se tratan dichas cláusulas de normas en blanco, susceptibles de remisión a otro tipo de normas o conceptos jurídicos, sino que a lo que hacen referencia es a supuestos o principios sociales incapaces de cristalizar en normas¹⁹.

3. *Efecto directo o inmediato de las normas de derecho fundamental.*

El efecto directo o *Unmittelbare Drittwirkung*, posición planteada por Nipperdey en Alemania, consiste en la virtualidad directa, sin mediaciones concretizadoras, de los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, ante las violaciones procedentes de sujetos privados²⁰. De acuerdo a ella, los individuos pueden apelar directamente a estos derechos en sus relaciones con otros individuos, de manera que los principios objetivos no habrían de afectar la relación ciudadano/ciudadano influyendo en la interpretación de las normas de derecho privado sino en el sentido de que de ellos “fluyen directamente también derechos privados subjetivos del individuo”²¹.

¹⁸ DE LA QUADRA-SALCEDO, T. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981, p. 62. Citado por BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 318.

¹⁹ DE VEGA GARCIA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales...*, p. 699.

²⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 325.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales...*, p. 512.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

“Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's” A.Sarras - USA

3.1. Argumentos para adoptar el efecto inmediato.

La justificación a la aplicación de los derechos constitucionales de manera directa entre privados la encontramos ante todo en el principio de supremacía constitucional, lo que implica que la Constitución se impone a todo el ordenamiento jurídico, a toda la vida social, y por cierto con igual fuerza a las relaciones entre particulares²². Así, nos señala Bilbao, podemos discutir en qué medida rigen los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero si se toma en serio el carácter normativo de la Constitución (la *Drittwirkung* sería algo así como la última frontera de la Constitución normativa), no se puede negar, a *limine* y categóricamente, cualquier atisbo de eficacia directa en este ámbito²³.

Por otro lado, la tesis acerca de que los derechos fundamentales son vistos como derechos públicos subjetivos es ampliada y planteada de forma extensiva a las relaciones entre particulares, ya que privarlos de esa condición frente a las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares, los transformaría en meros “derechos reflejos”. Así elementales exigencias de la lógica jurídica nos llevan al reconocimiento de la eficacia inmediata²⁴.

Más aún, para Alexy -siguiendo a Leisner²⁵-, sólo existiría un argumento en contra de esta posición: la negación de todo efecto en terceros, ya que cualquier otro razonamiento es un aspecto de la misma cosa, y ,“en última instancia, el efecto en terceros habrá de ser siempre inmediato”.

²² JANA LINETZKY, Andrés. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales...*, pp. 10-11.

²³ BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 325.

²⁴ DE VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales...*, p. 702-703.

²⁵ LEISNER, W, *Grundrechte und Privatretch*, München: Beck, 1960, p. 378. Citado por ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales...*, p. 522.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

“Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's” A.Sarras - USA

3.2. *Críticas al efecto inmediato. Comentarios.*

Se ha criticado el efecto directo de las normas de derecho fundamental entre sujetos particulares principalmente por el riesgo que trae a las construcciones del derecho privado, y la inminente invasión de la que sería objeto por parte de la Constitucionalización de éste, haciéndose inaplicable sus normas debido a que sólo bastaría ante un conflicto recurrir de inmediato a los derechos fundamentales sin necesidad de pasar por el derecho privado²⁶.

Por otro lado, dejaría toda la carga de su ponderación en el juez, y no en el legislador, como debiera ser, con la consecuente vulneración a los principios clásicos de la autonomía de la voluntad, seguridad jurídica e independencia del derecho privado²⁷.

Para salvar estas críticas cabe advertir que para nosotros esta postura no sería indiscriminada, por cuanto sus partidarios están contestes es que se hace necesaria, para la aceptación del efecto directo, la admisión de ciertos límites, límites específicos, derivados de principios estructurales y los valores propios del derecho privado²⁸. Es así, como debemos aceptar que hay un “núcleo irreductible” de autonomía individual frente al que no pueden oponerse derechos subjetivos públicos o privados²⁹, siendo inevitable el establecimiento de ciertos condicionamientos a la hora de fijar los mecanismos para

²⁶ DE VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales...*, p. 703; CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/119/2.pdf>. Fecha de última consulta: 07 de noviembre de 2005, pp. 14-15; SCHWABE J., *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*. Munich: Beck, 1971, p. 140. Citado por ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales...*, pp. 522-523.

²⁷ GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares...*, p. 143.

²⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 360

²⁹ GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria, Almedina, 1984, pp. 595 y ss. Citado por BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 366

su ejercicio³⁰, logrando de esta manera hacer compatible la *Drittwirkung* con las relaciones tradicionalmente regidas por el derecho privado.

³⁰ DE VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales...*, p. 703

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

CAPÍTULO II

EL EFECTO HORIZONTAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD.

El artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República de Chile consagra en tres incisos el derecho fundamental a la igualdad, su aplicación a las relaciones entre particulares depende de cómo sean entendidas las disposiciones de la misma Carta Fundamental. Sin embargo dicha aplicación, por la que aquí se opta, no es pacífica por cuanto el mismo concepto de igualdad encierra problemas de imprecisión, sumado al hecho que nuestro sistema jurídico no alude expresamente a cual de las teorías que en doctrina tratan el problema de la horizontalidad.

1. Recepción del efecto horizontal en Chile.

En la Constitución chilena –a diferencia de constituciones como la colombiana o portuguesa- no existe un reconocimiento expreso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. No obstante, tampoco existen razones suficientes que nos permitan afirmar tajantemente lo contrario. Así estimamos que existen argumentos normativos suficientes para aceptarla, y más aún, entender que se aplicaría entre nosotros como efecto inmediato.

Creemos que los principales fundamentos radican en el tenor de nuestra propia Carta Fundamental, en especial por lo dispuesto en el artículo 6° inciso 2°, al prescribir que sus disposiciones obligan también “*a toda persona, institución o grupo*”. En este artículo se encontraría el más seguro y sólido argumento para respaldar dicha eficacia directa. En la aludida norma se contiene la obligación de los ciudadanos -y también de

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

“Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's” A.Sarras - USA

los poderes públicos- de someterse a la Constitución -“principio de vinculación directa”-, es decir, se vincula directamente a los individuos privados al contenido de ella, del cual forma parte, en un lugar de privilegio, la normativa sobre derechos fundamentales sin necesidad de desarrollos legislativos ulteriores³¹.

Por otro lado, se llega a la misma conclusión a partir de la propia redacción del artículo 20 de la Constitución Política de la República, en relación con el origen de la privación, perturbación o amenaza a un derecho de los protegidos, en cuanto el acto u omisión causante de la lesión no se encuentra limitado en absoluto respecto de la persona de quien puede provenir³².

En definitiva, que los derechos fundamentales influyen en las relaciones de los particulares es una realidad constitucional insoslayable en nuestro ordenamiento jurídico.

Más aún, si tomamos en consideración el desarrollo legislativo en materia de derechos del consumidor y derechos del trabajador, podemos concluir que es también una realidad que el legislador ha materializado.

Estos argumentos han sido recogidos por la escasa doctrina que se ha referido a la problemática de la *Drittwirkung* en Chile³³, sin perjuicio de advertir sus eventuales riesgos. Como nos referiremos en un apartado posterior³⁴, la jurisprudencia así también lo ha aplicado - ya sea de manera reflexiva o no- a través del recurso de protección.

³¹ MELIS VALENCIA, Christian. *Derechos de ciudadanía y empresa: Apuntes para una configuración dogmático-jurídica*. Disponible en http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf. Fecha de última consulta: 16 de abril de 2005, p. 5

³² Cosa similar ocurre en el ámbito del artículo 19 N° 16 inc. 3° CRP, que aparece como límite a la libertad expresada en el inciso anterior de dicho numeral, y, en esa medida, afectando a cada persona en el ejercicio de su libertad de contratación laboral. ALDUNATE L., Eduardo. *El efecto de irradiación de los derechos fundamentales /en/ La Constitucionalización del Derecho Chileno*. Santiago: Universidad Austral de Chile, Editorial jurídica de Chile, (2000), pp. 14-16

³³ MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales...*, pp. 62-63; GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, p. 47, nota 45; ALDUNATE L., Eduardo. *El efecto de irradiación de los derechos fundamentales...*, pp. 14-16; MELIS VALENCIA, Christian. *Derechos de ciudadanía y empresa...*, pp. 5-7.

³⁴ A propósito de las Herramientas de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, ver infra, p. 31.

En efecto, las críticas que se han enarbolado a esta concepción, y sus fundamentos, no han podido hacerse cargo del claro y no condicionado mandato del artículo 6 de la Constitución –norma que consideramos es el argumento más poderoso para sostener el efecto horizontal en Chile, por su carácter general-, que consagra el efecto irradiación de la Constitución y por cierto su imposición a las relaciones *inter privados*³⁵.

Necesario es recordar que el efecto mediato resulta ser extraño a nuestro ordenamiento, por cuanto es una construcción que han debido elaborar los constitucionalistas primero alemanes y luego los españoles, en virtud del condicionamiento y estructura de su propio texto fundamental en la aplicación del efecto horizontal de los derechos fundamentales, vinculada a la procedencia del recurso de amparo en sus sistemas jurídicos, por tanto esgrimir argumentos a favor del efecto mediato en Chile para seguir la doctrina alemana o española es simplemente confundir dos ámbitos de discusión ya diferenciados: eficacia y validez.

2. *El derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria en las relaciones entre particulares.*

De la revisión de las teorías de la horizontalidad de las normas de derecho fundamental planteadas en el derecho comparado, y del análisis del ordenamiento jurídico chileno, podemos afirmar que existen suficientes argumentos para estimar que el efecto horizontal es una realidad jurídica difícil de negar. Los particulares están vinculados entre sí por ciertos derechos fundamentales, y entre ellos nos encontramos

³⁵ Al respecto el profesor Jana, se opone a la aplicación directa de las normas de derecho fundamental entre particulares. JANA LINETZKY, Andrés. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales...*, p. 28.

con el derecho a la igualdad³⁶, derecho cuya horizontalidad probablemente genera mayores dificultades³⁷.

El problema de la horizontalidad a modo general lo podemos graficar con la siguiente pregunta: ¿Pueden los particulares violar las garantías constitucionales?. Pero específicamente, en relación al derecho a la igualdad lo plantearemos de este modo: ¿Pueden los particulares discriminar arbitrariamente sin violar la garantía del artículo 19 N° 2 de la Constitución de 1980?.

Creemos que en estricto rigor una primera respuesta sería negativa; un particular no podría discriminar arbitrariamente, tal comportamiento sería inconstitucional. Sin embargo, la solución a ésta pregunta no resulta para nada sencilla, ni tan tajante si tomamos en consideración las consecuencias de adoptar esta afirmación sin mayor análisis. Así, nos resulta de toda lógica que una persona pueda celebrar un contrato de compraventa, arrendamiento, etc. con quien quiera, de acuerdo a parámetros absolutamente personales –principio de autonomía de la voluntad- sin extrañarnos al encontrarnos con discriminaciones que podríamos denominar “arbitrarias”, las cuales resultan del todo lícitas y por ende constitucionales. ¿Pero que sucede si nos encontramos con conductas sistemáticas por parte de privados que excluyen un determinado tipo de personas?, ¿qué sucede si le damos publicidad a este tipo de actuaciones?, etc.

Es así como surge la necesidad de buscar un justo medio, originando un problema de delimitación, la necesidad de distinguir una discriminación lícita de la que no lo es.

³⁶ El profesor Atria señala que por regla general, “sólo la igualdad, y en casos excepcionales, puede ser invocada contra particulares en un procedimiento de protección constitucional. Los demás derechos constitucionales sólo pueden ser violados por el Estado.” ATRIA, Fernando. *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*. Cuadernos de análisis jurídico n° 36. Santiago: Universidad Diego Portales, 1997, p. 121 y ss.

³⁷ JANA LINETZKY, Andrés. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales...*, p. 26

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

“Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's” A.Sarras - USA

En esta búsqueda nos encontramos principalmente con dos obstáculos que contribuyen a dificultar tal delimitación: en primer lugar, el carácter indeterminado de este principio, y en segundo lugar, el problema de su colisión con otros derechos, en particular con la libertad individual.

2.1. *Noción del derecho a la igualdad.*

La noción de igualdad no es un derecho constitucional más entre los 26 que el artículo 19 de la Constitución consagra. Es el primero de ellos, la garantía constitucional básica, la que en un Estado democrático de Derecho sirve de soporte a la implementación y ejercicio de las demás³⁸. Partiendo de esta idea, es decir, que el derecho a la igualdad es un derecho fundamental primordial, principio básico del ordenamiento jurídico en todas sus ramas³⁹, reconocido en la generalidad de las constituciones, resulta en principio contradictorio encontrarnos con la particularidad de su indeterminación.

Esta característica, más que un problema de concepto – y en este punto seguimos a Atria⁴⁰ – es un problema de concepciones. Así al tratar de definir que es lo que entendemos por principio de igualdad, podemos concordar en el sentido de concebirlo como “tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual” –igualdad relativa-, pero ¿cuándo es dable entender que dos personas se encuentran en un plano de igualdad o de desigualdad?. En conclusión, las dificultades ciertamente aparecen cuando queremos determinar qué “es lo igual” o “qué es lo desigual”, y partiendo de la realidad indesmentible que cada persona es diferente, se hace imperiosa la necesidad de saber

³⁸ ATRIA, Fernando. *Los peligros de la Constitución...*, p. 121.

³⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 396

⁴⁰ ATRIA, Fernando. *Los peligros de la Constitución...*, p. 40.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

“Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's” A.Sarras - USA

que características serán entonces las relevantes a la hora de considerar que dos personas se encuentran en situaciones similares. Para eso se requiere darle contenido a la idea de igualdad a través de una concepción de igualdad⁴¹, lo que le daría menos abstracción⁴², lo haría más sustantivo –sino sería una fórmula vacía-, pero a su vez hace que sea más polémica⁴³.

Así entonces, considerando que en nuestra Carta Fundamental la igualdad es un valor o principio indeterminado en su contenido⁴⁴, corresponde en consecuencia a los tribunales determinarlo en la medida de lo posible. Atria advierte que los tribunales no han manejado una concepción de igualdad, que la decisión de los problemas de igualdad ha quedado entregada a concepciones particulares de cada ministro –no expresadas públicamente- y fuera de todo control⁴⁵. Es así como surge –en opinión de este autor- la necesidad de desarrollar por parte de la dogmática constitucional y jurisprudencia criterios normativos para discriminar, sino la puerta a la arbitrariedad queda abierta.

Sin perjuicio de coincidir con Atria, creemos que esto no es obstáculo para sostener que la indeterminación de la igualdad, antes que una debilidad, pueda precisamente ser su mayor fortaleza. Siguiendo en este punto a Gómez Bernales⁴⁶, una Constitución de detalle, que regulase principios como el de la igualdad, contribuiría a rigidizar la Carta, y a una potencial desnaturalización de la misma. La indeterminación de la idea de igualdad- como de otros valores o principios constitucionales- es de la

⁴¹ *Ibidem*, p. 40.

⁴² HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2ª edición. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 160. Citado por ATRIA, Fernando. *Los peligros de la Constitución...*, p. 39.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Londres: Fontana, 1986, p. 71. Citado por ATRIA, Fernando. *Los peligros de la Constitución...*, p. 39.

⁴⁴ “Si bien las relaciones de la democracia con la idea de libertad, en sus diferentes aspectos, son claras y directas, la situación es muy diferente en lo que hace la idea de igualdad... ello en parte se debe a que esta última idea es de por sí más vaga y ambigua que la idea de libertad”. ROSS, Alf. *¿Por qué democracia?*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989, p. 133. Citado por GÓMEZ BERNALES, Gastón. *El Principio de Igualdad Constitucional /en/ 20 años de la Constitución chilena 1981 – 2001*. Santiago: Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho, Editorial Jurídica Conosur (2001), p. 166, nota 1.

⁴⁵ ATRIA, Fernando. *Los peligros de la Constitución...*, p. 40

⁴⁶ GÓMEZ BERNALES, Gastón. *El Principio de Igualdad Constitucional ...*, p. 166.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

“Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's” A.Sarras - USA

esencia de su papel constitucional, pues se trata justamente de un valor o concepto abierto que el constituyente ha puesto deliberadamente así. El carácter abierto de la igualdad asegura que exista debate público, controversia acerca de cómo extraer criterios referidos a decisiones o normas –criterios que creemos resultan indispensables en el desarrollo jurisprudencial-, y en definitiva nos permite plantear la discusión de su horizontalidad, susceptible de ser revisada atendiendo las circunstancias, por cuanto lo que es considerado igual en una determinada época, puede ser diferente posteriormente.

2.2. *Derecho a la igualdad y autonomía de la voluntad.*

Asumiendo entonces que no existe precisión en relación a determinar bajo qué parámetros dos particulares se encuentran en situación de igualdad o desigualdad, que permitan ayudarnos a determinar cuándo estamos ante una discriminación –arbitraria e inconstitucional-, debemos agregar a este primer inconveniente el problema ya enunciado –que sería el dilema de fondo- de la colisión que se produce entre el derecho a la igualdad y el principio – también constitucional⁴⁷ - de autonomía de la voluntad⁴⁸. Y es en este punto en el que apuntan los dardos hacia la aceptación de manera general de la horizontalidad del derecho a la igualdad, existiendo cierto recelo tanto doctrinario como jurisprudencial para derechamente proclamarla.

R. Bercovitz⁴⁹, si bien la acepta estima que la eficacia de este principio es “mucho menor” que frente a los poderes públicos, porque es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad: se

⁴⁷ Ver supra, nota 14.

⁴⁸ RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique. *Aspectos generales sobre el Derecho a la Igualdad en El Salvador*. Disponible en www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/observatorio/doctrina.html,p.21. Fecha de última consulta: 14 de mayo de 2005, p. 21.

⁴⁹ BERCOVITZ, R. *Principio de igualdad y derecho privado /en/ Anuario de Derecho Civil, nº2 (1990), pp. 424-425. Citado por BILBAO UBILLOS, Juan María. La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 406.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

“Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's” A.Sarras - USA

contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone en testamento a favor de quien uno quiera y como se quiera, se dona a quien se quiera y como se quiera”, dentro naturalmente de los límites marcados por las normas imperativas. Larenz⁵⁰ señala que en el derecho privado, el principio de igualdad “es de escasa importancia, ya que son admisibles las desigualdades que el desfavorecido consiente, salvo cuando se trate de situaciones extremas en que hay que considerar las buenas costumbres”. Alfaro⁵¹ descarta la aplicación en las relaciones entre particulares del principio de igualdad, señalando que la discriminación sólo es ilícita cuando resulta contraria a la dignidad del discriminado, las discriminaciones que no sean vejatorias, son perfectamente lícitas.

En la doctrina portuguesa, Vieira de Andrade, sostiene que extender al ámbito de las relaciones jurídico- privadas el principio constitucional de la igualdad es, en principio “impropio, absurdo e insoportable”: “la libertad tiene que prevalecer sobre la igualdad, constituye un límite inmanente de este principio”⁵².

Si bien estas acotaciones resultan del todo aceptables, creemos que este hecho no es óbice para rechazar de plano la horizontalidad de este derecho, ya que sólo hacen presente la necesidad de delimitarla.

Jurisprudencialmente, en el caso español, existen ciertas barreras en su Constitución Política que permitan invocarlo derechamente ante los tribunales de justicia, ya que su Tribunal Constitucional de la interpretación de dicha Carta normativa, ha entendido este derecho como un derecho subjetivo que sólo los poderes

⁵⁰ LARENZ, F, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, p. 139. Citado por BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 407

⁵¹ ALFARO AGUILA-REAL, J. *Autonomía privada y derechos fundamentales...*, pp. 106-108. Citado por BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 408

⁵² VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os direitos fundamentais na Constitucao portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, pp. 296 y ss. Citado por BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 412, nota 68.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

“Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's” A.Sarras - USA

públicos están obligados a respetar⁵³. Claro que lo ha confundido con otras afirmaciones, más esporádicas y de alcance más limitado, que apuntan en la dirección opuesta⁵⁴. Estas vacilaciones han llevado a plantear el problema, no desde la perspectiva del derecho a la igualdad propiamente tal, sino enfocada a la proscripción de la discriminación arbitraria que sí sería aplicable en España en conflictos entre particulares⁵⁵, siendo el Estado en definitiva, no sólo es responsable del cumplimiento por sus órganos de la prohibición de no discriminar, sino que está obligado a adoptar las medidas adecuadas para evitar que otros discriminen, y partiendo de esa base, se discute asimismo su aplicación mediata o inmediata.

En Chile, el avance jurisprudencial en relación a éste derecho ha sido escaso, lo que sólo nos permite concluir que la horizontalidad –así como la concepción de igualdad- en nuestros tribunales no es un tema que haya sido desarrollado. Preciso lo anterior señala Atria⁵⁶ que, los Tribunales de Justicia han tenido más aversión para acoger acciones de protección en relación a este derecho⁵⁷ lo que resulta extraño considerando la generosidad con la que se ha protegido el derecho de propiedad.

En conclusión, -y como hemos advertido al adoptar el efecto horizontal en su modalidad inmediata-, creemos que se hace necesario para poder aceptar la posibilidad de invocar el derecho a la igualdad entre particulares, la existencia de ciertos límites en

⁵³ BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 395, nota 27.

⁵⁴ *Ibidem*, nota 28.

⁵⁵ “Mientras que el principio de igualdad ante la ley es un mandato que parece dirigirse a los poderes públicos, y muy particularmente al legislador, la lucha contra la discriminación no puede detenerse en el frente legislativo. No basta con desterrar la discriminación “legal”, eliminando cualquier vestigio de discriminación en las normas del ordenamiento estatal. Hay que combatir la discriminación “social”, los usos o conductas discriminatorias privadas que tengan una proyección social, y resulten por ello, intolerables”. BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 398

⁵⁶ ATRIA, Fernando. *Los peligros de la Constitución...*, pp. 121-125. En el mismo sentido, PIZARRO WILSON, Carlos. *Los derechos fundamentales y los contratos...*, p. 21.

⁵⁷ Sentencia de Corte Suprema sobre recurso de protección. *Blin Arriagada, Carlos y otro con Universidad Central de San Bernardo*, de 24 de mayo de 1989 /en/ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVI, Mayo-Agosto de 1989, sección quinta, pp. 55-62.

su aplicación, de tal manera que el principio iusfundamental que puede verse afectado, que es la libertad de los privados, no resulte gravemente vulnerado. De no existir dichos límites, pautas o criterios de moderación, en muchos casos la libertad contractual sería inexistente.

Debemos partir entonces de la siguiente premisa: Los particulares pueden establecer discriminaciones en sus relaciones privadas. Ellas son toleradas, por cuanto debemos confrontarlo con otro derecho fundamental, como lo es la libertad individual. ¿Cuándo no podrán establecer discriminaciones entonces?, ¿Cuándo el Estado debe intervenir para restablecer los equilibrios?.

Proponemos aquí algunos criterios que podrían ser considerados para la solución de este problema. No constituyen éstos por cierto soluciones absolutas en la ponderación judicial, sino más bien, algunas razones que consideramos suficientes para que el poder estatal irrumpa la relación particular y opte por privilegiar la igualdad constitucional frente a la autonomía de las partes, en unos casos por ser la desigualdad francamente grosera y en otros cumpliendo su deber de protección y considerando al principio de igualdad como mandato de optimización en un Estado Social y Democrático de Derecho.

En la identificación de estos criterios hemos tenido a la vista principalmente la configuración constitucional, la jurisprudencia y doctrina española, colombiana, costarricense y también la misma chilena.

Así en España⁵⁸, por ejemplo, se han propuesto tres factores que ha de tener en cuenta el juez al hacer la ponderación, la repercusión social de la discriminación, esto es la existencia de un patrón de conducta generalizada o bastante extendido, desde un punto de vista sociológico; la posición dominante o monopolística de la entidad

⁵⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, pp. 402-403.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

discriminadora, y la posible afectación del núcleo esencial de la dignidad o integridad moral de la persona discriminada. En Colombia en tanto, la misma norma constitucional trae una enumeración genérica de los supuestos en los cuales cabe la tutela iusfundamental contra particulares, a saber: la prestación de un servicio público, la conducta de un particular que afecte grave y directamente el interés colectivo, y el estado de subordinación y de indefensión⁵⁹. Asimismo en Costa Rica parecieran ocurrir los mismos supuestos, bajo otras denominaciones pero con el mismo fin, estos son: los particulares que ejerzan funciones o competencias públicas, la superioridad de derecho del particular (pero que no llega a ostentar funciones públicas), y por último, la superioridad fáctica o de hecho de un particular con respecto al otro⁶⁰. En Chile también se han sugerido pareceres relacionados a los ya expuestos, como lo sería el caso de posición de dominio de mercado; que el factor utilizado por el particular para discriminar arbitrariamente sea uno que por su naturaleza ofende gravemente la dignidad de un grupo, por ejemplo la raza o el sexo cuando éstos no tuvieran ninguna relación aceptable con la discriminación realizada⁶¹.

Al analizar los criterios propuestos en otras latitudes no podemos hacer menos que identificar sus similitudes y de este análisis extraemos los que consideramos podrían aplicarse en el caso chileno, como pauta, en el momento en que el juez realiza la ponderación entre igualdad y libertad.

El primer criterio a considerar entonces es la posición de dominio del mercado, esto significa que si un particular está en dicha circunstancia, cualquier discriminación que realice a este respecto autoriza al Estado para intervenir en aquella relación jurídica

⁵⁹ Artículo 86 Constitución Política Colombiana.

⁶⁰ PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Derechos Fundamentales y las Relaciones entre Particulares. El amparo contra particulares como un instrumento procesal para la defensa de esos Derechos (La Experiencia Costarricense)* /en/ Liber Amicorum, Hector Fix Zamudio, Volumen II. San José de Costa Rica: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998), p. 1283-1284.

⁶¹ ATRIA, Fernando. *Los peligros de la Constitución...*, p. 125.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

y privilegiar por tanto la igualdad frente a la autonomía de la voluntad. Consideramos que en este criterio se encuentra inserto lo que la Constitución Colombiana ha denominado como prestación de servicios públicos por parte de particulares, lo que coincide con el criterio costarricense de particulares que ejercen funciones o competencias públicas. Esto por cuanto aquí la posición de dominio de mercado está dada por el mismo poder estatal, es evidente que una discriminación a este respecto puede igualarse a una hecha por el mismo Estado. La razón es que aunque sea un particular el que presta el servicio público la autonomía o libertad contractual es casi inexistente, especialmente en los servicios de primera necesidad, habida cuenta de que este fenómeno no pocas veces va unido a los contratos de-o por- adhesión que fundan la relación y en que el particular que presta un servicio público impone las condiciones de contratación, siendo inexistente la posibilidad para el usuario del servicio de discutir las condiciones del contrato, no hay libertad de configuración interna⁶².

El segundo criterio que hemos de proponer trata de aquellas discriminaciones que han de afectar a la sociedad toda, sea por su magnitud, sea porque se dirigen sistemática y groseramente en contra de grupos determinados de ella, a los cuales se les priva del acceso a ciertos contratos o formas de contratación precisamente invocando calidades que son insuficientes para establecer la diferencia. Este criterio es recogido en la doctrina española como “repercusión social de la discriminación”, en Colombia como “conducta de un particular que afecte grave y directamente el interés colectivo”. En Chile el profesor Atria señala que prima el derecho a la igualdad, cuando el factor

⁶² La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la llamada justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público – como de hecho lo autoriza el artículo 365 superior – o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material – con relevancia jurídica- frente al usuario: es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido y, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere la inmediata protección judicial. JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares...*, pp. 236-237.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

“Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's” A.Sarras - USA

utilizado por el particular para discriminar arbitrariamente sea uno que por su naturaleza ofende gravemente la dignidad de un grupo, como lo sería la raza, o el sexo cuando éste no tuviera ninguna relación aceptable con la discriminación realizada⁶³. Es así, como de esta forma quedarían cubiertos casos típicos de derecho del consumidor (que no por ser enmarcados dentro de esta ley pierden su carácter iusfundamental ni menos de derecho privado) en que se ha negado, principalmente, la prestación de servicios a personas ligadas a ciertos grupos sociales estereotipados, a saber, mapuches, orientales, peruanos, mujeres, ancianos, etc. sin que ocurran razones justificantes de dichas decisiones que no sean otras que el origen o condición de dichas personas.

Otro supuesto se daría en el caso en que la discriminación hecha ofende la dignidad de la persona objeto de la misma, aquí entra a jugar otro derecho, la dignidad de la persona⁶⁴, por cuanto la diferencia que ha hecho el particular ahora para efectos de calificarla como inadecuada, ilícita o anticonstitucional se la liga a este otro derecho, aquí entonces ya no se apela al grupo al cual pertenezca o la condición de la cual provenga la persona discriminada, porque de ser así entraría en el supuesto anterior. Lo que se busca es evitar que una persona sea rechazada en el plano contractual mediante un trato vejatorio, por parte de otro particular, como bien expresa Alfaro supone <<un ejercicio anticonstitucional del derecho a (no) contratar la negativa a no contratar que signifique tratar vejatoriamente a otro particular, tratarle “como si no fuera un ser humano”>>⁶⁵.

En cuanto a la indefensión y subordinación, entiende la Corte (Colombiana) que la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como

⁶³ ATRIA, Fernando. *Los peligros de la Constitución...*, p. 125.

⁶⁴ Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁶⁵ ALFARO AGUILA-REAL, J. *Autonomía Privada y Derechos Fundamentales...*, pp. 106-108. Sin embargo compartimos la crítica hecha por Bilbao a este respecto por cuanto lo que busca Alfaro es negar la vinculación de los particulares al derecho a la igualdad y reemplazarlo por el de la dignidad humana, lo que significa en pocas palabras invertir los conceptos, ya que la ofensa a la dignidad de la persona es la que precisamente va a calificar a la discriminación como arbitraria y no a la inversa. BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, pp. 408-409

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento a que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de que se trate⁶⁶. Así creemos que el ordenamiento jurídico chileno podría perfectamente acoger este principio en materia contractual, subsidiariamente a la aplicación de los otros principios ya descritos, principalmente en cuanto a la indefensión en que puedan caer privados atados a cláusulas abusivas, personas que por ejemplo han accedido al crédito sin saber leer o con otro tipo de limitaciones que los hacen particularmente vulnerables en ciertos casos. Este principio ha tenido acogida también en Costa Rica al describir la superioridad fáctica o de hecho de un particular sobre otro.

Lo que pretende este trabajo, en definitiva, es proponer estos criterios para la discusión, en cuanto a establecer los límites en que el derecho a la igualdad puede o no ser objeto de protección constitucional y en cuáles pareciera que la autonomía de la voluntad, expresión básica de la libertad humana, sobrepasa a la necesidad de igualar las relaciones, en orden a hacer más razonable la convivencia de la sociedad y a preservar el orden jurídico establecido.

⁶⁶ JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares...*, pp. 246-247.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

3. *Herramientas de eficacia horizontal de los derechos fundamentales.*

En el inicio de nuestro trabajo comenzamos adoptando previamente una diferencia conceptual y metodológica en el tratamiento del efecto horizontal de los derechos fundamentales, uno es el plano de la validez y otro el de la eficacia. Es así, como a propósito de la validez, hemos distinguido las dos corrientes horizontalistas –la mediata e inmediata-, como asimismo, su admisión en el derecho chileno –validez consagrada a nuestro parecer en el artículo 6 inciso 2° de nuestra Constitución-. Sin embargo, aunque se intenten separar dichos ámbitos, de lo ya expuesto podemos concluir que no es posible deslindar estos campos absolutamente, y como también ha ocurrido en otras latitudes, los argumentos a favor o en contra de la *Drittwirkung* traspasan estos niveles y se confunden. Así por ejemplo para avalar ya sea el efecto mediato o inmediato de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, se toma como argumento a la configuración de la acción de amparo (protección en Chile) o a las demás acciones, constitucionales o no, que prevé el ordenamiento jurídico.

Es así como consideramos que en Chile tenemos suficientes herramientas que permiten afirmar que en nuestro ordenamiento la horizontalidad de las normas de derecho fundamental no solo se ha consagrado en abstracto, sino que concretamente, haciéndose eficaces entre privados, herramientas de eficacia de las que haremos un breve análisis.

3.1. *La acción de protección de garantías constitucionales.*

La acción o también denominado recurso de protección contemplado como una –y sin duda la más importante y abundante- de las acciones constitucionales que prevé nuestro ordenamiento jurídico para la cautela de derechos fundamentales ha significado una novedad respecto de nuestro mismo sistema jurídico⁶⁷, como asimismo respecto de los sistemas jurídicos extranjeros, en este punto.

En efecto, la configuración misma de la Constitución al respecto, a través de la propia redacción del artículo 20, da pie para afirmar –como lo hemos venido sosteniendo-, que en Chile existe una clara tendencia del Constituyente de ampliar el margen de acción de los derechos constitucionales hacia los particulares, no imponiendo ninguna condición –respecto de los derechos sobre los cuales procede– para su aplicabilidad a las relaciones entre privados⁶⁸. Otra es la opción adoptada por la Ley Fundamental de Bonn o la Constitución Española de 1978 y su correspondiente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español que han restringido la protección de los derechos fundamentales a la acción de los poderes públicos. De este modo han impuesto a la doctrina y jurisprudencia elaborar una construcción constitucional que legitime la acción del Tribunal Constitucional –que es quien conoce del amparo en estos países- y ponga al día a la letra de la Ley Fundamental, reinterpretándola y adecuándola para contemplar situaciones originalmente no amparadas⁶⁹.

⁶⁷ CASTELLÓN VENEGAS, Hugo A. y REBOLLEDO CONTRERAS, Laura E. *Aspectos sobre la Constitucionalización del derecho civil...*, p. 5.

⁶⁸ ALDUNATE L., Eduardo. *El efecto de irradiación de los derechos fundamentales...*, p. 37; JANA LINETZKY, Andrés. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales...*, p. 25; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales...*, p. 62; SOTO KLOSS, Eduardo. *El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre /en/ 20 años de la Constitución chilena 1981 – 2001*. Santiago: Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho, Editorial Jurídica Conosur (2001), p. 312.

⁶⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares...*, p. 216 y ss. ; JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares...*, pp. 214 y ss. ; PIZARRO WILSON, Carlos. *Los derechos fundamentales y los contratos...*, p. 10

A ésta conclusión llegan asimismo los profesores Verdugo, Pfeffer y Nogueira, recurriendo a la génesis del texto constitucional. Al respecto citan las palabras, primero de Enrique Evans: “Toda persona puede ser perturbada en el ejercicio legítimo de sus derechos...¿por quién? La Constitución no dice nada, porque el perturbador puede ser cualquier autoridad o particular”. En segundo término, las de Enrique Ortúzar: “Si no se dice nada, se entiende que naturalmente puede tener lugar cualquiera que sea el origen de la perturbación o de la prohibición”⁷⁰.

Así, desde su concepción más pura la acción de protección ha pretendido abarcar las lesiones, perturbaciones o amenazas provenientes de actos u omisiones de los particulares en contra de particulares, en el ejercicio legítimo de ciertos derechos y garantías constitucionales.

Esto es precisamente lo que hemos venido esgrimiendo como argumento para aceptar el efecto inmediato en cuanto a la eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. Sin embargo y pese a su clara vocación este mismo recurso encierra un vacío identificado por el profesor Pizarro⁷¹, en cuanto a que un acto u omisión legítima, o sea ajustado al texto legal – no constitucional- y que a su vez no sea arbitrario, pero que sin embargo lesione, perturbe o amenace el legítimo –no abusivo– ejercicio de un derecho constitucional no hace procedente la acción de protección y por tanto deja al particular en indefensión. Esto no es tan claro, por cuanto debe tenerse en cuenta que el recurso de protección es la herramienta o acción constitucional más frecuente, pero no la única y que aún subsisten en el ordenamiento jurídico otras acciones que no son de sede constitucional pero que pueden servir a este fin y que el caso propuesto es a todas

⁷⁰ Sesión 214 de la Comisión de Estudio, p. 19-20. Citado por VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derecho constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 340

⁷¹ PIZARRO WILSON, Carlos. *Los derechos fundamentales y los contratos...*, p. 10.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

“Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's” A.Sarras - USA

luces excepcional. Otro tanto puede decirse respecto a los derechos no contemplados en el artículo 20, que no tendrían en principio dicha eficacia.

Sin embargo, como lo han advertido Jana⁷² y Pizarro⁷³, podemos decir que poco se ha indagado con profundidad en Chile acerca de los efectos de la acción o recurso de protección frente a particulares como una realidad constitucional insoslayable y que puede desencadenar consecuencias indeseables sino se tienen claros los límites, al menos en doctrina, hacia los cuales se extiende. La doctrina nacional centra su estudio principalmente en la jurisprudencia de esta acción, o sea en sus resultados, principalmente enfocados en el abuso que se ha hecho de la interpretación de los artículos 565, 577 y 578 del Código Civil en relación con el 19 N° 24 de la Constitución y por supuesto de su artículo 20. De esta forma la mayor parte de la doctrina nacional limita su estudio a la esquematización del procedimiento que establece el Auto Acordado de la Corte Suprema del año 1992 y las críticas que puedan formularsele.

3.2. *Otras herramientas de eficacia.*

Las acciones destinadas a proteger o garantizar la eficacia de los derechos fundamentales pueden o no encontrarse dentro del mismo texto constitucional. En efecto, nadie se atrevería por ejemplo a calificar como una acción no constitucional al amparo económico, dispuesto en una ley.

El contenido de la acción es el que fija entonces su radio de acción y también, por cierto su denominación. Dentro de las demás acciones con contenido iusfundamental que fija nuestro ordenamiento jurídico queremos referirnos en particular a una, la establecida en el artículo 1462 del Código Civil.

⁷² JANA LINETZKY, Andrés. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales...*, p. 25

⁷³ PIZARRO WILSON, Carlos. *Los derechos fundamentales y los contratos...*, pp. 19-21

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

El artículo 1462 del Código Civil chileno dispone que “*Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno...*”.

Creemos que el ámbito de esta acción no ha sido tratado ni comprendido en Chile a la luz de los derechos fundamentales y que constituye una herramienta útil de desconcentración del recurso de protección y una clara señal que ha dado el derecho privado para limitar el campo de la autonomía de la voluntad al mandato constitucional en las relaciones entre privados.

Al otorgar una nueva interpretación a este precepto civil, partimos recordando lo señalado por el profesor Ramón Domínguez⁷⁴ en torno a que una de las consecuencias de la supremacía constitucional consiste en ligar no sólo formalmente a todas las normas del sistema a la Carta Fundamental, permitiendo descartar las que no se ajusten a ella, sino también ajustar la interpretación de toda norma del sistema de modo que más favorezca a la Constitución y por ende a los derechos fundamentales, en lo que se ha denominado *interpretación desde la Constitución*. De modo que, como lo expresa el mismo profesor⁷⁵, además de tener en cuenta los elementos legales de interpretación (histórico, sistemático, lógico y literal) habría que tomar en cuenta y preferir a éstos, el elemento interpretativo constitucional, por un principio de conservación de la misma norma (que como bien se señala ha sido contemplado en el párrafo relativo a la interpretación de los contratos, artículo 1562). Pues bien, observemos ahora el mismo artículo 1462, la escasa interpretación de que ha sido objeto por parte de la doctrina y jurisprudencia la ha vinculado para declarar nula las actividades de privados que se arrojan potestades públicas o colisionan con el derecho administrativo; pero, si

⁷⁴ Es necesario señalar que este profesor no es el único, ni el primero en plantear esta cuestión. Lo novedoso es que sea un importante y clásico profesor de derecho civil chileno. De hecho toda la doctrina alemana desde hace más de 50 años desde el Tribunal Constitucional Federal ha reconocido esta consecuencia en el llamado efecto irradiación de los derechos fundamentales.

⁷⁵ DOMINGUEZ AGUILA, Ramón. *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno...*, p. 112.

interpretamos el mismo precepto desde la óptica iusfundamental veremos que su contenido ha sido colmado por los derechos fundamentales directamente, no a través de cláusulas que obligan a una doble interpretación sino que los mismos derechos fundamentales entran a ser parte de la relación jurídica particular por disposición del mismo Código Civil. ¿Qué más representativo del derecho público que la Carta Fundamental? ¿Qué más derecho público dentro de la Carta que los mismos derechos fundamentales? Quizá Bello no ha pensado en esta alternativa, pero la interpretación constitucional ha aprovechado esta disposición clara para insertar en la naturaleza misma del derecho privado su respeto a los derechos fundamentales.

Entonces una vez interpretado este precepto legal, cabe ahora determinar la acción procedente, lo que resulta sencillo al relacionar esta disposición con el artículo 1682 del mismo Código lo que genera la nulidad absoluta. Nulidad que no es simplemente una nulidad civil, sino más bien una nulidad civil por causa constitucional, o más corto: nulidad constitucional, la que se debe distinguir de la nulidad de derecho público que precisamente se ha estructurado y estudiado tradicionalmente para el evento en que un organismo público sobrepasa sus competencias o no está revestido de autoridad constitucional pertinente. Preferimos llamarla nulidad constitucional por esta causa.

Al finalizar este tema no se debe olvidar que en nuestro país existe un sistema abierto de acciones en el plano civil, en efecto, por aplicación del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil cada vez que se tenga una pretensión determinada se puede recurrir al procedimiento sumario incoando acciones innominadas, las que perfectamente pueden tener una raíz constitucional y llenar así los vacíos que ha dejado el constituyente, por ejemplo en la aplicación de la acción de protección de garantías

fundamentales, cerrando de esta forma el ámbito de protección iusfundamental entre particulares.

No ha sido esta última posibilidad escarbada en la doctrina nacional pero surge de la naturaleza procesal de la acción y del mandato de inexcusabilidad para los jueces establecido en la misma Carta Fundamental en el artículo 73 inciso 2°. A ello hay que agregar que si existen acciones innominadas de derecho civil o comercial, no habría por qué negar esta posibilidad al derecho constitucional si se ha determinado suficientemente la pretensión jurídica. Si ésta es válida debiese proceder el juez accediendo a proteger la garantía fundamental. El problema entonces está en identificar la pretensión, especificar lo pedido y luego fundarla con contenido constitucional.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

CONCLUSIONES

Sin perjuicio que para efectos de esclarecer los puntos de vista en relación a la horizontalidad, es necesario a nuestro juicio distinguir entre la cuestión sustancial y la cuestión procesal – validez y eficacia del efecto horizontal- ambos aspectos están íntimamente relacionados, ya que una consagración explícita o implícita de la vinculación de los derechos fundamentales en la Constitución, así como los medios que consagre para poder hacerlos efectivos constituyen argumentos para sostener una u otra. En razón de esto, debemos tener a la vista el ordenamiento jurídico de que se trate -en particular sus respectivas normas constitucionales- a la hora de entender el porqué prima una postura sobre otra. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico alemán como asimismo en el español el motivo que provocó la discusión y de la que surgieron defensores del efecto mediato, se suscita principalmente por el impedimento constitucional y legal de su herramienta de eficacia, esto es su recurso de amparo.

No obstante lo señalado anteriormente, y tomando en consideración nuestro ordenamiento jurídico que no tiene impedimentos constitucionales para reconocer derechamente el efecto horizontal -como venimos sosteniendo a raíz principalmente de los artículos 6 inciso segundo (validez) y 20 (eficacia)- estimamos que el efecto inmediato es la postura más razonable, claro que sin negar el rol de los derechos fundamentales como principios que el juez deberá tener en consideración a la hora de dictar sus fallos, o el legislador al momento de crear las leyes. Estimamos que el principio de supremacía constitucional no debe dejarse en un segundo plano, bajo una malentendida protección de la seguridad jurídica en el orden del derecho privado, es más, si no reconocemos los derechos fundamentales entre terceros como derechos subjetivos exigibles sin mediaciones serían -como lo ha señalado Pedro De Vega-

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

“meros derechos reflejos”, no aplicables en la realidad. Así creemos que esta es la concepción más pura de la horizontalidad, ya que el efecto mediato ha sido una construcción artificiosa, no obstante ser útil en los países que la apoyan.

Aceptamos el efecto inmediato en Chile, pero ¿cuál es el alcance de dicha afirmación?, a partir de nuestra labor investigativa, podemos esgrimir que este es el punto real de conflicto en esta materia.

Es así como sugerimos la aceptación del efecto inmediato entre nosotros, pero con límites, ya que estamos contestes en que una aceptación sin restricciones nos llevaría a consecuencias no deseadas. Nos sustentamos principalmente en el análisis que a lo largo de este trabajo hemos desarrollado en relación a la horizontalidad del derecho a la igualdad, horizontalidad que en razón de las particulares características que reviste, podría presentar a nuestro juicio mayores conflictos –en el evento de plantearse en tribunales- ya que se puede acoger de manera irreflexiva o de plano rechazarse -como lo han hecho algunos autores españoles- actitudes que pueden evitarse, si delimitamos su campo de acción.

Al respecto, extrañamos que en Chile exista escasa doctrina y jurisprudencia que se refiera derechamente al tema, pero más se extraña el abandono en que ha quedado el derecho a la igualdad entre privados, ya que lo más debatido ha sido la desmedida protección que se le ha dado al derecho de propiedad (claro que no específicamente referido a la horizontalidad propiamente tal).

No existiendo un debate real en Chile sobre la horizontalidad del derecho a la igualdad, ¿qué sucede entonces si se presenta un caso en que se plantee dicho problema? ¿un juez sabe a que atenerse?. Pareciera ser que no. Si ni siquiera en los casos en que se plantean conflictos entre un ente público y un particular podemos extraer criterios uniformes de que es lo que un juez entiende por igual o desigual ,

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

“Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's” A.Sarras - USA

pareciera ser que menos se está preparado para enfrentar un caso en que un privado en la celebración de un contrato discrimine arbitrariamente, es decir si se encuentra enfrentado a la horizontalidad del derecho a la igualdad, y este es nuestro llamado de atención.

Proponemos una activa participación del juez, quien deberá ponderar en su caso a través de ciertos parámetros objetivos los límites que se den entre autonomía de la voluntad -de la cuales estamos ciertos es de toda necesidad en un Estado de Derecho-, y el derecho a la igualdad, y en definitiva estar en condiciones de predecir de alguna manera en que casos debe primar este último derecho fundamental, y así lograr una coexistencia armónica entre ambos.

Sin embargo definir los límites no ha sido tarea sencilla. Es complejo establecer estándares, ya que el derecho es una realidad cambiante. Pero creemos que nuestros tribunales deben tener en cuenta los parámetros que hemos encontrado en el derecho comparado y que han sugerido la doctrina, jurisprudencia y constituciones respectivas, criterios que estimamos pueden ser útiles en un eventual debate -jurisprudencial principalmente- que naciera al respecto en nuestro país y así aplicar el efecto inmediato ante discriminaciones arbitrarias entre privados sin recriminaciones.

Que nuestra Constitución no presente impedimentos para la aceptación y aplicación del efecto horizontal del derecho a la igualdad, no significa que el camino este pavimentado, es sólo un primer paso de reconocimiento, no debemos conformarnos y no advertir los problemas que se pueden suscitar, principalmente ante lo reacios que son -o pueden llegar a ser- los tribunales para concederlo a través del recurso de protección. Es así, como no debemos buscar las soluciones sólo en el Derecho Constitucional, sino también teniendo presente la Constitución como fuente de interpretación y en consecuencia armonizarla con todo el resto del ordenamiento. De

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

esta forma nos encontramos con que es posible dar nuevas interpretaciones a normas clásicas como el artículo 1462 del Código Civil, que puede a nuestro parecer ser una vía eficiente de protección frente al ataque de un particular vía nulidad, como tampoco debemos descartar las “ventanas” ofrecidas por normas de carácter procesal como el artículo 680 del Código de Procedimiento Civil.

En definitiva ante la pregunta ¿puede un particular discriminar arbitrariamente a otro sin violar el artículo 19 N° 2 de la Constitución? concluimos que en principio no podría, porque los privados están vinculados directamente a los derechos fundamentales, y el derecho a la igualdad no es la excepción. Pero ante la complejidad dada por ser ambos titulares de derechos fundamentales, y en consecuencia ante la colisión del derecho a la igualdad con la libertad individual, estimamos que debe primar el derecho a la igualdad en aquellos casos en que se den los supuestos analizados en este trabajo, esto es existencia de posición de dominio del mercado, discriminaciones que han de afectar a un grupo de la sociedad o a la dignidad de una persona, o se encuentre una de las partes en un estado de subordinación o indefensión en relación al otro sujeto de la relación privada. Éstas situaciones –sin perjuicio de surgir otras- son las deberán tener en consideración los tribunales de justicia al momento de decidir un conflicto de esta naturaleza, de manera de fallar de manera uniforme y de acuerdo a parámetros lo más objetivos posible.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

“Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's” A.Sarras - USA

*BIBLIOGRAFÍA**A. Libros.*

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003. Traducción de Ernesto Garzón Valdés de *Theorie der Grundrechte*.

ATRIA, Fernando. *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*. Cuadernos de análisis jurídico n° 36. Santiago: Universidad Diego Portales, 1997.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

CASTELLÓN Hugo y REBOLLEDO Laura. *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Fernando Fueyo, 2000.

GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ – BLANCO, Antonio. *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1986.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid, y Boletín Oficial del Estado, 1995.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Editorial Debate, 1990.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derecho constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994.

B. Artículos.

ALDUNATE L., Eduardo. *El efecto de irradiación de los derechos fundamentales* /en/ La Constitucionalización del Derecho Chileno. Santiago: Universidad Austral de Chile, Editorial jurídica de Chile, (2000), pp. 13-38.

DOMINGUEZ AGUILA, Ramón, *La Constitucionalización del Derecho* /en/ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII, nº 3, primera parte (1996), pp. 37- 55.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

GÓMEZ BERNALES, Gastón. *El Principio de Igualdad Constitucional* /en/ 20 años de la Constitución chilena 1981 – 2001. Santiago: Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho, Editorial Jurídica Conosur, (2001), pp. 165-187.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos* /en/ Revista Chilena de Derecho, Número Especial, Actas de las XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público (1998), pp. 58-64.

PIZA ROCAFORT, Rodolfo. *Derechos Fundamentales y las Relaciones entre Particulares. El amparo contra particulares como un instrumento procesal para la defensa de esos Derechos (La Experiencia Costarricense)* /en/ Liber Amicorum, Hector Fix Zamudio, Volumen II. San José de Costa Rica: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998), pp. 1271-1293

PIZARRO WILSON, Carlos. *Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la Drittwirkung* /en/ Gaceta Jurídica n° 221 (1998), pp. 7-21.

SOTO KLOSS, Eduardo. *El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre* /en/ 20 años de la Constitución chilena 1981 – 2001. Santiago: Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho, Editorial Jurídica Conosur (2001), pp. 421-436.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

C. *Jurisprudencia en Chile.*

Sentencia de Corte Suprema sobre recurso de protección. *Blin Arriagada, Carlos y otro con Universidad Central de San Bernardo*, de 24 de mayo de 1989 /en/ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVI, Mayo-Agosto de 1989, sección quinta, pp. 55-62.

D. *Documentos de Internet.*

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/119/2.pdf>. Fecha de última consulta: 07 de noviembre de 2005.

JANA LINETZKY, Andrés. *La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales*. Disponible en: <http://islandia.law.yaleedu/sela/sjna.pdf>. Fecha de última consulta: 12 de abril de 2005.

DE VEGA GARCIA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)*. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/340/32.pdf>. Fecha de última consulta: 07 de noviembre de 2005.

MELIS VALENCIA, Christian. *Derechos de ciudadanía y empresa: Apuntes para una configuración dogmático – jurídica*. Disponible en http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf. Fecha de última consulta: 16 de abril de 2005.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA

RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique. *Aspectos generales sobre el Derecho a la Igualdad en El Salvador*. Disponible en www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/observatorio/doctrina.html,p.21. Fecha de última consulta: 14 de mayo de 2005, p. 21.

pdfMachine - is a pdf writer that produces quality PDF files with ease!

Get yours now!

"Thank you very much! I can use Acrobat Distiller or the Acrobat PDFWriter but I consider your product a lot easier to use and much preferable to Adobe's" A.Sarras - USA