

Capítulo V: Destinatarios de los derechos fundamentales

Domingo Lovera Parmo*

1. Introducción

En su *Teoría General de los Derechos Fundamentales*, Robert Alexy sostiene que las normas de derecho fundamental comprenden un cúmulo de posiciones jurídicas (derechos a algo, libertades jurídicas y competencias) —“un haz de posiciones iusfundamentales—”¹. De acuerdo a la misma teoría, las normas de derecho fundamental establecen relaciones triádicas entre un titular del derecho, un objeto del derecho y el destinatario del derecho. Este capítulo aborda a estos últimos, a saber: las entidades sobre las que recae la obligación de hacer (obligaciones positivas) o no hacer (negativas) algo². Por lo mismo, cabe distinguir entre el titular de un derecho fundamental —o, en palabras de Alexy, su *portador*— y el destinatario: aquel cuya acción u omisión es el objeto del derecho³.

En términos generales, existe acuerdo con respecto al carácter del Estado en tanto destinatario de derechos fundamentales. En efecto, el artículo 6º, inciso 1º de la Constitución dispone que “[l]os órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella [...]”. Sin embargo, la doctrina nacional ha ampliado la figura de destinatario de derechos fundamentales a otras entidades, incluyendo los particulares. Descansando en una interpretación del artículo 6º, inciso 2º de la Constitución, que establece que “[l]os preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de [los] órganos del Estado] como a toda persona, institución o grupo”, parte importante de la doctrina nacional ha entendido que los derechos fundamentales poseen un ámbito de aplicación que relativiza el carácter del Estado como destinatario exclusivo de derechos fundamentales.

Este capítulo comienza (2) abordando las razones de contexto que explican la ampliación del concepto de destinatarios de derechos fundamentales. En términos generales, esto se debe a una determinada forma de concebir la Constitución y los derechos que ella reconoce. En la sección siguiente (3) se expondrán las principales aproximaciones que ofrece la doctrina nacional al respecto. No obstante es posible encontrar algunas excepciones, en general, como se ha anunciado, se trata de trabajos que asumen el valor normativo (jurídico y legal) de la Constitución, la aplicación directa de derechos fundamentales y que, junto a ello, exponen una teoría amplia con respecto a los destinatarios de derechos fundamentales.

* Profesor asistente, Universidad Diego Portales. Agradezco la asistencia de investigación de Gabriel Brignardello, así como los comentarios de la editora y el editor de este trabajo.

¹ Alexy (2002), p. 241.

² Distinción que acá se realiza solo para efectos del análisis de la posición del sujeto pasivo de una relación de derechos fundamentales, pero que, en caso alguno supone asumir que las dichas relaciones puedan concebirse únicamente en términos de derechos y deberes (correlativos). Hohfeld (1913), pp. 28-30.

³ Alexy (2002), p. 187. Esta aclaración es necesaria en tanto es frecuente encontrar referencias que identifican al o la titular de derechos como destinatario del derecho o, lo que no es necesariamente lo mismo, que utilizan la expresión ‘destinatario’ como sinónimo de titular. Así, por ejemplo, en Aparecio y Pisarello (2008), p. 140; Cea (1999), p. 111; y Peces-Barba (1979), p. 39.

Estas miradas, además, han sido, al menos a nivel discursivo, por el Tribunal Constitucional. La última sección (4) se reserva para introducir algunos matices a la doctrina nacional más extendida.

2. Contexto constitucional

El contexto constitucional sobre el que debe analizarse a los destinatarios de derechos fundamentales es el del neoconstitucionalismo—al que se ha calificado de fenómeno⁴, práctica institucional del Estado constitucional tras la Segunda Guerra Mundial⁵, “teoría y/o ideología y/o [...] método de análisis del derecho”⁶, y parte de la tradición jurídica antiformalista⁷, entre otros. En términos generales, el neoconstitucionalismo, también denominado como la teoría de la “Constitución total”⁸, presenta una determinada concepción respecto a las constituciones, sus disposiciones y los arreglos institucionales encaminados a hacerlas efectivas.

Para el neoconstitucionalismo las constituciones dejan de ser solo fuente de límite al poder para pasar a configurarse como verdaderos planes políticos y sociales. No en vano, prácticamente todo conflicto político, moral y legal que enfrentan las sociedades encuentra respuesta en, o está fuertemente influenciado por, la Constitución⁹. Como explica Gardbaum, “la Constitución [ahora] no solo es la ley suprema sino que es además la ley comprensiva [...] ella especifica casi todos los resultados”¹⁰. Por lo mismo, las constituciones ya no solo establecen las estructuras del poder, sus relaciones y competencias, sino que, en especial, “contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”¹¹. Su densidad normativa es alta y ello se debe, en parte importante, a los listados de derechos fundamentales que en ellas pueden apreciarse¹².

En segundo lugar, las disposiciones de la Constitución neoconstitucional, que se manifiestan en forma de valores, principios y normas jurídicas propiamente tales, poseen (o se las concibe con) valor normativo inmediato y directo, sin que exista la necesidad que su aplicación sea mediada por la ley o cualquier otra instancia autoritativa¹³. En este modelo sustantivo del constitucionalismo, como expresa Carbonell, las disposiciones constitucionales “son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes”¹⁴. Esta aplicación directa de la constitución, que llama a su uso preferente “por sobre todas las

⁴ Carbonell (2010), p. 153.

⁵ Aldunate (2010), p. 80.

⁶ Comanducci (2002), p. 89.

⁷ Núñez (2015), p. 510.

⁸ Gardbaum (2012), p. 172.

⁹ Gardbaum (2012), p. 172, 174.

¹⁰ Gardbaum (2012), p. 175.

¹¹ Carbonell (2010), p. 154.

¹² Aldunate (2010), p. 83. Esto se debe, sin duda, al papel central que las disposiciones de derechos fundamentales comenzaron a ocupar en las nuevas constituciones. Los listados de derechos, enseña Loughlin, pasaron a ser de principios constitucionales a ocupar el papel central de la significación constitucional, de modo que sin ellos no hay Constitución. Loughlin (2010), p. 350.

¹³ García de Enterría (1985), p. 61.

¹⁴ Carbonell (2010), pp. 154, 160.

demás fuentes del derecho y en todas las cortes”¹⁵, se realiza a costa de, o condicionando fuertemente la aplicación de, las normas de inferior jerarquía que dominan el asunto en disputa y los desarrollos doctrinarios disciplinarios que las han acompañado¹⁶.

Las constituciones, así, pasan a ser derecho y, dentro de la pirámide normativa, la ley superior o fundamental. Nótese que la fuerza que se asigna a las disposiciones constitucionales es de tal relevancia que, sin ellas, las constituciones son degradadas en la terminología del neoconstitucionalismo. Así, ahora que son derecho, dejan de ser “simples” programas políticos o de principios¹⁷. La constitución como norma jurídica implica que es capaz de diluir un poder que era desnudo y arbitrario —el de la política de los hombres— en uno legítimo y jurídico: el de las leyes¹⁸. Para Ferrajoli, dicho modelo deja de ser uno de “mera legalidad” (formal) para erigirse como uno de “estricta legalidad”; uno que impone una dimensión sustancial a la validez de las leyes¹⁹.

A esta forma de presentar la nueva, de serlo²⁰, ontología de las normas constitucionales, la acompaña un cierto tipo de arreglo institucional: el control judicial de legislación. Hasta cierto punto, que la tutela de la constitución sea conferida a un órgano de estructura (aunque sea pretendida) jurisdiccional, dependiente (como en Estados Unidos y Argentina) o independiente (como en Chile o España) del poder judicial, es una consecuencia y antecedente de concebir las disposiciones constitucionales como normas jurídicas. En el orden neoconstitucional la fuerza de la garantía jurisdiccional de la constitución posee tal relevancia que, sin ella, sencillamente no puede hablarse de supremacía constitucional —y, si acaso, de constitución—. Así, por ejemplo, se ha dicho que el control judicial de constitucionalidad va a concretar o hacer efectivos el principio de supremacía constitucional²¹. O como han argumentado Alexander y Schauer, el control judicial de constitucionalidad es crucial para dotar a la constitución —como ocurre con “cualquier otra ley”— de autoridad y de capacidad para decidir las contiendas que, al amparo de sus vagos términos, se traban²².

Tan así es esto, que, como acertadamente afirma Bayón, en la actualidad casi no puede negarse el control jurisdiccional de la legislación, sin que ello suponga el rechazo a los derechos fundamentales y a la supremacía constitucional²³. Como insiste Hirschl, existe el convencimiento extendido —aunque no necesariamente justificado— que la existencia de cortes que se encargan de determinar el significado constitucional importa un mecanismo de salvaguarda formal (legal) en contra de los avatares de la política (“generalmente caprichosa”) y, por lo mismo, que mejor protegen los derechos fundamentales²⁴.

Si el apogeo constitucional de mediados del siglo XX suponía el comienzo de una nueva historia marcada por la “búsqueda de los *instrumentos institucionales* necesarios para

¹⁵ Fisch y Kay (1998), p. 437.

¹⁶ La distinción en Aldunate (2003), pp. 13-14.

¹⁷ Carbonell (2010), p. 160.

¹⁸ García de Enterría (1985), p. 49.

¹⁹ Ferrajoli (2002), p. 68. Se trata de una forma de constitucionalismo “fuerte o sustancial” que se distingue de uno “débil o formal”. Ferrajoli (2005), p. 13. En sentido similar, Comanducci (2002), p. 91. Algo parecido manifestó Nino, aunque, según fluye de sus palabras, admitiendo (cuando no reclamando) una permeabilidad constitucional más allá de lo meramente judicial. Nino (1992), pp. 1-3.

²⁰ Véase, Aldunate (2010) y Núñez Poblete (2010).

²¹ Nogueira (2003), p. 85.

²² Alexander y Schauer (1997), p. 1361.

²³ Bayón (2005), pp. 211-213.

²⁴ Hirschl (2004), p. 100.

la tutela y para la realización de [los] principios fundamentales”²⁵ que establecen las constituciones, el neoconstitucionalismo, por medio de la legalización de la constitución, comenzó a cerrar —de manera irreversible, pareciera— ese mismo período. En la sección que sigue se analiza la recepción del neoconstitucionalismo en la doctrina nacional para, a partir de allí, presentar la forma en que se han ido delineando las características de los destinatarios de derechos fundamentales en Chile.

3. Destinatarios de los derechos fundamentales en Chile

Si la Constitución es una norma jurídica susceptible de ser invocada directamente y sin necesidad de desarrollo legislativo ante los tribunales, ¿contra quién se dirige? ¿A quiénes obligan los derechos fundamentales que ella reconoce? La máxima fuerza normativa que la constitución despliega —dice Alexy— no deja espacios a la duda —ni, podría decirse, zona alguna al margen del halo constitucional²⁶—. Describiendo la ley fundamental alemana, afirma Alexy: “los derechos fundamentales vinculan como Derecho directamente vigente a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial”²⁷. Pero no solo a los órganos de Estado, sino que, también, a los particulares. Para seguir con Alexy, los derechos fundamentales no solo despliegan su vigor en la relación del ciudadano con el Estado, sino también en el derecho civil, donde se trata la relación entre particulares²⁸.

Esta sección presenta (3.1) cómo la doctrina nacional ha conceptualizado a los destinatarios de derechos fundamentales, (3.2) el impacto que en dicha conceptualización ha tenido, particularmente, la acción de protección y (3.3) la comprensión que, al mismo respecto, ha esbozado el Tribunal Constitucional.

3.1. A toda persona, institución o grupo

Con algunas diferencias, la doctrina nacional afirma que los destinatarios de derechos fundamentales son tanto los órganos del Estado como los particulares. Varias de las fuentes que a continuación se revisan no lo señalan directamente, sino que por referencia a la supremacía constitucional y al valor vinculante de la Constitución en tanto norma jurídica fundamental a la que todas las personas e instituciones estatales se encuentran vinculadas²⁹. A esta comprensión, como se señaló al comienzo, contribuye la redacción del artículo 6°, incisos 1° y 2° de la Constitución: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

²⁵ Fioravanti (2007), p. 150.

²⁶ Alexy (2005), p. 33.

²⁷ Alexy (2005), p. 33.

²⁸ Alexy (2005), p. 34. En sentido similar García de Enterría (1985), pp. 63-64, comentando lo que denomina el ‘valor normativo’ la Constitución española: la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no solo al Poder legislativo como mandatos o instrucciones que a éste solo cumplierse desarrollar [...].

²⁹ Así, por ejemplo, Zapata afirma que la Constitución, “como cualquier otra norma jurídica,” debe tutelarse frente a sus posibles infracciones de sus destinatarios; “sea agente estatal o persona privada”. Zapata (2008), p. 294.

Según indica el profesor Alejandro Silva Bascuñán, el propósito declarado de redactar la cláusula en comento con dicha extensión, fue, precisamente, el de asegurar que “nadie escap[ara] a este mandato de obediencia a los preceptos de la Constitución”³⁰. Como se verá, parte importante de la doctrina nacional da cuenta que el propósito que anunciara el profesor Silva Bascuñán parece haber tenido éxito.

Tal como ocurre en otros trabajos, la idea de destinatarios aparece de la mano del principio de supremacía constitucional. Para que este principio no devenga en un puro constructo teórico, afirma Silva Bascuñán, es preciso que cuente con medios para su “imponer su respeto”³¹. De esta suerte, si la Constitución pretende tener vigencia efectiva, resulta necesario que ella alcance a todas las personas —que “nadie escape a este mandato”³². Así, se expone en uno de los tomos de su *Tratado de Derecho Constitucional*, que, “[l]a vulneración de la supremacía constitucional puede [...] provenir de un cuerpo o persona revestidos de autoridad pública o de cualquiera de los integrantes de la sociedad política [...]”³³.

En este sentido, son destinatarios de derechos fundamentales, en primer lugar, los órganos del Estado. Sobre el Estado y sus órganos pesa la obligación de actuar constitucionalmente, según dispone el artículo 7º de la Constitución. Sobre dicho precepto el profesor Silva Bascuñán también construye el principio de supremacía. No resulta sorpresivo, por eso, que a la hora de evaluar la eficacia constitucional el énfasis se haya puesto en la producción legislativa del Estado, en la resolución de las contiendas que surjan a su amparo y en la ejecución de las resoluciones judiciales³⁴.

Ahora bien, el Estado de Derecho obliga por igual a gobernantes y gobernados. Citando las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, afirma que ello es lo que transforma dicho principio en uno impersonal y objetivo³⁵. Echando mano al artículo 6º, inciso 2º, advierte que los preceptos constitucionales obligan a todos los integrantes de la comunidad, esto es, también a los particulares³⁶. Sin embargo, el profesor Silva Bascuñán parece, pese a lo que se ha dicho hasta acá, obtener conclusiones menos intensas que los demás autores que se revisarán en cuanto qué es lo que específicamente implica que los particulares sean destinatarios de derechos fundamentales. Así, al aclarar el alcance del artículo 6º, inciso 2º, califica esta vinculación del siguiente modo: La Ley Fundamental pretende que los integrantes de la comunidad asuman el compromiso de ajustar su conducta a sus mandatos e inspirar sus actos en el propósito de colaborar al cumplimiento de las finalidades del Estado³⁷.

³⁰ Silva Bascuñán (1997b), p. 134.

³¹ Silva Bascuñán (1997a), p. 122.

³² Debe advertirse que el profesor Silva Bascuñán, sin negar el carácter jurídico de la Constitución, creía que, junto con garantías jurisdiccionales, había, además, herramientas políticas de control de la supremacía. Notablemente, afirma que se “cuenta... con el concurso de la opinión pública, siempre manifestándose en adhesión o crítica, uno de cuyos principales motivos de inspiración tendrá que ser el afán de cristalizar el contenido normativo e inspirativo de la ley fundamental.” Menciona, además, el derecho de resistencia y la insurrección, como garantías “más enérgicas” de asegurar la supremacía constitucional. Silva Bascuñán (1997a), p. 123-124.

³³ Silva Bascuñán (1997a), p. 122.

³⁴ Silva Bascuñán (1997a), pp. 122-123.

³⁵ Silva Bascuñán (1997b), p. 131.

³⁶ Silva Bascuñán (1997b), p. 133.

³⁷ Silva Bascuñán (1997b), p. 133.

¿Es posible que el profesor Silva Bascuñán sostuviera, en verdad, que el vínculo de los particulares a la Constitución fuera menos intenso que el de los órganos del Estado? Mal que mal, si la Constitución es una ley —no obstante la de superior jerarquía— ¿qué sentido tiene esperar que los individuos se comprometan a ajustar su conducta e inspirar sus actos a la Constitución? O la ley obliga, aun cuando puede no ser eficaz, o no, pero no se espera que las personas se inspiren o ajusten su conducta a ella, se espera (y para ello se recurre a diferentes mecanismos que obligan a) que así sea.

De todas formas, concluye afirmando, como lo señalara antes, que el afán de lograr que “nadie escape a este mandato de obediencia a los preceptos de la Constitución”³⁸ se expresa especialmente al advertirse la enunciación de los obligados por ella: los órganos del Estado, así como toda otra persona—a lo que adiciona el deber de toda persona de estudiar y conocer la Constitución³⁹.

José Luis Cea es otro de los primeros comentaristas de la Constitución de 1980. Autor que ha recibido con beneplácito las ideas y principios del neoconstitucionalismo⁴⁰, de antiguo afirmaba que esta Constitución no se limitaba solamente a establecer los lineamientos del poder político. Denotando la extensión del neoconstitucionalismo, Cea indicaba que esta Constitución fijaba, además de la estructura política del Estado, “las bases en que se fundará la convivencia pública y privada en los aspectos social, económico y político”⁴¹. Esto es lo que el autor denominaba “la Constitución plena” —con especial énfasis en la regulación de las bases constitucionales de la economía⁴².

En un contexto tal, no resulta difícil adivinar qué rol cabe a los derechos fundamentales y quiénes resultan vinculados por ellos. Los derechos vienen a dotar de contenido material al Estado formal de derecho⁴³. Los derechos, el núcleo sobre el que se construye la primacía constitucional, son superiores al Estado, “como asimismo a toda autoridad, asociación o individuo”⁴⁴. La supremacía constitucional importa, a su turno —afirma Cea mirando al mencionado artículo 6º, inciso 2º— que la Constitución y los derechos poseen una “imperatividad vigorosa”, esto es, que sus preceptos, en tanto “Ley Suprema del Estado-Nación”⁴⁵, obligan de manera directa e inmediata al Estado y sus órganos. Pero supone, además—como dispone el precepto en comento—, que obligan también a toda persona institución o grupo⁴⁶. A su imperio, por tanto, se debe someter toda decisión y producción normativa del Estado, así como “las conductas y actos jurídicos de los

³⁸ Silva Bascuñán (1997b), p. 134.

³⁹ Silva Bascuñán (1997b), p. 135.

⁴⁰ Afirmaba en Cea (1999), p. 179-180 que la fuerza normativa de la Constitución es un principio universalmente aceptado, conforme al que procede “la aplicación, directa o inmediata, de los principios y normas de la Carta Fundamental, sin necesidad que las disposiciones legales mediaten esa ejecución [...]”. Véase, también, Cea (2004), pp. 303-5.

⁴¹ Cea (1988), p. 39.

⁴² Cea (1988), pp. 3-19.

⁴³ Cea (1988), p. 79.

⁴⁴ Cea (1988), pp. 87-8.

⁴⁵ Cea (2002), p. 239.

⁴⁶ Cea (1999), p. 87-88; Cea (2000), p. 128. Véase, también, Vivanco (2007), p. 393, afirmando que la supremacía constitucional importa “un límite a la acción tanto del Estado como de los particulares.” Tal como Cea, afirma que la Constitución es suprema respecto de toda la producción normativa del Estado, así como “de los actos y de las conductas con relevancia jurídica que pueda realizar cualquier miembro del Estado, sea gobernado o gobernante”.

governados”⁴⁷. No se trata, advierte Cea, de una sujeción mediada por la producción normativa del Estado, sino que no requiere ser desarrollada por el legislador⁴⁸. En este entendido, gobernantes y gobernados se encuentran en un curioso pie de igualdad; ambos se encuentran obligados y vinculados por los preceptos de la Constitución⁴⁹.

Tan amplia y vigorosa es esa vinculación que, según expone Cea, tanto el Estado y sus órganos, como cualquier otro individuo o grupo tienen el deber no sólo de no trasgredir los derechos, sino que, además, el deber “acuciantemente activo, constructivo o positivo”⁵⁰.

Otros autores descansan en el mismo precepto constitucional para afirmar una vinculación extensa a los derechos fundamentales. Tal es el caso de Miguel Ángel Fernández, que señala que el artículo 6º vino a dotar de fuerza normativa a la Constitución⁵¹. Tal como se indicara más arriba, la fuerza normativa de la Constitución es consecuencia lógica —“ineludible”, afirma Fernández— del principio de supremacía constitucional⁵².

Este principio, se argumenta, trae de la mano la juridificación de las disposiciones constitucionales. La Constitución, ahora, se transforman en una norma jurídica que posee fuerza obligatoria y que, a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1925⁵³, no requiere de habilitación legislativa⁵⁴. Se trata —expone— de un cuerpo legal que posee una “energía normativa propia”⁵⁵ o que, como indica otra autora, “obliga por sí misma”⁵⁶. Esto es particularmente cierto para el caso de los preceptos de la parte dogmática de la Constitución, los que, a diferencia de algunas disposiciones de la parte orgánica, “no requieren de mediación normativa alguna”⁵⁷.

¿Quiénes son los destinatarios de estas (nuevas) normas jurídicas? La fuerza normativa inmediata de la Constitución —nótese— “vincula [...] simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos”⁵⁸. La fuerza normativa de la Constitución, se insiste, trae de la mano la “obligatoriedad para todos—órganos estatales, personas, instituciones o grupos—en orden a respetar la preceptiva constitucional [...]”⁵⁹. Dicho respeto no sólo ordena la aplicación directa de la Constitución, sino que, además, dicha aplicación debe efectuarse “sin dilación”⁶⁰. En sentido idéntico se había manifestado antes Luz Bulnes: “la Constitución, no sólo obliga al legislador sino que igualmente al Presidente de la República y a los jueces [...] [t]odos los órganos del Estado, las personas y los grupos quedan vinculados directamente a la Ley Fundamental”⁶¹.

⁴⁷ Cea (2002), p. 239.

⁴⁸ Cea (2002), p. 240-244.

⁴⁹ Cea (2002), p. 244.

⁵⁰ Cea (1999), p. 88.

⁵¹ Fernández (2001), p. 77.

⁵² Fernández (2001), p. 78.

⁵³ “Ya no existen, en la Constitución de 1980, las denominadas disposiciones programáticas [...]”. Fernández (2001), p. 79.

⁵⁴ Fernández (2001), p. 78.

⁵⁵ Fernández (2001), p. 78.

⁵⁶ Bulnes (1998), p. 137.

⁵⁷ Fernández (2001), p. 79. También Bulnes (1998), pp. 139-140.

⁵⁸ Fernández (2001), p. 78.

⁵⁹ Fernández (2001), p. 79.

⁶⁰ Fernández (2001), p. 79.

⁶¹ Bulnes (1998), p. 138.

Humberto Nogueira se expresa en sentido similar — bajo el rótulo de “sujetos pasivos de los derechos fundamentales”⁶². En sus palabras, los derechos fundamentales no sólo operan como coto al poder del Estado, sino que abarcan más allá de éste a la sociedad toda. En sus palabras, los derechos “deben impregnar cada uno y todos los aspectos de la vida jurídica de la sociedad en su conjunto”⁶³. No se trata, desde luego, de una declaración de buenas intenciones, sino que de una obligación que la propia Constitución dispone al establecer que tanto la dignidad de las personas como los derechos fundamentales forman parte de las “Bases de la institucionalidad” del Estado⁶⁴. De allí que, para Nogueira, la base sobre la que se construye la identidad de los destinatarios de derechos fundamentales sea la dignidad humana, que opera como fuente y fundamento de los derechos fundamentales (art. 5º inc. 2º)⁶⁵. De esta forma, “el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante *erga omnes*, siendo plenamente aplicables no sólo a las relaciones particulares-Estado, sino también entre particulares [...]”⁶⁶.

Para que no quede dudas: los sujetos pasivos frente al respeto de los derechos son tanto el Estado y sus órganos, las personas jurídicas públicas y privadas, como asimismo, los seres humanos o personas naturales⁶⁷. Los derechos fundamentales, entonces, poseen una eficacia general⁶⁸. Se trata de una vinculación que es inmediata⁶⁹, jurídica y consecuencia necesaria de la supremacía constitucional⁷⁰. “Independientemente de quien cometa una infracción a ellos,” es decir, sin importar si la amenaza, perturbación o privación de derechos tiene fuente en el Estado y sus órganos o en cualquier otra persona, institución o grupo, esa infracción es “siempre inconstitucional e ilegítima”⁷¹, una conducta “que se encuentra privada de legitimidad [...]”⁷². Es esta eficacia la que asegura la “plenitud de vigencia a los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las dimensiones del ordenamiento jurídico”⁷³ y que relaciones entre Estado y particulares sean éticamente similares a las relaciones entre particulares; la seguridad jurídica, dice Nogueira, que no se desarrollará una “doble ética”⁷⁴. Como los autores antes señalados, Nogueira también identifica la fuente de esta vinculación —que también denomina principio de sujeción⁷⁵— en el artículo 6º de la Constitución⁷⁶.

Un trabajo más acabado, esto es, que ya no se limita a identificar el efecto expansivo para la normatividad de la Constitución que tieneo tendría, el artículo 6º, es el que ofrece Eduardo Aldunate. En el capítulo X de su trabajo sobre *Derechos Fundamentales*⁷⁷, se refiere

⁶² Nogueira (2007), p. 49.

⁶³ Nogueira (2003), p. 81.

⁶⁴ Nogueira (2003), p. 81.

⁶⁵ Nogueira (2007), p. 49.

⁶⁶ Nogueira (2003), p. 74.

⁶⁷ Nogueira (2007), p. 49.

⁶⁸ Nogueira (2003), p. 74.

⁶⁹ Nogueira (2003), pp. 85-86. En otro lado habla de “preceptos directamente vinculantes”. Nogueira (2003b), p. 409.

⁷⁰ Nogueira (2003), pp. 83-84.

⁷¹ Nogueira (2003), p. 85.

⁷² Nogueira (2007), p. 49.

⁷³ Nogueira (2003), p. 75.

⁷⁴ Nogueira (2007), p. 53.

⁷⁵ Nogueira (1994), p. 132.

⁷⁶ Nogueira (2003), p. 75.

⁷⁷ Aldunate (2008).

a los “destinatarios de las normas iusfundamentales”, mientras que reserva el capítulo XI del mismo trabajo para abordar a los “particulares como destinatarios de derechos fundamentales: el efecto horizontal”.

En lo que respecta a los órganos del Estado en tanto destinatarios de derechos fundamentales, el profesor Aldunate señala que todos ellos se encuentran sujetos al “deber de respeto y promoción de los derechos humanos”. Ello, a partir de la lectura coordinada de los artículos 6º, incisos 1º y 2º y 5º, inciso 2º⁷⁸. Para el tratamiento de los órganos del estado vinculados, Aldunate los divide en el Legislativo, Gobierno y Administración y el Órgano Jurisdiccional.

El Legislativo se encuentra vinculado a la Constitución en su función nomogenética (productora de normas)⁷⁹. La forma de concreción de esta vinculación se expresa en mecanismos de control de la actividad legislativa, en general, y en el recurso a los derechos fundamentales, en particular, como parámetro de dicho cotejo⁸⁰. A dicho control, sin embargo, no se encuentran sometidos con igual intensidad todos los órganos con facultades de producir normativa vinculante⁸¹.

Desde luego que esta no es la única forma de control en la que cobran importancia los derechos fundamentales. A ello contribuyen las diferentes reservas legales, y la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales contenida en el artículo 19 número 26 de la Constitución, donde es la propia Constitución la que dispone el desarrollo de derechos fundamentales por medio de la ley⁸². El legislador, así, por mandato de la Constitución, y amén del artículo 6º, aparece también expresamente identificado como destinatario de derechos fundamentales⁸³. Ahora bien, que la ley sirva para asegurar, cuando no permitir, el ejercicio de derechos no implica que ella misma viene a “petrificar[r], el contenido constitucional de la respectiva libertad, derecho o garantía”⁸⁴. De allí que, como se analiza en otro capítulo de este libro, parte importante del control de constitucionalidad de las reservas se haya centrado en evaluar la intensidad de las regulaciones legales y administrativas necesarias para la ejecución de las leyes⁸⁵.

Gobierno y Administración también son sujetos destinatarios de derechos fundamentales⁸⁶. En efecto, el derecho administrativo se ha visto condicionado por los derechos fundamentales en diversos aspectos: estableciendo mecanismos de defensa de los

⁷⁸ Aldunate (2008), p. 183.

⁷⁹ Aldunate (2008), p. 183.

⁸⁰ Aldunate (2008), p. 183.

⁸¹ El Banco Central, por ejemplo, afirma Aldunate, no ve sus acuerdos sujetos a control de constitucionalidad. No obstante quedaría otras vías habilitadas para efectos del control, como, por ejemplo, el recurso de protección, esto implica necesariamente reducir “el universo de derechos reclamables, debilitando su fuerza normativa respecto de las antedichas potestades” y habilitando un control menos intenso. Aldunate (2008), p. 185.

⁸² Aldunate (2008), p. 185.

⁸³ Tómese por ejemplo el artículo 19, número 2, inc. 2º, que dispone expresamente que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

⁸⁴ Aldunate (2008), p. 186. Véase, sin embargo, la postura defendida por Luis Alejandro Silva. Silva, sin afirmar que la ley agote la extensión de los derechos fundamentales, ha sostenido—antes basado en la práctica del control que en la teoría—que ley y Constitución se complementan al momento de determinar el contenido de los derechos fundamentales, dando lugar a un proceso que califica como bidireccional. Silva (2014).

⁸⁵ Al respecto, véase el Capítulo VII: “Regulación de los derechos. La reserva de ley”.

⁸⁶ Al igual que en el caso de la función nomogenética, las regulaciones administrativas evidencian que algunos órganos han quedado situados fuera de la Administración del Estado, siendo el Ministerio Público un ejemplo. Pues bien, afirma Aldunate, de ello no se sigue que sus funciones de gobierno y administración no puedan sujetarse a control de derechos fundamentales. Aldunate (2008), p. 189-90.

particulares ante la administración, imponiendo mandatos de protección y, en algunos casos, prestacionales, abriendo espacios procedimentales a la intervención de los gobernados e impactando, finalmente, la estructura jurídico-organizativa del Estado⁸⁷.

Ahora bien, fuera de condicionar las relaciones entre particulares y administración, lo que enfatiza a los primeros como titulares de derechos fundamentales antes que a ésta como su destinataria, y advirtiendo que estas condicionantes la más de las veces impactan con mayor fuerza la actividad habilitante del legislador antes que el desempeño del gobierno⁸⁸, ¿qué obligaciones específicas tiene el administrador (un funcionario cualquiera de la administración) para con la Constitución? Cordero afirma que la Constitución impone deberes tanto negativos, de no violar los derechos fundamentales por ella reconocidos, pero también obligaciones positivas de promoverlos⁸⁹.

Hasta acá, la posición de la Administración no es muy distinta a la del legislador, máxime si se anota que sus actuaciones son también objeto de controles de constitucionalidad, tanto a nivel interno (en sede administrativa)⁹⁰, como externo (judicial)⁹¹. ¿Pero puede el funcionario —se pregunta Aldunate— dejar de aplicar la ley o reglamento que estima inconstitucional?⁹² Aunque Aldunate no crea que esa sea la regla general, sí estima que ella debe ser la respuesta “cuando la inconstitucionalidad conlleve a la lesión de posiciones jurídicas subjetivas de derechos fundamentales”⁹³.

¿Cuál es la situación, ahora, de lo que denomina el órgano jurisdiccional? El órgano jurisdiccional es, afirma Aldunate, aquel encargado de “declarar de manera definitiva y vinculante los efectos jurídicos de una hipótesis por parte de un tercero no concernido”⁹⁴. Esto importa no sólo para poder determinar a cuáles órganos se les van a hacer exigible las obligaciones constitucionales propias en materia de ejercicio de la función jurisdiccional (como, por ejemplo, el debido proceso); sino que, además, para advertir que aquellas instancias que intervengan ejerciendo atribuciones distintas a la jurisdiccional queden sujetas a un control jurisdiccional y someterlas, en cuanto a sus atribuciones, “a aquellas reglas y procedimientos de garantía adecuados para el tipo de órgano y actividad de que se trate”⁹⁵. No hay jurisdicción allí donde hay ejercicio de atribuciones por órganos “vinculados a los poderes estatales objeto del control”⁹⁶. Hablamos acá de los tribunales de justicia.

⁸⁷ Cordero (2015), p. 104.

⁸⁸ Véase Cordero (2015), p. 107, analizando los estándares desarrollados por el TC a efectos de legitimar (controlar la constitucionalidad) “las intervenciones de las autoridades estatales que tengan efectos ablatorios sobre derechos”.

⁸⁹ Cordero (2015), p. 132.

⁹⁰ Ferrada (2004).

⁹¹ Cordero (2009), pp. 153-175, control que incluso alcanza la propia actividad contralora interna, advierte Navarro (2012), pp. 436-438, 440-443. Según Pica (2013), pp. 222-224, la jurisprudencia más reciente del TC ha venido estableciendo una suerte de ‘reserva general’ en materia de limitaciones a derechos fundamentales, lo que la ha llevado a extender sus espacios de intervención.

⁹² Aldunate (2008), p. 192.

⁹³ Aldunate (2008), p. 193.

⁹⁴ Aldunate (2008), p. 196.

⁹⁵ Aldunate (2008), p. 196-7. Esto implica, ha dicho Bordalí en sentido similar, no tratar como irrelevantes las regulaciones materiales y orgánicas que son capaces —por referencias a los demás poderes del Estado— de asegurar la condición de tercera parte. Bordalí (2015), pp. 235-239.

⁹⁶ Bordalí (2015), p. 238.

El órgano jurisdiccional se encuentra en una curiosa situación⁹⁷. Y es que el órgano jurisdiccional es, sostiene Aldunate, tanto destinatario de derechos fundamentales como “principal garante de los mismos”⁹⁸. La primera forma en que la jurisdicción se encuentra vinculada por los derechos fundamentales, es al tener que desarrollar su actividad de conformidad a los procedimientos que hemos diseñado para salvaguardar el respeto a los derechos de las partes involucradas, esto es, de quienes no son imparciales frente al conflicto que debe decidirse⁹⁹.

La segunda forma de vinculación, se trasunta en el deber de interpretación conforme a la Constitución, esto es, en el deber de tener que aplicar el material normativo con que el juez o la jueza debe decidir el caso, a la luz de ésta¹⁰⁰. Dejando de lado la interpretación conforme que los tribunales constitucionales realizan en tanto intérpretes operativos de la Constitución¹⁰¹ —sobre lo que volveré más abajo—, me centraré en la interpretación conforme a nivel del intérprete operativo de la ley¹⁰². Si la Constitución es vinculante para todos los poderes del Estado, lo es, ciertamente, para los tribunales también. Estos deben integrar a la Constitución a las demás fuentes “en vistas a determinar la norma rectora de un caso”¹⁰³. Juezas y jueces de instancia, como se ha dicho, “se ve[n] obligado[s] a ascender desde el ámbito de la ley ordinaria al de la Constitución”¹⁰⁴. La Constitución, así, irradia su fuerza normativa a la lectura judicial que se realiza de las demás normas inferiores.

Ahora bien, la interpretación conforme a la Constitución supone que el intérprete judicial se encuentra en condiciones de poder integrar la Constitución a las demás fuentes¹⁰⁵. Sin embargo, hay casos en los que ello no será posible. ¿Puede en esos casos —pregunta Aldunate— un juez o jueza de instancia dejar de aplicar una ley (que él o ella) estima (sin posibilidades de conciliación) inconstitucional? Estima que entre las dos posiciones extremas —o se acepta que cualquier juez de instancia puede inaplicar o, en cambio, que ésta es una atribución que solo atañe al Tribunal Constitucional— existe alguna alternativa razonable¹⁰⁶. Esta es pensar la inaplicabilidad puesta en manos del Tribunal Constitucional como un mecanismo para impedir que el juez de instancia tenga que resolver la antinomia entre ley y Constitución¹⁰⁷. Pero de ello no se sigue —continúa— que el juez de instancia sea excusado de tener que “cumplir cabalmente con el artículo 6º y dar primacía a la Constitución por sobre las normas que la contravengan”¹⁰⁸.

El profesor Manuel Núñez ha contribuido de cerca a este debate. Advirtiendo la superposición de funciones entre tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional, afirma que la desaplicación (“derogación tácita” o “desaplicación por antinomia no invalidatoria”) ha sido una tendencia jurisprudencial en nuestro país¹⁰⁹. Para él, la facultad de los tribunales

⁹⁷ Sobre esto volveré hacia el final del trabajo, a efectos de anotar alguna distancia con la afirmación relativa a la fuerza vinculante de la Constitución.

⁹⁸ Aldunate (2008), p. 198.

⁹⁹ Aldunate (2008), p. 198.

¹⁰⁰ Aldunate (2008), p. 199.

¹⁰¹ Aldunate (2008), p. 201.

¹⁰² Aldunate (2008), p. 201.

¹⁰³ Aldunate (2008), p. 202.

¹⁰⁴ Bordali (2007), pp. 33-34.

¹⁰⁵ Aldunate (2010), p. 89.

¹⁰⁶ Aldunate (2008), p. 203.

¹⁰⁷ Aldunate (2008), p. 204.

¹⁰⁸ Aldunate (2008), p. 204.

¹⁰⁹ Núñez (2012), pp. 203-205.

ordinarios de desaplicar normas de rango infraconstitucional procede tratándose de contradicciones “patentes” entre norma y Constitución y siempre que aquéllas sean “rigurosamente anterior[es] a la Constitución”¹¹⁰. ¿Qué ocurre en los casos en que un tribunal ordinario, recurriendo a la interpretación a la luz de la Constitución, concluye desaplicando una ley? En esos casos, Núñez ha dicho que, una cosa es la interpretación conforme a la Constitución, otra distinta la actuación *contra legem* que implicaría la desaplicación; se trata —afirma— de una acción “gravemente subversiva”¹¹¹. “Si la ley es inconstitucional —continúa— que caiga por inconstitucionalidad y que la haga caer quien pueda hacerlo [...]”¹¹².

Finalmente, y al igual que Fernández¹¹³ y Bulnes¹¹⁴, para Aldunate la vinculación directa del juez a la Constitución podría llevarlo en ocasiones a brindar tutela a derechos fundamentales aun “a falta de procedimiento o instrumentos idóneos para una protección definitiva o provisional [...]”¹¹⁵. La igual protección de los derechos que ordena el artículo 19 N° 3, inciso 1°, sumado al principio de inexcusabilidad, así, tiene vigor para casos en que se carece de ley procesal¹¹⁶.

Luego de analizar, con el detalle expuesto, la forma que adopta la vinculación constitucional a los órganos del Estado, Aldunate aborda a los particulares en tanto destinatarios de los derechos fundamentales. Por la relevancia que el recurso de protección ha tenido a este respecto, se aborda en la sección siguiente.

3.2. El impacto del recurso de protección

Una de las razones que ha llevado a la doctrina constitucional a afirmar que las disposiciones de derechos fundamentales obligan tanto a gobernantes como a gobernados, es la incorporación del recurso o acción de protección en la Constitución de 1980. Lo primero que debe anotarse, entonces, es que es un mecanismo de garantía jurisdiccional de los derechos el que (sumado a la comprensión ya mencionada que ha acompañado al artículo 6° de la Constitución) redefine la comprensión constitucional y conceptual de la Constitución.

Antes de abordarlo, sin embargo, quizá es útil comenzar distinguiendo algunos conceptos a efectos de entender cómo la práctica constitucional en materia de recurso de protección habría impactado en la determinación de los particulares como destinatarios de derechos fundamentales. Y esto pasa por aclarar, en primer lugar, a qué se refiere el denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales y, de paso, profundizar las referencias generales que a propósito del artículo 6°, inciso 2°, parte importante de nuestra doctrina traza¹¹⁷.

El denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales supone una mutación de la concepción clásica de derechos, cuyo único destinatario era el Estado y sus órganos, para extender su fuerza normativa a las relaciones entre particulares. La eficacia horizontal

¹¹⁰ Núñez (2012), pp. 201-203.

¹¹¹ Núñez (2012), pp. 212.

¹¹² Núñez (2012), pp. 212.

¹¹³ Fernández (2001), p. 79.

¹¹⁴ Bulnes (1998), p. 140.

¹¹⁵ Aldunate (2008), p. 205.

¹¹⁶ Aldunate (2008), p. 205.

¹¹⁷ Estas definiciones conceptuales, para decirlo de otra forma, no suelen estar presentes en los trabajos analizados antes (3.1) y que postulan una comprensión amplia de los destinatarios de derechos fundamentales.

de los derechos fundamentales admite que “particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de sus relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos”¹¹⁸. En palabras de Aldunate, en el efecto relativo u horizontal “los particulares son considerados destinatarios de los derechos fundamentales”¹¹⁹.

Ahora bien, el modo en que los derechos fundamentales despliegan su fuerza en las relaciones entre particulares puede adoptar, al menos, dos formas distintas. Es posible, en primer lugar, que los derechos fundamentales alteren las relaciones privadas al reclamar vigencia en ellas pero de una forma medida, esto es, a través de los mecanismos de la jurisdicción ordinaria y por medio de una determinada lectura (conforme a la Constitución) de las regulaciones específicas¹²⁰. En esta variante, los derechos fundamentales irradian, aunque sin eliminar, al resto del ordenamiento¹²¹. Antes que prescindir de las regulaciones particulares del negocio privado en cuestión, en esta variante de la eficacia horizontal “la Constitución podría ser usada para modificar acuerdos propios del tráfico jurídico”¹²².

La segunda variante de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en cambio, es una que permite recurrir directamente a la Constitución a efecto de rehuir¹²³ la jurisdicción ordinaria, las regulaciones legales específicas y, de paso, el desarrollo dogmático que ha acompañado esas regulaciones. De este modo, si en la primera variante se trataba de integrar la Constitución al sistema de fuentes que dirimen las relaciones negociales (u de otra índole) entre particulares¹²⁴, en esta segunda se trata de reclamar el imperio de la Constitución con independencia o prescindiendo de las demás fuentes¹²⁵.

Es por ello que, según se ha sugerido, conviene distinguir el efecto horizontal de los derechos fundamentales de su eficacia procesal directa¹²⁶. Mientras el primer concepto alude a la posibilidad de invocar los derechos fundamentales en relaciones entre particulares y a efectos que operen como parámetro de la decisión a adoptarse, el segundo alude, específicamente, a la posibilidad que los particulares utilicen derechos fundamentales uno contra otro en sus relaciones privadas, prescindiendo “de la vía jurisdiccional ordinaria”¹²⁷. Aunque la eficacia procesal directa suele abrir espacio para configurar una aplicación (inmediata) de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, ello no es necesariamente así, pues depende de los contextos de conflicto y regulaciones institucionales (por ejemplo, de legitimidad activa y/o pasiva) en que se verifica. Un par de ejemplos pueden arrojar mayor luz a este respecto.

¹¹⁸ Peña (1996), p. 154.

¹¹⁹ Aldunate (2008), p. 211.

¹²⁰ Para Aldunate (2008), p. 211-213, este es el sentido original en que se comprendió el efecto horizontal de los derechos fundamentales. En él, los derechos son un orden objetivo de valores a los que la judicatura debe recurrir, bien al realizar exámenes de constitucionalidad, bien al momento de decidir contiendas privadas, pero sin llegar a constituir “nunca, una fuente directa e inmediata de deberes u obligaciones entre particulares”.

¹²¹ Esto es lo que lleva a Marshall (2010), pp. 53-54 a afirmar que dicho efecto “en el que la relación relevante, desde el punto de vista de su regulación, es entre el Estado y un particular, no puede ser entonces caratulado de efecto horizontal, pues no involucra a particulares o terceros”.

¹²² Peña (1996), p. 154.

¹²³ Tomo la expresión de Peña (1996), p. 155.

¹²⁴ Aldunate (2008), p. 215.

¹²⁵ Este era el riesgo que, algún tiempo atrás, advertieran Jana y Marín (1996), al analizar la jurisprudencia del recurso de protección y su impacto en los mecanismos específicos de resolución de conflictos contractuales.

¹²⁶ Peña (1996), pp. 154; Gómez (2005), p. 62; Aldunate (2008), p. 220-221, por su parte, habla del aspecto material y el aspecto procesal del efecto horizontal.

¹²⁷ Peña (1996), pp. 155.

El recurso de nulidad que contempla el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal es, por ejemplo, un caso de eficacia procesal directa de derechos fundamentales que plantea una diferencia con lo que había sido la práctica constitucional en materia de control de la actividad del poder judicial. Hasta su introducción, no existían instancias de control directa a la infracción de derechos fundamentales en una sentencia judicial¹²⁸. La reforma procesal penal vino a innovar en ese sentido, permitiendo a las cortes (de apelaciones y Suprema, según sea el caso) revisar el respeto a los derechos por parte de un órgano jurisdiccional— como digo, echando mano a un recurso y en un procedimiento especialmente destinado al efecto y no, en cambio, como había sido la tónica, la de alojar esa tutela en el sistema de recursos de que se dispone¹²⁹.

Pues bien, el recurso de nulidad por infracción de garantías constitucionales que establece el Código Procesal Penal es ejemplo de eficacia procesal directa de los derechos fundamentales, toda vez que a los particulares pueden, a través de él, echar mano directamente a la Constitución a efectos de controlar la actividad jurisdiccional del Estado. Pero no es, sin embargo, ejemplo de eficacia horizontal de los derechos. Y ello es así porque la infracción de derechos se reclama contra el procedimiento establecido legalmente y la forma en que éste se ha desarrollado. Los litigantes de un recurso de nulidad, así, son una de las partes y el Ministerio Público, esto es, el Estado (Estado que, dicho sea de paso, no está legitimado para interponer este recurso; no es titular de derechos fundamentales)¹³⁰.

Algo parecido podría decirse de la cautela de garantías que establece el artículo 10 del Código Procesal Penal¹³¹. De conformidad a dicho precepto, en cualquiera etapa del procedimiento en que el imputado no esté “en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, [el juez de garantía] adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”. Nuevamente se trata de una herramienta de eficacia procesal directa de los derechos fundamentales, mas no una forma de *drittwirkung*. Y ello es así porque los derechos fundamentales se hacen valer contra la persecución criminal del Estado y no en contra de otros particulares (no obstante, en última instancia, otro particular resulte de alguna forma imperado por la decisión que se adopte al respecto).

¹²⁸ Existe, a este respecto, una importante discusión doctrinaria a propósito de la radicación de la acción de inaplicabilidad en manos del Tribunal Constitucional. Sobre ello volveré en la sección 4 de este trabajo.

¹²⁹ Lovera (2005). Nótese, en todo caso, que pese a que la doctrina nacional —como se ha revisado— está conteste en que los derechos fundamentales vinculan a todos los órganos del Estado, que en este caso el órgano jurisdiccional no es sometido a evaluación “externa” de constitucionalidad, sino que sigue tratándose de controles ‘internos’ al poder judicial. Este no es, ciertamente, el caso del Poder Legislativo y la Administración, en contra de quienes suele esgrimirse el mismo principio que frente a la jurisdicción se calla: *nemo iudex in sua causa*. Este tampoco es el caso del Ministerio Público, cuando le corresponde comparecer en tanto recurrido. Sin embargo, la crítica —sobre la que volveré más abajo en la sección 4— subsiste, pues el órgano de persecución criminal es, justamente, ajeno al poder judicial.

¹³⁰ Mosquera y Maturana (2010), pp. 334-335. Se ha sugerido alguna lectura alternativa del recurso de nulidad, aunque con escaso sustento en la práctica jurisprudencial. Si, como sugiere Silva (2010), p. 487, en parte importante de los recursos de nulidad se discute la interpretación de la ley y no la aplicación directa de los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, entonces lo que hay es una interpretación conforme de las leyes a lo que dispone aquélla y no un mecanismo de eficacia procesal directa. Se trata, en todo caso, de una lectura en que la referencia a los derechos sigue limitada al control del accionar estatal (del juez) y no de la otra parte. Sin perjuicio de esto, véase Capítulo IV: “Titularidad de los derechos fundamentales”.

¹³¹ Agradezco a Mauricio Duce la referencia que al respecto me hiciera.

La situación, en cambio, es distinta en materia laboral. Allí sí es posible que particulares (trabajadoras) puedan invocar derechos fundamentales directamente en contra de otro particular (la empleadora), para lo cual cuentan, además, con mecanismos de eficacia procesal directa¹³². Así, Ugarte ha dicho que el mecanismo de tutela laboral introducido por la Ley 20.087, “viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de este tipo de derechos [los fundamentales] en las relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo. Y más que eso: se trata no sólo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, sino de su eficacia inmediata o directa en cuanto la acción procesal se ejerce directamente por el trabajador en contra del otro particular involucrado [...] —el empleador—”¹³³.

¿Opera el recurso de protección como un mecanismo de eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales?¹³⁴ La respuesta a esta pregunta no es pacífica. La doctrina tradicional afirma que el recurso de protección sí permite la eficacia directa de derechos fundamentales. Según dispone el artículo 20 de la Constitución, podrá recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva el “que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 [...]”.

Para parte importante de la doctrina nacional, es la forma amplia en que el enunciado constitucional consagra la acción de protección lo que la lleva a afirmar que ella instituye un mecanismo de eficacia procesal directa de los derechos fundamentales entre particulares. A lo anterior debe sumarse que la propia consagración constitucional establece en forma amplia (o indeterminada) la figura del agente que con su acción u omisión puede afectar derechos protegidos. A diferencia de lo que dispone su inciso 2º, que habilita la interposición del recurso en caso de afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sólo si el acto u omisión es “imputable a una autoridad o persona determinada,” para el resto de los derechos tutelados por la acción no existe tal constreñimiento. Así, para Nogueira el recurso de protección es un mecanismo de tutela de los derechos fundamentales que puede interponerse “contra de quien quiera que [los] hubiere” afectado,¹³⁵ también “frente a particulares”¹³⁶. El resto de la doctrina lo sigue de cerca.¹³⁷

¹³² Una opinión distinta tiene Silva (2011), para el que tutela laboral comprende un modelo de aplicación de derechos fundamentales medida por la ley. En lo que se ha venido diciendo acá, se trataría —en su concepto— de una variante de irradiación antes que una de eficacia directa de derechos fundamentales. En sentido similar Huepe (2010), pp. 178-180.

¹³³ Ugarte (2007), p. 61.

¹³⁴ Véase, por todos, Nogueira (2003), p. 74. En este trabajo no se aborda, aunque se anota, la tesis sostenida, entre otros, por Bulnes (1998) y Fernández (2001). En términos casi idénticos, afirman que, en virtud de la eficacia normativa directa de la Constitución, “los tribunales deben acoger la acción, aunque no exista un recurso específico y un procedimiento que los resguarde”. Bulnes (1998), p. 140. ¿Qué hacer, en ese caso? “[E]l órgano convocado a darle tal aplicación deberá, incluso, configurar aquel procedimiento acudiendo a las normas del Derecho Común o, en último término, a los principios y reglas generales del Derecho”. Fernández (2001), p. 79.

¹³⁵ Nogueira (2003), pp. 222-223.

¹³⁶ Nogueira (2007b).

¹³⁷ Cea (2012), p. 669. Cea construye al sujeto pasivo sobre la base de las mismas características del sujeto activo—el primero, dice, es de “amplitud idéntica” al segundo. Para efectos de lo que acá interesa, a saber, destacar la posibilidad de reclamar la vigencia de derechos fundamentales entre particulares, esto es suficiente. Sin embargo, es evidente que Cea incurre en un error; la identidad amplia del sujeto activo por supuesto que no coincide con la del sujeto pasivo del recurso, pues en este último caso debe incluirse, además —y como denota la extendida práctica del recurso— a órganos del Estado. Estos, por cierto, carecen de titularidad para impetrar

En la vereda opuesta, algunas voces sostienen que, tanto por una cuestión de diseño como, en especial, por una de práctica, la acción de protección no ha configurado “una práctica sólida de aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares”¹³⁸. Desde luego, y contra quienes afirman que el recurso de protección evidencia un modelo de aplicación directa de la Constitución, podría objetarse que, siendo fieles al texto constitucional, no puede dejar de desconocerse que sólo algunos derechos se encuentran protegidos por la acción de protección. ¿Qué ocurre, por tanto, con los demás derechos no listados en el artículo 20? ¿Carecen esos derechos de aplicación directa? ¿Posee la supremacía constitucional límites, contrario a lo que se había dicho antes, al momento de pretender vigor en las relaciones entre particulares?¹³⁹

Pero hay razones más poderosas. El recurso de protección, si se examinan con cuidado los requisitos que el artículo 20 de la Constitución establece para su éxito, procede sólo contra acciones u omisiones ilegales o arbitrarias¹⁴⁰. De este modo, el recurso de protección no permite la aplicación directa de la Constitución en tanto las disposiciones de ésta, incluidas las de derechos fundamentales, se encuentran supeditadas a la legalidad de la acción u omisión de que se trate¹⁴¹. Así, si la acción (u omisión) es legal, los derechos fundamentales no poseen aplicación alguna y el recurso debe rechazarse¹⁴². Antes un escenario tal, “la Corte de Apelaciones nada puede hacer para amparar el derecho fundamental lesionado [...]”¹⁴³. En cambio, sólo si la acción (u omisión) es ilegal, puede proceder a examinarse la alegada amenaza, perturbación o privación de alguno de los derechos que enlista el artículo 20. En el mejor escenario, entonces, la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se encuentra mediada por la legalidad, por lo que no se trataría de un mecanismo de eficacia procesal directa¹⁴⁴.

Desde el punto de vista de la práctica que ha acompañado al recurso de protección, por su parte, tampoco es cierto que éste haya servido para dotar de eficacia horizontal a los derechos fundamentales. La acción en comento opera, más bien, como una acción precautoria¹⁴⁵, de urgencia (como alternativa a la autotutela)¹⁴⁶, o de carácter instrumental¹⁴⁷ que, justamente por ello (o por todo ello), hace imposible construir jurisprudencia sobre derechos fundamentales¹⁴⁸. La proliferación de acciones de protección entre particulares, antes que permitir afirmar el efecto horizontal de derechos fundamentales, ha contribuido a

la acción. Además de Cea, Soto (1982), pp. 311-312; Verdugo y Pfeffer (1994), pp. 334-335; Navarro (2012b), p. 641, afirmando que la tutela efectiva de los derechos procede contra autoridades y particulares, una verdadera “revolución silenciosa”.

¹³⁸ Tomado de la pregunta que formula Gómez (2005), pp. 62-63.

¹³⁹ Por supuesto que estas preguntas tienen sentido, para la discusión que acá se aborda, solo si se considera que esos derechos que carecen de “capacidad jurídica para su imposición” siguen siendo derechos. Alexy (2002), pp. 181-183.

¹⁴⁰ Silva (2010), p. 486.

¹⁴¹ Silva (2010), p. 491.

¹⁴² A menos que el acto o la omisión sea arbitrario y que la arbitrariedad se configure, a su turno, con la infracción de la propia Constitución. Lo mismo, claro está, suele discutirse con respecto a la legalidad, aunque sobre esto último vuelvo luego.

¹⁴³ Gómez (2005), p. 25.

¹⁴⁴ Como afirma Marshall, “el recurso de protección no procede contra los actos provenientes de particulares, pues éstos no pueden afectar derechos fundamentales”. Marshall (2010), p. 68.

¹⁴⁵ Marshall (2010), p. 68.

¹⁴⁶ Bordalí (2006); Jana y Marín (1996), pp. 86-95.

¹⁴⁷ Gómez (2005), p. 77.

¹⁴⁸ Bordalí (2011), pp. 68-71.

vulgarizar —dice Gómez— el derecho constitucional y los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales, así, son degradados al permitir que se confundan las posiciones amparadas por derechos con otro tipo de resoluciones cautelares, instrumentales, u de otro tipo semejante, donde los derechos son un pretexto para ese tipo de resoluciones frágiles que podría adoptar cualquier juez del sistema.

La concepción imperante del recurso de protección entre particulares, podría concluirse, no implica, entonces, la aplicación de los derechos constitucionales a situaciones entre particulares, sino que, más bien, la disolución de los derechos en la legalidad o institucionalidad vigente¹⁴⁹.

Sin embargo, debe hacerse mención a dos precauciones finales. En primer lugar, es preciso advertir que la misma práctica es la que ha alentado la confusión respecto al efecto horizontal de los derechos. Pues no es poco frecuente encontrar decisiones de los tribunales superiores de justicia en que los mismos derechos fundamentales identificados en el artículo 20 sirven de parámetro para configurar la ilegalidad¹⁵⁰. De esta suerte, el derecho constitucional cuya amenaza, perturbación o privación se reclama, cumple un doble papel; de una parte, se incorpora al bloque de legalidad contribuyendo a configurar la ilegalidad del acto u omisión, y, de otra, aparece como derecho afectado por esa misma ilegalidad que el mismo derecho configuró. En segundo lugar, y en un sentido distinto, aunque relacionado, debe anotarse que el recurso de protección procede no solo frente a hipótesis de ilegalidad, sobre lo cual ya se ha dicho suficiente arriba, sino que, también, frente a acciones u omisiones arbitrarias. En este sentido, es posible que un particular actúe u omita actuar arbitrariamente y que, como consecuencia de esa arbitrariedad, infrinja derechos fundamentales de otro particular. Si la arbitrariedad se entiende como la falta manifiesta de fundamento para actuar o dejar de actuar, o como el mero capricho que gobierna la acción o inacción de aquel cuya infracción se reclama, entonces la primera pregunta que debe responderse es si acaso la obediencia a las leyes y regulaciones vigentes son una razón que elimina la antijuridicidad constitucional de la acción u omisión. En algunas ocasiones, así lo han entendido las cortes.

¹⁴⁹ El sentido en el que Gómez (2005), pp. 77-78 se refiere a la vulgarización del derecho constitucional, como se aprecia, implica la imposibilidad de una dogmática de los derechos fundamentales. Como lo afirma Aldunate (2008), p. 365, se produce “un notable empobrecimiento conceptual en el ámbito de los derechos fundamentales constitucionales”. Se trata de una forma de vulgarización distinta de la que se suele reclamar y que, más bien, apunta a reclamar por la constitucionalización del derecho en la informalidad y falta de precisión conceptual de los derechos fundamentales; una “vulgarización por constitucionalización”, como afirmara Correa (2005). Bordali (2011), p. 59, las trata en conjunto, no obstante diferenciándolas adecuadamente. Accatino (2007), pp. 24-7, por su parte, afirma que todo lo anterior atenta contra la certeza jurídica. La proliferación de acciones de protección entre particulares —sostiene— sustituye la ley por la decisión judicial de turno. Quizá ello se debe, como afirmó Peña (1996), p. 155, a que la introducción de un mecanismo de eficacia directa de derechos fundamentales se hizo en el contexto de una práctica argumentativa que no se había desarrollado lo suficiente (“una práctica constitucional procesalmente avanzada pero argumentativamente arcaica,” fueron sus palabras). Aunque Atria (2000), p. 389 observó —adecuadamente para lo que acá se discute— que, una de las razones para la vulgarización del derecho por constitucionalización, estriba, precisamente, en que se trata de una “práctica constitucional [que] es procesalmente avanzada porque es argumentativamente arcaica”. Reclamando que la vulgarización no es otra cosa que una etiqueta académica y estudiantil que desconoce la relevancia de los derechos fundamentales, por su parte, Ruiz-Tagle (2005).

¹⁵⁰ A modo de ejemplo, véanse las decisiones sobre derecho a la vida que se reproducen en Gómez (2005), pp. 257-262, donde la ilegalidad se construye o por referencia al derecho mismo o por referencias vagas e imprecisas al ordenamiento jurídico, así, en términos generales. O las decisiones sobre privacidad que se exponen en Figueroa (2014), donde el derecho a la vida privada funda la ilegalidad (pp. 221-225, 333) o donde las cortes hablan de ilegalidad o arbitrariedad de manera indistinta (p. 268).

Pero hay otras ocasiones, concordantes, debiera decirse, con el texto constitucional, en que las cortes han tratado la arbitrariedad como una forma de antijuridicidad autónoma. En estos casos hay, a su turno, dos posibilidades. Primero, que las cortes entiendan que la arbitrariedad es consecuencia de la afectación de derechos, situación en la que la hipótesis de antijuridicidad subsume la afectación de derechos. Tiene poco respaldo en el texto constitucional, sin embargo ocurre (tal como ocurre, como se indicó antes, con la ilegalidad construida a partir de la inconstitucionalidad) y allí se podría hablar de una hipótesis de aplicación directa de derechos fundamentales. Segundo, es posible que la hipótesis de arbitrariedad se construya con presidencia de los derechos constitucionales cuya afectación se reclama, hipótesis que encuentra más respaldo en el texto constitucional. En un caso tal, donde la arbitrariedad se construye a partir de alguna teoría de la justicia, entonces la aplicación de derechos fundamentales está mediada por esa teoría (o por la arbitrariedad) y, entonces, no hay aplicación directa de derechos fundamentales. La pregunta que debiera encararse es si acaso están los jueces y las juezas en posición de sostener una teoría de la justicia en el contexto de una acción judicial de las características del recurso de protección (o de cualquier otra)¹⁵¹.

3.3. El Tribunal Constitucional

A modo de conclusión, vale advertir que parte importante de las doctrinas relativas al (i) carácter jurídico y (ii) vinculante de la Constitución, así como (iii) al papel que cabe a la jurisdicción constitucional en tanto prenda de garantía de la supremacía constitucional y (iv) al efecto horizontal de los derechos fundamentales, han sido recogidas en decisiones del Tribunal Constitucional. A efectos ilustrativos se mencionan sólo algunas de esas decisiones¹⁵², para centrar la atención en la forma en que el Tribunal Constitucional ha entendido que los derechos fundamentales se incorporan en las relaciones contractuales entre privados, alterando, de este modo, el régimen tradicional de destinatarios de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, en primer lugar, no tiene dudas respecto (i) al carácter jurídico de la Constitución. Para el Tribunal Constitucional, la Constitución es una ley y éste, por su parte, el órgano jurisdiccional encargado de su aplicación. En la sentencia Rol N° 325, el Tribunal Constitucional sostuvo, citando con aprobación a Lucas Verdú, que “a diferencia de las leyes ordinarias la Constitución es una superley, es una ley fundamental”¹⁵³. Se trata de un asunto de jerarquía —como el mismo Tribunal Constitucional lo reitera—, no uno de especie¹⁵⁴.

En tanto norma jurídica, (ii) la Constitución no necesita ser mediada por la intervención legislativa para producir efectos: “el irrestricto respeto de los derechos fundamentales, en el marco de sus límites legítimos, constituye un imperativo derivado de la observancia del principio de supremacía constitucional que obliga a todos los órganos del Estado, según lo preceptuado en el artículo 6° inciso primero”¹⁵⁵ de la Constitución. Se trata de una norma, como ha dicho textualmente en otra parte, que consagra la fuerza obligatoria

¹⁵¹ Agradezco a Rodolfo Figueroa una conversación con respecto a este punto.

¹⁵² Parte importante de ellas están tomadas del compendio de jurisprudencia que el propio Tribunal Constitucional (2015) ofrece.

¹⁵³ STC Rol N° 325-01, cons. 13°.

¹⁵⁴ STC Rol N° 325-01, cons. 13°.

¹⁵⁵ STC Rol N° 521-06, cons. 27°.

directa de la Constitución¹⁵⁶ y cuyos derechos, a su turno, son “facultades subjetivas reconocidas a su titular”¹⁵⁷.

El Tribunal Constitucional, del mismo modo, considera que su propia existencia es (iii) prenda de garantía para la sujeción del Estado a la Constitución, a sus normas, valores y principios. Así, ha sostenido que, “la jurisdicción constitucional se proyecta así como una de las garantías básicas del Estado Constitucional de Derecho y del régimen democrático. En efecto, el poder público en todas sus manifestaciones debe someter siempre su quehacer a la Constitución Política de la República. Por su lado, la jurisdicción constitucional debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete”¹⁵⁸.

Finalmente, para el Tribunal Constitucional no cabe duda que, siendo las disposiciones de la Constitución normas cuya eficacia no depende de mediación legislativa, estas también (iv) gobiernan de igual forma las relaciones entre particulares¹⁵⁹. Ya lo había señalado, embrionariamente, en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 46-87, al señalar que los preceptos de la Constitución “no son meramente declarativos, sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”¹⁶⁰.

Y ello es porque, para el Tribunal Constitucional, el alcance del principio de supremacía constitucional es universal¹⁶¹. Ahora bien, resulta interesante señalar que el Tribunal Constitucional ha advertido que el efecto horizontal puede adoptar dos modalidades —ambas antes identificadas en este trabajo. Una modalidad de aplicación directa, esto es cuando la Constitución y sus preceptos operan como las normas jurídicas que resuelven la contienda, o bien de modo mediato o indirecto, cuando las disposiciones legales específicas que regulan la materia sobre la que versa la contienda se interpretan de conformidad a la Constitución. Curiosamente, esto es, pese a las declaraciones sobre el alcance universal de las disposiciones constitucionales, para el Tribunal Constitucional la hipótesis de aplicación directa e inmediata de la Constitución se reserva para los casos en que se evidencia “ausencia de previsiones normativas” específicas¹⁶². Y esto es crucial para entender el alcance del efecto horizontal desarrollado en sede de justicia constitucional.

Estas ideas, como digo, embrionariamente desarrolladas en 1988, fueron implementadas con mayor fuerza en un cúmulo de decisiones que el Tribunal Constitucional dictó en materia de alza unilateral de los precios de los planes básicos de las ISAPRE. Allí, el Tribunal Constitucional no tuvo dudas en cotejar las disposiciones legales que regulan los

¹⁵⁶ STC Rol N° 943-07, cons. 14°.

¹⁵⁷ STC Rol N° 1173-08, cons. 10°.

¹⁵⁸ STC Rol N° 1254-08, cons. 23°.

¹⁵⁹ Por supuesto que, como diré luego, estas afirmaciones deben situarse en el contexto específico en que se pronuncian; ya sea vigilando la aplicación de preceptos legales *conforme* a la Constitución (más abajo en 4.1 vuelvo sobre este punto), ya controlando la *constitucionalidad* de las disposiciones legales vigentes. En ambos casos, la contraparte es un órgano del Estado habilitado constitucionalmente para producir normas jurídicas y no, en cambio, otros particulares.

¹⁶⁰ STC Rol N° 46-87, cons. 21°.

¹⁶¹ STC Rol N° 567-06, cons. 4°.

¹⁶² STC Rol N° 2626-14, cons. 23°.

contratos privados de prestación de salud con los derechos fundamentales, y leer las cláusulas de los primeros a la luz de los segundos. Así, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 976-07, el Tribunal Constitucional afirma que los particulares también tienen el deber de respetar y promover los derechos (nótese el lenguaje de destinatario que emplea el Tribunal), “aunque sea subsidiariamente”¹⁶³. En la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287-08 lo vuelve a afirmar: “cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos”¹⁶⁴.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, como se advierte, se refiere a una vigencia subsidiaria de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Esto quiere decir que las regulaciones legales, administrativas y contractuales específicas que gobiernan a las entidades privadas que intervienen (por ejemplo, prestando servicios) en asuntos vinculados a derechos fundamentales, se ven sujetas a una nueva comprensión de esas regulaciones que resulta influenciada (aunque no exclusivamente) por los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional lo dice de este modo: “Que, como consecuencia de lo afirmado, cabe concluir que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana”¹⁶⁵.

Esto es no otra cosa que una de las variantes del efecto horizontal de los derechos fundamentales, los que, así, se leen a través (y no en vez) de las regulaciones legales, administrativas y contractuales específicas que regulan la relación jurídica¹⁶⁶. En efecto, la inaplicabilidad se dirige contra las consecuencias inconstitucionales que se pueden seguir de la aplicación de un precepto legal y por ende contra el Estado y sus órganos, no contra otro particular—que, no obstante, se ve alcanzado por los efectos de la decisión¹⁶⁷. Lo que ocurre es que, en este tipo de casos, hay algo más. Ese algo más se advierte cuando se presta atención al contexto altamente regulado en que se verifican este tipo de contratos¹⁶⁸. Y ello es porque las ISAPRE no son (simplemente) un particular más, sino que instituciones que están habilitadas constitucionalmente para el desarrollo de una determinada actividad¹⁶⁹. Esa

¹⁶³ STC Rol N° 976-07, cons. 34°.

¹⁶⁴ STC Rol N° 1287-08, cons. 35°. Y agrega en el cons. 36° —resumiendo, en parte, todo lo que se ha venido señalando hasta acá— que, “lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la *fuerza normativa* que singulariza a la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se *irradia al ordenamiento jurídico entero*, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la *supremacía* que es propia de ella (los destacados me pertenecen)”.

¹⁶⁵ STC Rol N° 1287-08, cons. 40°. Es cierto que acá el TC solo se refiere a las regulaciones legales y administrativas. Sin embargo, la idea de primacía de los derechos fundamentales por sobre las convenciones particulares las desarrolla a continuación.

¹⁶⁶ Lo que no implica, desde luego, que esas regulaciones y, en especial, su comprensión (judicial, legislativa, doctrinaria, etc.) perviva de la forma en que siempre se la entendió.

¹⁶⁷ Una opinión distinta sostiene Aldunate (2008), p. 480-481, quien advierte que, por esta vía, los particulares se transforman “en verdaderos órganos al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales de otro”.

¹⁶⁸ Algunos, como Núñez (2011), p. 57, nota que una comprensión tal del contrato de salud supone “escindi[rlo] de la familia de los seguros mercantiles para pasar a forma parte del sistema de seguros sociales”.

¹⁶⁹ La expresión habilitación denota una lectura benevolente con la Constitución. En verdad no se trata solo de una habilitación, sino que—en especial por la práctica política que ha acompañado a estas disposiciones—de un conjunto de negocios reservados a algunas instituciones privadas. Lo que ocurre es que estas instituciones

habilitación, sin embargo, de las lecturas que la miran como espacio de autonomía para el desarrollo de actividades empresariales (la libertad de enseñanza, como se la había entendido hasta hace poco, es otro ejemplo), se confiere para el desarrollo de asuntos de interés público que encuentran en los derechos, antes que un puro límite, una habilitación para la regulación¹⁷⁰. Se trata, como afirma el Tribunal Constitucional, de sectores regulados que invitan al legislador, por ejemplo, a “fija[r] la forma que adoptan las personas jurídicas en el ámbito bancario, financiero, de instituciones de salud previsional, de administradoras de fondos de pensiones, etc.”¹⁷¹. Este criterio fue tomado en cuenta por el Tribunal Constitucional para interpretar los contratos de salud previsional al amparo (indirecto, como digo) de los derechos fundamentales involucrados¹⁷².

4. ¿A toda persona, institución o grupo?

En la parte final de este capítulo se abordan, brevemente, dos aspectos que ayudan a matizar algunas de las afirmaciones relativas a destinatarios de derechos fundamentales que se han venido analizando hasta acá. Por una parte, (4.1) esta sección se pregunta sobre la situación del órgano jurisdiccional. Si la concreción de la supremacía constitucional se verifica sujetando a los órganos del Estado —a todos ellos, como dispone el artículo 6º— a un control externo de constitucionalidad de sus acciones, ¿cómo explicar que el órgano jurisdiccional esté al margen de ese tipo de control y, sin embargo, no deje de hablarse de supremacía constitucional? La conclusión, como se dirá, es que o bien la supremacía constitucional no alcanza a todos los órganos del Estado (lo que deberíamos rechazar) o bien

estiman que, desarrollando los negocios constitucionalmente reservados, deben ser tratados como cualquier otro privado y sujetarse al estatuto legal privado. En la STC Rol N° 976-07 en comento, el TC condensa estos dos aspectos en una sola referencia al advertir (echando mano a esa práctica política) la reserva del negocio, de una parte, y (contrario a las expectativas del empresario de esos negocios) la mayor carga que esa reserva trae de la mano, de otra. Dice: “Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza” STC Rol N° 976-07, cons. 36º.

¹⁷⁰ En otras legislaciones, esta categoría de intervenciones privadas—y su consiguiente espacio para la regulación—es expresamente recogida. Nótese, a modo ejemplar, el artículo 57 de la Ley de jurisdicción constitucional de Costa Rica, citado por Aldunate (2008), p. 214, n. 383: “El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales.”

¹⁷¹ STC Rol N° 2787, cons. 45º.

¹⁷² Así, por ejemplo, y para insistir en este punto, en STC Rol N° 1287-08 el Tribunal Constitucional sostuvo, “Que lo razonado resulta aún más evidente en los casos en los que la relación convencional entre sujetos de derecho privado halla reconocimiento o amparo constitucional, sea directo o indirecto pero inequívoco, como medio a través del cual uno de ellos, en cuanto manifestación del principio de subsidiariedad articulado en el Código Político, da satisfacción al ejercicio legítimo de derechos esenciales, en este caso de la contraparte, como sucede con los estipulados en el contrato de salud, celebrado entre una Institución de Salud Previsional y un particular determinado, respecto del atributo asegurado a este último en el artículo 19, N° 9º, inciso final, de la Carta Política” STC Rol N° 1287-08, cons. 42º.

Este argumento está desarrollado en Lovera (2011), pp. 110-113. Se trata, por cierto, de una interpretación que se ha venido acomodando dentro de la lectura que ha acompañado a la Constitución de 1980; una que mira al Estado, sea en su rol empresario o en su actividad regulatoria, con sospecha y que reclama, por ello, restricción. Al respecto, véase Viera (2015), pp. 150-158. Sobre los límites de esta posibilidad, Atria (2014), pp. 213-222.

que es posible aceptar modelos de control interno (esto es, controles no ajenos al órgano dotado de facultades creadoras de normas).

En segundo lugar, (4.2) se revisarán algunas voces que llaman a repensar la lectura que se ha hecho del artículo 6º, inciso 2º respecto de los particulares. Estas voces sugieren que los niveles de vinculación a la Constitución y sus normas son distintos tratándose de órganos del Estado y particulares. Mientras los primeros están sujetos directamente a la Constitución, lo que es en parte inescapable siendo que la Constitución determina parte importante de sus competencias y facultades, los segundos se encuentran vinculados a ella solo de modo mediato, esto es, previa intervención de algún órgano del Estado que, revestido de facultades productoras de normas, vincula al particular (indirectamente) con la Constitución.

4.1. El control externo como concreción de la supremacía constitucional

Carlos Fayt, comentando sobre la revisión judicial en tanto arreglo institucional neoconstitucional, sostuvo que la fuerza de la Constitución era de tal envergadura que ella era oponible no sólo respecto de los poderes del Estado, sino que contra cualquier otra persona. En sus palabras: “Si la Constitución es la ley fundamental y suprema [...] deben los jueces velar por la observancia de todas y cada una de sus normas, principios, declaraciones y garantías contra cualquier avance de los otros poderes y aun del pueblo mismo”¹⁷³. En Chile es posible encontrar voces similares. Según el profesor Aldunate, la concreción del carácter vinculante de la Constitución para el legislador se verifica en “sistemas de control de constitucionalidad que son entregados a órganos jurisdiccionales”¹⁷⁴. Lo propio podría afirmarse del gobierno y la administración del Estado.

Ahora bien, ¿puede decirse que, en Chile, todos los órganos del Estado estén sujetos a controles de constitucionalidad? La pregunta no es trivial pues, si la supremacía constitucional depende en su *concreción* del hecho (normativo que redundaría en diseños institucionales adecuados para) que todos los órganos del Estado estén sujetos a sistemas de control de constitucionalidad, entonces que algunos de ellos queden fuera de esa tutela echa por tierra al principio (así como se lo presenta) o, lo menos, atenúa su fuerza.

Acá quiere afirmarse que esa es la situación de los órganos jurisdiccionales. Que respecto a ellos o bien el principio se concreta por medio de mecanismos internos de control o bien que el principio posee fuerza atenuada en comparación a los demás órganos del Estado. Esta idea amerita una breve explicación. Como acertadamente lo ha indicado Aldunate, en nuestro esquema constitucional “no existe una regla específica que vincule el actuar de los tribunales del capítulo VI de la Constitución al derecho o a la ley [...]”¹⁷⁵. Es más, en lo que respecta al respeto del debido proceso, el sometimiento de los órganos jurisdiccionales a sus principios se encuentra mediada, por mandato constitucional expreso, a la regulación legislativa de los procedimientos¹⁷⁶. Esto es —sostiene Aldunate— una deficiencia: “no

¹⁷³ Fayt (1988), p. 25.

¹⁷⁴ Aldunate (2008), p. 183.

¹⁷⁵ Aldunate (2008), p. 199.

¹⁷⁶ Aldunate (2008), p. 200.

someter al órgano jurisdiccional” a la exigencia de respetar un procedimiento justo y racional y, por tanto, dejarlo sometido solo al principio de legalidad¹⁷⁷.

Descartado que en el ejercicio de la función jurisdiccional se permita cuestionar constitucionalmente la forma en que se garantiza el debido proceso (lo que ya denota, aunque de forma leve, una atenuación de la fuerza vinculante de la Constitución), resta preguntarse qué ocurre respecto al fondo de los asuntos que los tribunales ordinarios deben resolver, esto es, respecto a la interpretación de la ley. Una primera respuesta a esta pregunta, anotada antes, es advertir que los tribunales ordinarios tienen el deber de interpretar las leyes conforme a la Constitución.

¿Se someten esas interpretaciones a controles ajenos al órgano jurisdiccional? ¿Qué hay del control externo al poder judicial? Desde el punto de vista del diseño institucional, Chile carece de un sistema de control constitucional del resultado de la actividad jurisdiccional (similar a lo que ocurre en el modelo del amparo colombiano¹⁷⁸ y en otras experiencias comparadas)¹⁷⁹. De conformidad a la forma en que está diseñado el modelo de control de constitucionalidad, donde el Tribunal Constitucional carece de una “posición en la jurisdicción que le permita revisar la juridicidad de la sentencia de término de la gestión... la última palabra la tiene los tribunales donde está radicada la gestión [...]”¹⁸⁰.

Hay, desde luego, un sector importante de la doctrina que no comparte esta evaluación. Para este sector, que presta especial atención a la práctica del Tribunal Constitucional, este intenta, de algún modo, disciplinar las lecturas de los derechos fundamentales que realizan los tribunales ordinarios. ¿Cómo? Primero, se le ha sugerido que los tribunales de control de constitucionalidad dictan un tipo de sentencias que, además de resolver la contienda específica, instruyen al resto de los poderes (o esa es su pretensión) sobre la forma adecuada en que debe leerse e interpretarse la Constitución. Estas son las denominadas sentencias interpretativas¹⁸¹. Se ha dicho, también, que el recurso de inaplicabilidad se ha venido configurando como una suerte de amparo imperfecto¹⁸². Esto quiere decir que por medio del recurso de inaplicabilidad, en virtud de su faz concreta de control (esto es una decisión sobre un “litigio o proceso real y verdadero”)¹⁸³, el Tribunal Constitucional termina, inevitablemente, haciendo pesar sus consideraciones en la decisión de fondo¹⁸⁴. Esto resulta aún más problemático si se advierte que parte importante de la

¹⁷⁷ Aldunate (2008), p. 200.

¹⁷⁸ Véase, Corte Constitucional colombiana, T-006/1992, 12 de mayo de 1992, que en el punto 6 de sus fundamentos jurídicos dispuso: “Sin embargo, tratándose de acciones de tutela, la pretensión de defensa relativa al derecho fundamental violado o amenazado debe plantearse ante una instancia distinta de la presuntamente infractora y el fallo que se produzca podrá impugnarse ante el juez competente. La Constitución edifica una múltiple garantía de protección en favor de la víctima de la violación de un derecho fundamental: la acción de tutela ante el juez competente, la impugnación del fallo de tutela y su eventual revisión por la Corte Constitucional. Se consagra así, por voluntad del propio constituyente, para las controversias sobre violación de derechos fundamentales por autoridades públicas, el principio de la doble instancia judicial, a lo cual, se agrega la eventual revisión del fallo de tutela por parte de la Corte Constitucional. Este conjunto de garantías, que configuran un verdadero derecho constitucional para reclamar de las autoridades una conducta de obediencia estricta a los derechos fundamentales de los ciudadanos, sería nugatorio si sólo pudiese ejecutarse ante las mismas autoridades públicas que las vulneren.”

¹⁷⁹ Gómez (2013), pp. 244-255.

¹⁸⁰ Gómez (2013), p. 62. Para Gómez, esto es una deficiencia en el modelo.

¹⁸¹ Bordali (2007), pp. 454-6.

¹⁸² Cazor y Pica (2009).

¹⁸³ Cazor y Pica (2009), p.28.

¹⁸⁴ Cazor y Pica (2009), p.28.

práctica constitucional que el Tribunal Constitucional ha desarrollado a propósito de la inaplicabilidad discurre sobre razonamientos de carácter abstracto. Finalmente, se ha señalado que en la práctica, el Tribunal Constitucional ha retenido en el mismo procedimiento de inaplicabilidad algunas atribuciones propias de la jurisdicción de fondo. El profesor Manuel Núñez, por ejemplo, afirma que el Tribunal Constitucional, al momento de ejercer sus facultades de inaplicabilidad, retiene dos facultades que son propias de la jurisdicción de fondo y que vendrían a disciplinar las decisiones de los jueces de esta última instancia: su intervención en la determinación de la (adecuada) interpretación conforme de la ley y la capacidad para controlar el ámbito de aplicación de las leyes¹⁸⁵.

Que el Tribunal Constitucional actúe de esta manera es ya objeto de cuestionamientos desde el punto de vista teórico, y en ello llevan razón las voces que alertan sobre su operación¹⁸⁶. Sin embargo, se ha sostenido, también, que es discutible que en la práctica esto haya ocurrido de modo extendido¹⁸⁷. Y, en todo caso, de haber ocurrido, da pie, precisamente, para criticar la forma en que el Tribunal Constitucional ha mal comprendido o se ha excedido en sus atribuciones¹⁸⁸ o, como afirma Núñez, para cuestionar el carácter del Tribunal Constitucional en tanto lector supremo y exclusivo de la Constitución¹⁸⁹. Dicho de otro modo,

¹⁸⁵ Núñez (2012), pp. 223-26. Gastón Gómez, en cambio, aunque sin negar el efecto de las decisiones de inaplicabilidad sobre juicios ordinarios, sostiene que “la interpretación de la ley y la resolución del conflicto subyacente al caso siguen siendo facultades exclusivas del tribunal de fondo y de las Cortes”. Gómez (2013), p. 21.

¹⁸⁶ Aldunate (2010), p. 89 n.23; Bordalí (2007), pp. 47-48.

¹⁸⁷ Cazor y Pica (2009), p. 37, por ejemplo, califican su análisis al sugerir que la inaplicabilidad opera como amparo imperfecto a condición de entender que opera como “medio indirecto de revisión de actos procesales” y siempre y cuando la inaplicabilidad se presente estando la gestión pendiente en etapa de apelación o casación. Como lo reconocen los autores, se trata de un supuesto (con base en la práctica que revisan del TC, en todo caso), por cuanto, afirman, “si el asunto [que se somete a consideración del TC por medio de un recurso de inaplicabilidad] contare con sentencia definitiva (o incluso sentencia interlocutoria), se produce un alcance revocatorio de la sentencia dictada en primera instancia si el asunto se encontrare en sede de apelación y un alcance casatorio de la sentencia si el asuntos se encontrare en sede de casación” (p. 29).

Pero en esos casos, las sentencias definitivas de primera instancia serían dejadas sin efecto, no por la sentencia del Tribunal Constitucional, claro está, sino por la interpretación conforme del tribunal de apelación o casación (según sea el caso) realice en concordancia con los lineamientos establecidos por aquél, como afirma Gómez (2013), p. 58. Pero esto, justamente, es lo que no resulta claro que ocurra como práctica en la relación entre tribunales ordinarios y judicatura constitucional. Como se ha dado cuenta por alguna doctrina, se trata de un diálogo (de serlo) que ha sido poco fecundo y que podría mejorarse introduciendo una suerte de casación unificadora constitucional, como propone Bordalí (2007), p. 65, ejercitando una ‘lealtad constitucional’ entre TC y tribunales ordinarios, según Núñez (2012), p. 227, o creando las condiciones jurisprudenciales para configurar el ‘nexo funcional’ entre las dos jurisdicciones, de acuerdo a Zúñiga (2010), pp. 424-5.

¹⁸⁸ En este sentido Cazor y Pica (2009), p. 37, llamando al Tribunal Constitucional a delimitar los alcances de su control concreto de inaplicabilidad; Aldunate (2008), p. 202, afirmando que el órgano de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes tiene por función verificar el sentido atribuido a la Constitución, pero no el de la ley —lo que “corresponderá a las demás instancias de aplicación del derecho [...]”; Silva (2012), pp. 599-605, afirmando, con otros, que el Tribunal Constitucional utiliza la acción de inaplicabilidad para inmiscuirse, a pesar de sus declaraciones en contra, en asuntos de mera legalidad, a saber: relativos a la interpretación de la ley.

¹⁸⁹ Núñez (2012), pp. 223 y 226-227. En el mismo sentido Silva (2012), que, no obstante haber reclamado que el Tribunal Constitucional se inmiscuye en labores propias de los tribunales de instancia, afirma, a un tiempo, que las sentencias del Tribunal Constitucional son relativamente ineficaces (“inútiles”) frente a los tribunales de justicia (pp. 589-599). Otros, como Gómez (2013), p. 244-6, ven en esto un problema de diseño al no haberse determinado los efectos formales de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre los órganos jurisdiccionales. En rigor, afirma, el Tribunal Constitucional “carece de control de la sentencia dictada por los tribunales [...]”. Finalmente, y más allá, Nogueira (2006), pp. 115-119 afirma que, pese a los problemas de

si el Tribunal Constitucional funciona en la práctica como un mecanismo externo de control de las decisiones jurisdiccionales ordinarias, es porque, para bien o para mal, ha configurado una práctica constitucional ajena a (aunque alentada por la ambigüedad de las) regulaciones orgánicas.

De suerte que, tanto por una cuestión de diseño, como por una de práctica institucional y autocomprensión institucional, los tribunales de justicia carecen de un control externo de constitucionalidad. De esto pueden obtenerse, al menos, dos lecturas para efectos de determinar el alcance del artículo 6º, inciso 2º en relación a la justicia constitucional.

La primera es que este estado de cosas no es problemático en tanto, como se ha dicho, el poder judicial cuenta con mecanismos internos que permiten tutelar la vigencia de los derechos fundamentales (como, por ejemplo, el sistema de recursos). Ahora bien, aceptar esta alternativa, supone aceptar que no es cierto que la supremacía constitucional se concrete solo allí donde se dispone de mecanismos externos de control judicial de decisiones gubernativas¹⁹⁰, sino, cosa distinta, que es perfectamente posible —los tribunales de justicia serían un ejemplo— afirmar la existencia de la supremacía constitucional cuando se dispone de mecanismos internos de control. ¿Por qué no admitir un modelo de control interno para los demás órganos del Estado? ¿Por qué la lectura *interna* de unos es considerada prenda de garantía de la supremacía constitucional y la de otros, en cambio, supeditada a control *externo*?¹⁹¹

Responder negativamente a esta pregunta, e insistir en que la concreción de la supremacía constitucional requiere de un órgano externo que controle su respeto, ofrece la segunda lectura — que deberíamos rechazar. Y esta es que en nuestro modelo la Constitución posee una supremacía atenuada¹⁹². Una supremacía que está debilitada no en intensidad, pero sí en alcance; habría órganos del Estado — como el jurisdiccional — que, contrario a lo que dispone el artículo 6º, no estarían obligados por la Constitución — al menos no en la forma en que lo están todos los demás, a saber, sujetos a control externo del resultado de su labor¹⁹³. A lo sumo, como se ha dicho, su control se verificaría influenciando las interpretaciones judiciales de fondo, pero no el resultado de ese juicio como ocurre con la ley —en el caso del legislador— o del acto administrativo —en el de la administración.

diseño —que en su concepto se advierten al no haberse establecido la facultad de revisión constitucional de la “jurisprudencia de los Tribunales ordinarios”— es deber de los tribunales de fondo ‘observar’ los precedentes de la justicia constitucional. Al punto tal, afirma, que su desobediencia implica la violación de la Constitución.

¹⁹⁰ Bordalí (2007), p. 48 afirma que es problemático, además, que en un sistema de estas características (dual) no sea posible la unidad con respecto a la interpretación constitucional.

¹⁹¹ Atria (2002) sugirió que esto se debía a la comprensión (inadecuada) de la Constitución en tanto norma jurídica y, por consiguiente, al especial tipo de desacuerdo que se verifica en derecho (“manifestación de la justicia y la razón”) *vis-à-vis* el desacuerdo político o gubernativo (“de la pasión y el interés”).

¹⁹² Aunque, puede consultarse el trabajo de Silva (2012), quien afirma, analizando el funcionamiento del recurso de inaplicabilidad, que éste ha sido una herramienta ineficaz a la hora de asegurar la supremacía constitucional. La de los tribunales ordinarios y, para lo que acá interesa, la de cualquier otro órgano. Vuelvo sobre estas sugerentes ideas hacia el final de este capítulo.

¹⁹³ Aceptar estas diferentes formas de vinculación a los derechos fundamentales y a la Constitución, nos devuelve a la primera lectura.

4.2. ¿Particulares como destinatarios?

Como se señaló en la sección anterior (3), parte importante de la doctrina ve en el artículo 6º, inciso 2º de la Constitución la fuente del vínculo directo de las particulares a ella. Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, se afirma, se dirigen no solo contra el Estado (efecto vertical), sino que, además, contra toda otra persona (institución o grupo). Esta última relación se denomina en términos generales, como se dijo advirtiendo algunas variantes, efecto horizontal de los derechos fundamentales y asume la posibilidad de concebir a particulares como destinatarios de los derechos fundamentales. ¿Es esto efectivamente así?

Algunas voces han puesto en evidencia la brecha que existiría (o que existe) entre las declaraciones doctrinarias relativas al efecto horizontal de los derechos fundamentales, de una parte, y nuestra práctica constitucional, de otra¹⁹⁴. En efecto, si se miran con cuidado las instancias en que se afirma la existencia de un efecto horizontal de derechos fundamentales, se puede advertir que la vinculación entre derechos fundamentales y particulares es, más bien, mediata que directa¹⁹⁵. Es decir, se requiere de un acto autoritativo que desarrollando el contenido de los derechos fundamentales, y ya no sólo controlando que no se los limite (la misma práctica acá revisada permite sostener esto), vincule, ahora sí, directamente al particular. Así las cosas, ese particular queda vinculado *a derecho* en tanto destinatario de la ley¹⁹⁶. Para decirlo todavía de otro modo, se trata de una aplicación de derechos que tiene lugar en presencia de “previsiones normativas” específicas¹⁹⁷ que así lo demandan, y no por una fuerza universal de la vinculación que establecería la Constitución.

¿Qué podría explicar, entonces, las afirmaciones de nuestra doctrina? Me parece que son varias las razones que explican la distancia entre las afirmaciones respecto de la Constitución y su fuerza vinculante para las particulares, por un lado, y lo que las autoridades que ella establece y las personas hacen (efectivamente) con ella, de otro¹⁹⁸.

En primer término, debe anotarse un acercamiento conceptual a la ley como fuente del derecho que ha sido decisivo para que, parte importante de la doctrina, prefiera obviarla. Una de las principales consecuencias (cuesta, acá, hablar de contribución) del neoconstitucionalismo, ha sido el desplazamiento de la ley como la fuente digna de determinación de los contornos de la libertad¹⁹⁹. Los derechos, en este orden de cosas, sólo

¹⁹⁴ Desde luego que estas voces no solo advierten la brecha práctica entre las declaraciones y la práctica constitucional, sino que, además, afirman los riesgos normativos de una comprensión tal. Al respecto véanse Aldunate (2003) y Marshall (2010).

¹⁹⁵ Marshall (2010), p. 65 habla de un espejismo.

¹⁹⁶ Si bien es cierto que en materia laboral, como antes se indicó, existiría un mecanismo de eficacia procesal directa de derechos fundamentales con el que, además, los derechos fundamentales cobran vigor en las relaciones entre particulares, la verdad es que dicha regulación se encuentra establecida en la ley. Es decir, es en virtud de la ley y no por aplicación directa del artículo 6º que los derechos fundamentales encuentran en el particular un nuevo destinatario de quien exigir su contenido. Acá no estoy diciendo que allí no exista eficacia horizontal de derechos fundamentales entre particulares, sino, cosa distinta, que dicha eficacia ha sido operativizada por la ley.

¹⁹⁷ Acá rescato en un sentido diverso la expresión a que recurriera el STC Rol N° 2626-14, cons. 23º, citado antes.

¹⁹⁸ He tomado estas referencias de Sager (2004), p. 1, para quien la Constitución, sin más, es un “pedazo de papel”. Lo que “hace interesante a una Constitución es lo que la gente hace con ella... el conjunto de tradiciones e instituciones que se han desarrollado a su amparo y que la hacen parte importante de nuestra vida política” y jurídica, agregaría para nuestra comunidad.

¹⁹⁹ Aldunate (2003), pp. 27-33.

pueden protegerse en la medida que se encuentren recogidos en las constituciones. Las constituciones, a su turno, gozando de fuerza normativa propia no requieren de una ley que los operativice. ¿El resultado? La indignidad de la legislación²⁰⁰, a punto tal que la Constitución ha dejado de verse como decisión política que habilita el poder (necesario, justamente, para proteger los derechos)²⁰¹ y ha pasado a concebirse como puro límite²⁰².

Ahora bien, como se dijo al comienzo de este capítulo, una de las principales razones que alienta las declaraciones doctrinarias que afirman, sin pausa, que las particulares serían destinatarias de derechos fundamentales, es la forma amplia en que se presenta la redacción del artículo 6º, inciso 2º y la casi exclusiva atención que se presta a ese inciso obviando el que lo sigue: que la “infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. A ello se suma la escasa atención que se presta en nuestra dogmática constitucional y de los derechos fundamentales —salvo algunas excepciones advertidas— a la estructura de los derechos fundamentales²⁰³.

Ahora bien, del hecho que una adecuada lectura del artículo 6º, inciso 2º reclame prestar atención al desarrollo legislativo de los derechos, no se sigue que los derechos fundamentales sean irrelevantes para las particulares. No son irrelevantes si las personas sostienen alguna concepción sobre la importancia de los derechos fundamentales para una comunidad política, la que no requiere, necesariamente, que estos sean justiciables ante un tribunal de justicia²⁰⁴. Una comprensión del artículo 6º, inciso 2º de la Constitución que no considere a las particulares como destinatarias de derechos fundamentales, no supone que ellas no sean alcanzados por normas jurídicas que desarrollen (protejan) esos derechos.

Bibliografía citada

- ACCATINO, Daniela, 2007: “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena”, en BORDALÍ, Andrés (coord.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, LexisNexis, 2da ed., pp. 17-29.
- ALDUNATE, Eduardo, 2003: “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en FERRADA, Juan Carlos (coord.), *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Santiago, Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 13-38.
- (2008): *Derechos Fundamentales*, Santiago, Legal Publishing.

²⁰⁰ La idea, desde luego, está extensamente desarrollada en Waldron (1999).

²⁰¹ Loughlin (2010), p. 286

²⁰² Pese a que el apogeo del neoconstitucionalismo, como digo, transforma a la Constitución en límite de la actividad legislativa, hay quienes reclaman que lo que el efecto horizontal de los derechos fundamentales imposibilita es, precisamente, que la Constitución siga siendo puro límite al poder —su sentido “original”. Martínez (2008), pp. 63-64.

²⁰³ En nuestra doctrina, en cambio, se suele confundir el objeto del derecho con aquel ámbito de libertad (el contenido) que el adecuado actuar del destinatario debe proteger (el contenido). El objeto del derecho a la vida no puede ser —afirma Figueroa (2008), p. 264— “la vida [...] es evidente que alguien puede perder su *vida* como realidad fenoménica (o soporte biológico, como lo llaman unos autores) sin que se haya vulnerado su *derecho a la vida*” (énfasis en el original). En sentido similar, pero con respecto al derecho a la salud, Figueroa (2013), pp. 302-307.

²⁰⁴ Tushnet (1999), p. 166, por caso, afirma que los derechos fundamentales son importantes para la comprensión de varias comunidades minoritarias, no cabe duda. Pero eliminar la justiciabilidad de esos derechos, o pensar en alternativas a ella, “no nos priva del lenguaje de los derechos constitucionales” con el que podemos seguir honrado—quizá con mayor vigor—a los héroes que lucharon por su reconocimiento”.

- (2009): “La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes chileno”, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXII, pp. 443-84.
- (2010): “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. XXIII, N° 1, pp. 79-102.
- ALEXANDER, Larry y SCHAUER, Frederick, 1997: “On Extrajudicial Constitutional Interpretation”, en *Harvard Law Review*, Vol. 110, N°7, pp. 1359-1387.
- ALEXY, Robert 2002: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 3ª reimp.
- (2005): “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2da ed., pp. 31-47.
- APARECIO, Marco y PISARELLO, Gerardo, 2008: “Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas”, en: BONET, Jordi Bonet Sánchez, Víctor (dirs.), *Los Derechos Humanos en el S XXI: continuidad y cambios*, Barcelona, Huygens Ed., pp. 139-162.
- ATRIA, Fernando, 2000: “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 79, invierno, pp. 347-402.
- (2002): “¿Qué desacuerdos valen? La respuesta legalista”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 8, N° 1, pp. 419-427.
- (2013): *La Constitución Tramposa*, Santiago, LOM Ediciones.
- (2014): *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*, Santiago, LOM Ediciones.
- BAYÓN, Juan Carlos, 2005: “Derechos, democracia y Constitución”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta 2da ed., pp. 211-38.
- BORDALÍ, Andrés, 2006: “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIX, N° 2, pp. 205-228.
- (2007): “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de Justicia Constitucional”, en BORDALÍ, Andrés (coord.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, LexisNexis, 2da ed., pp. 33-65.
- (2011): BORDALÍ,
- (2015): “El poder judicial”, en BASSA, Jaime, et al. *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, Santiago, LOM Ediciones, pp. 233-252
- BULNES, Luz, 1998: “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° especial, pp. 137-42.
- CARBONELL, Miguel, 2010: “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta - UNAM, pp. 153-164.
- CAZOR, Kamel y PICA, Rodrigo, 2009: “Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?”, en *Nomos*, N° 3, pp. 13-39.
- CEA, José Luis, 1988: *Tratado de la Constitución de 1980: Características generales, garantías constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica.
- (1999): *El Sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*, Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad Austral de Chile.
- (2000): “La Constitución de 1980 veinte años después”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XI pp. 127-139.

- (2002): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2da. Ed.
- (2004): “Sobre el Estado constitucional de Derecho como paradigma jurídico”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVI, pp. 299-310.
- (2012): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2da Ed.
- COMANDUCCI, Paolo (2002): “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomía*, N° 16, pp. 89-112.
- CORDERO, Luis, 2009: *El Control de la Administración del Estado*, Santiago, Legal Publishing.
- (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Santiago, Thomson Reuters.
- CORREA, Rodrigo, 2005: “Vulgarización por constitucionalización”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, pp. 161-175.
- DE OTTO, Ignacio, 2008: *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel 11ª imp.
- FAYT, Carlos, 1988: *Derecho Político*, Tomo II, Buenos Aires, Depalma.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, 2001: “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público*, N° 63, pp. 77-102.
- FERRADA, Juan Carlos, 2004: *Los derechos fundamentales y el control constitucional*, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVII, pp. 113-137.
- FERRAJOLI, Luigi, 2001: “Derechos fundamentales”, en FERRAJOLI, Luigi, et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, pp. 19-56.
- (2002): *Derechos y Garantías: La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 3ra ed.
- (2005): “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta 2da ed., pp. 13-29.
- FIGUEROA, Figueroa, Rodolfo, 2008: “Concepto de derecho a la vida”, en *Revista Ius et Praxis*, año 14, N°1, pp. 261-300.
- (2013): “El derecho a la salud”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, pp. 283-332.
- (2014): *Privacidad*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales
- FIORAVANTI, Maurizio, 2007: *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Editorial Trotta, 1ª reimp.
- FISCH, William y KAY, Richard, 1998: “The Constitutionalization of Law in the United States”, en *American Journal of Comparative Law Supplement*, Vol. 46, pp. 437-462.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 1985: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 3ra ed.
- GARDBAUM, Stephen, 2012: “The Place of Constitutional Law in the Legal System”, en ROSENFELD, Michel y SAJÓ, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 169-185.
- GÓMEZ, Gastón, 2005: *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
- (2013): *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Editorial Universidad Diego Portales.
- HART, H.L.A., 1994: *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2da Ed.
- HIRSCHL, Ran, 2004: *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press.

- HOHFELD, Wesley N., 1913: "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", en *Yale Law Journal*, Vol. 23, pp. 16-59.
- HUEPE, Fabián, 2010: "La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 227-228, año LXXVIII, pp. 169-205.
- JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos, 1996: *Recurso de Protección y Contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- LOUGHLIN, Martin, 2010: *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press.
- LOVERA, Domingo, 2005: "Notas sobre el control de constitucionalidad de las sentencias y el recurso de nulidad", en *Gaceta Jurídica*, N° 305, Nov., pp. 24-39.
- (2011): "El TC y las Isapres: a propósito de los derechos sociales en la Constitución de 1980", en MARSHALL, Pablo (ed.), *Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico*, Santiago, Legal Publishing, pp. 101-128.
- MARSHALL, Pablo, 2010: "El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución", en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, pp. 43-78.
- MARTÍNEZ, José Ignacio, 1998: "Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos", en *Revista Chilena de Derecho*, N° especial, pp. 59-64.
- MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián, 2010: *Los Recursos Procesales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- NAVARRO, Enrique, 2012: "Jurisprudencia constitucional en materia de control de legalidad (toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General de la República", en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, N° 2, pp. 431-446.
- (2012b): "35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa", en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, pp. 617-642.
- NOGUEIRA, Humberto, 1994: "Bases de la Institucionalidad", en VERDUGO, Mario et al. *Derecho Constitucional*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- (2003): *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ra Ed.
- (2003b): "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia", en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 9, N° 1, pp. 403-466.
- (2006): "La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante", en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 1, pp. 97-124.
- (2007): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo I, Santiago, Librotecnia.
- (2007b): "El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano", [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2015]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100005&lng=es&tlng=es
- NINO, Carlos Santiago, 1992: *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea.
- NÚÑEZ, José Ignacio, 2015: "¿Neo? – constitucionalismo", en *Revista Boliv. de Derecho*, N° 19, pp. 508-519.

- NÚÑEZ, Manuel 2001: "Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, pp. 200-208.
- (2010): "El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIV, pp. 523-541.
- (2011): "La Constitución frente a la ley del contrato. Inconstitucionalidad e inaplicabilidades sobrevinientes en el caso ISAPRES", en *Sentencias Destacadas 2010*, pp. 51-65.
- (2012): "Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad", en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, N° 2, pp. 191-236.
- PECES-BARBA, Gregorio, 1979: "Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución", en *RFDUC*, N° 2, pp. 39-50.
- PEÑA, Carlos 1996: *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- PICA, Rodrigo, 2013: "Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales", en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, N° 1, pp. 193-228.
- RUIZ-TAGLE, Pablo, 2005: "La vulgarización como slogan y los derechos fundamentales", en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, pp. 151-159.
- SAGER, Lawrence G., 2004: *Justice in Plainclothes: A theory of American constitutional practice*, New Haven, Yale University Press.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, 1997a: *Tratado de Derecho Constitucional. Principios. Estado. Gobierno*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Ed.
- (1997b): *Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1980. Bases de la Institucionalidad. Nacionalidad, ciudadanía. Justicia Electoral*, Tomo IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.
- SILVA, Luis Alejandro, 2010: "Las garantías judiciales de los derechos fundamentales como garantías de legalidad", en CAZOR, Kamel y SALAS, Carolina (eds.), *Estudios Constitucionales*, Santiago, Librotecnia, pp. 483-95.
- (2011): "Supremacía constitucional y tutela laboral", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIV, N° 1, pp. 31-48.
- (2012): "¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución?", en *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, Vol. XXXVIII, pp. 573-616.
- (2014): "La dimensión legal de la interpretación constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 2, pp. 437-471.
- SOTO KLOSS, Eduardo 1982: *Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2015: *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)*. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 59, Santiago, Tribunal Constitucional.
- TUSHNET, Mark, 1999: *Taking the Constitution away from Courts*, Princeton, Princeton University Press.
- UGARTE, José Luis, 2007: "La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro", en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. XX, N° 2, pp. 49-67.

- VERDUGO, Mario y PFEFFER, Emilio, 1994: “De los derechos y deberes constitucionales (Capítulo III, artículos 19 a 23)”, en VERDUGO, Mario et al. *Derecho Constitucional*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 185-343.
- VIERA, Christian, 2015: “La libre iniciativa económica”, en BASSA, Jaime et al. *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, Santiago, LOM Ediciones, pp. 213-232.
- VIVANCO, Ángela, 2007: *Curso de Derecho Constitucional: Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, Tomo I, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª ed.
- Waldron (1993).
- WALDRON, Jeremy, 1999: *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (2009): “Who needs Rules of Recognition?”, en ADLER, Matthew y EINAR HIMMA, Kenneth (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford – Nueva York, Oxford University Press, pp. 327-350.
- ZAPATA, Patricio, 2008: *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ZÚÑIGA, Francisco, 2010: “La relación Tribunal Constitucional – tribunales de fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos de la acción”, en *Anuario de Derecho Público UDP 2010*, Santiago, pp. 370-428.