

PODER PRIVADO Y DERECHOS

Eficacia horizontal y ponderación de los derechos
fundamentales

PODER PRIVADO Y DERECHOS
Eficacia horizontal y ponderación de los derechos fundamentales

©Pablo Contreras Vásquez

©Ediciones Universidad Alberto Hurtado

Impreso en Santiago de Chile
Septiembre de 2009

ISBN 978-956-8421-27-4
Registro de propiedad intelectual N.º 182182

Impreso por C y C impresores

Dirección Colección Derecho
Pedro Irureta Uriarte
Decano Facultad de Derecho
Universidad Alberto Hurtado

Dirección editorial
Alejandra Stevenson

Editora ejecutiva
Beatriz García Huidobro

Diseño de la colección
Francisca Toral

Diseño y diagramación
Francisca Toral

Todos los derechos reservados. Bajo las sanciones establecidas en las leyes, queda rigurosamente prohibida, sin autorización escrita de los titulares del *copyright*, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, así como la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamos públicos.

PODER PRIVADO Y DERECHOS

Eficacia horizontal y ponderación de los derechos
fundamentales

Pablo Contreras Vásquez

A mis padres

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	13	
INTRODUCCIÓN.....	19	
CAPÍTULO I		
EFICACIA HORIZONTAL Y PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. DIMENSIÓN ANALÍTICA DEL PROBLEMA.....		25
PRESENTACIÓN.....	27	
ASPECTOS SUSTANTIVOS Y ASPECTOS PROCESALES.....	31	
LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	35	
EFICACIA HORIZONTAL INMEDIATA O DIRECTA.....	37	
EFICACIA HORIZONTAL MEDIATA O INDIRECTA.....	38	
PRESENTACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS.....	40	
JUSTIFICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN EL MARCO DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE.....		41
LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS DE ROBERT ALEXY.....	44	
PRINCIPIOS COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN.....	44	
PRINCIPIOS Y PONDERACIÓN.....	46	
EL CONFLICTO DE REGLAS.....	47	
LA COLISIÓN ENTRE PRINCIPIOS.....	49	
LA LEY DE COLISIÓN.....	50	
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	51	
EL JUICIO DE IDONEIDAD.....	52	
EL JUICIO DE NECESIDAD.....	53	
EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.....	54	
EL EFECTO DE IRRADIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	55	
DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PRIVADO.....	56	
MÁRGENES DE ACCIÓN DEL LEGISLADOR.....	59	
PRINCIPIOS Y EFICACIA MEDIATA.....	60	
MODELO DE TRES NIVELES.....	61	
BALANCE.....	63	

CAPÍTULO II	
LA DOCTRINA DE LA <i>STATE ACTION</i> Y LA EFICACIA HORIZONTAL EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE. ANÁLISIS DESCRIPTIVO-CRÍTICO.....	65
PRESENTACIÓN.....	67
<i>ACERCA DE LA NOCIÓN DE STATE ACTION.....</i>	67
<i>ALCANCE DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE.....</i>	70
ORIGEN DE UN CONCEPTO.....	72
<i>GUERRA CIVIL Y DERECHOS CIVILES.....</i>	72
<i>EL PRECEDENTE: THE CIVIL RIGHTS CASES.....</i>	73
<i>LIBERTAD Y AUTONOMÍA EN LA ESFERA PRIVADA:</i>	
<i>EL CASO LOCHNER.....</i>	77
<i>LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA DOCTRINA DE STATE ACTION.....</i>	81
<i>FUNCIÓN PÚBLICA (PUBLIC FUNCTION).....</i>	82
FUNCIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DEL PROCESO ELECTORAL.....	83
OTROS CASOS DE FUNCIÓN PÚBLICA.....	85
<i>EXISTENCIA DE UN NEXO ENTRE LA CONDUCTA DEL PARTICULAR CON EL ESTADO.....</i>	90
RELACIÓN CONJUNTA ENTRE ESTADO Y PARTICULAR.....	92
AUTORIZACIÓN DE CONDUCTAS PRIVADAS POR PARTE DEL ESTADO.....	93
<i>ENFORCEMENT DE ACTOS JURÍDICOS: SHELLEY Y LOS LÍMITES DE LA STATE ACTION.....</i>	96
LAS INCOHERENCIAS DE LA DOCTRINA.....	103
<i>¿ES POSIBLE DISTINGUIR CASOS SEGÚN LAS DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA?.....</i>	104
LA INTENSIDAD EN EL NEXO ENTRE ESTADO Y PARTICULAR.....	104
MARCO LEGAL VIGENTE E INTERVENCIÓN ESTATAL.....	107
<i>LA DISTINCIÓN PÚBLICO/PRIVADO EN EL MARCO DE LA DOCTRINA DE LA STATE ACTION.....</i>	110
CONSIDERACIÓN PRELIMINAR EN TORNO A LA SEPARACIÓN PÚBLICO/PRIVADO.....	110

LA CRÍTICA DEL REALISMO JURÍDICO Y DE CLS.....	114
CONSECUENCIAS DE LA CRÍTICA.....	119
DESARROLLOS RECIENTES.....	122
SAN FRANCISCO ARTS & ATHLETICS, INC. V. UNITED STATES OLYMPIC COMMITTEE.....	122
EDMONSON V. LEESVILLE CONCRETE CO.....	123
CYBER PROMOTIONS, INC. V. AMERICA ONLINE.....	124
BRENTWOOD ACADEMY V. TENNESSEE SECONDARY SCHOOL ATHLETIC ASSOCIATION.....	126
CAPÍTULO III	
UNA RELECTURA DE LOS CASOS DE STATE ACTION SEGÚN LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS.....	129
UN REPLANTEAMIENTO CRÍTICO DE LA DOCTRINA DE LA <i>STATE ACTION</i>	131
<i>RAZONES PARA LA MANTENCIÓN DE UNA CATEGORÍA INCOHERENTE.....</i>	<i>132</i>
<i>DERECHOS FUNDAMENTALES Y MARCO LEGAL VIGENTE.....</i>	<i>134</i>
<i>EL ENFORCEMENT DE LOS TRIBUNALES.....</i>	<i>140</i>
<i>PONDERACIÓN EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y ADECUACIÓN DEL DERECHO VIGENTE A ENUNCIADOS IUSFUNDAMENTALES.....</i>	<i>144</i>
APLICACIONES DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS A LA DOCTRINA DE LA <i>STATE ACTION</i>	149
<i>PONDERACIÓN Y FUNCIÓN PÚBLICA EN EL CONTEXTO ELECTORAL.....</i>	<i>153</i>
<i>PONDERACIÓN Y ACCESO A ESPACIOS DE PROPIEDAD PRIVADA.....</i>	<i>159</i>
EL CASO SEGÚN LA LEY DE COLISIÓN.....	160
LOS ENUNCIADOS OPTIMIZADOS SEGÚN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA FÓRMULA DEL PESO.....	162

REGLA EMANADA DE LA LEY DE COLISIÓN Y <i>STARE DECISIS</i>	169
PONDERACIÓN Y ENFORCEMENT POR TRIBUNALES	172
LA DECISIÓN EN <i>NEW YORK TIMES CO. V. SULLIVAN</i> Y EL PROBLEMA DE LA <i>STATE ACTION</i>	174
LA LEY DE COLISIÓN APLICADA A <i>NEW YORK TIMES CO. V. SULLIVAN</i>	177
LA FÓRMULA DEL PESO APLICADA A <i>NEW YORK TIMES CO. V. SULLIVAN</i>	180
ENFORCEMENT DE REGLAS Y MODELO DE TRES NIVELES DE EFICACIA HORIZONTAL.....	184
CONTRAPUNTO ENTRE <i>NEW YORK TIMES CO. V.</i> <i>SULLIVAN</i> CON <i>SHELLEY</i>	189
CONCLUSIONES	191
BIBLIOGRAFÍA	200

PRÓLOGO

PATRICIO ZAPATA LARRAÍN

El Derecho Constitucional chileno vive un momento auspicioso. Su aproximación más tradicional, caracterizada por un énfasis en el análisis dogmático de los textos y las prácticas vigentes, está siendo enriquecida por un relativamente nuevo, y creciente, despliegue de enfoques críticos y teóricos.

Este constitucionalismo chileno emergente se construye en tensión dialéctica con la historia de la disciplina. Coexisten, entonces, los elementos de ruptura y las líneas de continuidad. Y así como muchas investigaciones recientes se rebelan abiertamente contra estilos y conceptos clásicos en la Cátedra, el observador atento no puede sino advertir las mil y una maneras en que las enseñanzas de los viejos maestros han dejado huellas profundas, transformándose en la base desde la cual los nuevos estudiosos formulan sus propias ideas.

Si nuestra primera generación de constitucionalistas, formada por autores como Lastarria, Huneeus, Carrasco Albano y Bañados, reflexionó sobre la verdadera naturaleza del régimen de gobierno contemplado en la Carta de 1833 y los tratadistas más actuales, Amunátegui, Silva Bascuñán y Cea, entre otros, se han dedicado principalmente a la tarea de comprender y explicar los órdenes constitucionales de 1925 y 1980; los especialistas formados en las últimas tres décadas prefieren, más bien, partir discutiendo cuestiones tales como la interpretación constitucional, la naturaleza de los derechos fundamentales o la legitimidad de la revisión judicial de las leyes¹.

¹ Es el caso, por ejemplo, de autores como Daniela Accatino, Eduardo Aldunate, Fernando Atria, Víctor Manuel Avilés, Andrés Bordalí, Marcelo Brunet, Alex Buchheister, Lidia Casas, Kamel Cazor, Jorge Contesse, Eduardo Cordero, Jorge Correa, Rodrigo Correa, Javier Couso, Ignacio Covarrubias, José Manuel Cruz, Rodrigo Delaveau, Íñigo de La Maza, José Manuel Díaz de Valdés, Nicolás Espejo, Arturo Fermandois, Miguel Ángel Fernández, Rodolfo Figueroa, Osvaldo Garay, Gonzalo García, José Francisco García, Gastón Gómez, Miriam Henríquez, David Ibaceta, Tomás Jordán,

La obra que me complace en prologar es expresiva de este auge de la teoría constitucional². Su autor, Pablo Contreras, quien no llega todavía a los treinta años de edad, se ha propuesto abordar uno de los problemas más decisivos, y polémicos, del constitucionalismo contemporáneo: cuál ha de ser la respuesta del orden institucional frente a aquellas situaciones en que la acción de un particular amaga los intereses vitales de una persona y/o contradice los valores recogidos en la Carta Fundamental. ¿Debe entenderse que, en esos casos, ha existido violación de un derecho fundamental y, por lo mismo, procede echar mano a la “artillería pesada” de las garantías del Código Político? ¿O, más bien, habría que reservar este tipo de reclamo para aquellos casos en que los intereses vitales de la persona son amagados por la acción del Estado, confiando en que los conflictos entre particulares se resuelven siempre mejor con arreglo a las fórmulas especializadas de los derechos privado o penal, según el caso³?

Se trata, en suma, de determinar si los derechos fundamentales irradian hacia el conjunto total de las relaciones sociales, incluyendo las relaciones privadas, lo que los alemanes llaman *Drittwirkung* o efecto horizontal; o si, más bien, tales derechos son espacios de libertad que habilitan al ciudadano para defenderse específicamente

Raúl Letelier, Domingo Lovera, José Ignacio Martínez, Pablo Marshall, Nicolás Massman, Santiago Montt, Fernando Muñoz, José Ignacio Núñez, Manuel Antonio Núñez, Eric Eduardo Palma, Augusto Quintana, Teodoro Ribera, Pablo Ruiz Tagle, Lucas Sierra, Luis Alejandro Silva, Sebastián Soto, Marco Antonio Troncoso, Francisco Javier Urbina, José Ignacio Vásquez, Sergio Verdugo, Tomás Vial, Ángela Vivanco y Francisco Zuñiga.

²Debe destacarse que la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, patrocinadora de este nuevo libro, ha demostrado un compromiso permanente con el estudio de la teoría jurídica, y en especial aquella que incide en la interpretación de los derechos y garantías constitucionales. En ese sentido, merecen recordarse los siguientes trabajos ya publicados bajo el sello “Colección de Investigaciones Jurídicas”: Hernández, Héctor: “La Exclusión de la Prueba Ilícita en el nuevo proceso Penal chileno”, Prado, Maximiliano: “La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento”, Palma, Eric Eduardo: “La constitucionalización del Proceso Penal en Chile y sus alcances en la doctrina y la práctica procesal del siglo XIX”, García, Gonzalo: “La reserva legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?”, Irureta, Pedro: “Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena” y Jordán, Tomás: “La protección de los derechos sociales: Modelos comparados de Tutela Jurisprudencial (España y Chile)”.

³La expresión “artillería pesada” de los derechos fundamentales en Von Munch, Igo: “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, en Coderch, Munch y Ferrer (Editores): “Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada”, Civitas, Madrid, p. 33.

de los abusos del Poder Soberano, es decir, cuando concurre lo que la doctrina norteamericana denomina *state action*.

Frente a la temática recién descrita, como se sabe, la doctrina constitucional actual está dividida. Simplificando, podría decirse que los autores se agrupan en tres campos principales.

Están, por una parte, quienes plantean que el ideal del constitucionalismo exige, en nuestra época, que los derechos fundamentales puedan ser esgrimidos siempre, frente a cualquiera, y del modo más inmediato y directo posible. No debiera sorprender que esta visión haya sido asumida con mucha fuerza por el llamado “Neoconstitucionalismo”. Existe, en efecto, un nexo lógico entre las convicciones más características de esta corriente doctrinaria —fuerza normativa inmediata de la Constitución, constitucionalización del derecho, fe en los jueces y los Tribunales Constitucionales, desconfianza en la ley y el legislador— y la tesis del efecto horizontal directo⁴.

Favoreau para Francia, Nipperdey en Alemania, Zagrebelsky por Italia y Prieto Sanchís desde España, pueden ser considerados representativos de la inclinación a conceder a los tribunales plenos poderes para constitucionalizar las relaciones entre particulares⁵. En Chile, por lo demás, abundan los adeptos a esta filosofía constitucional.

Existe, sin embargo, otro sector de la doctrina constitucional que postula con mucha fuerza la necesidad de circunscribir el lenguaje y práctica de los derechos fundamentales al terreno de los clásicos reclamos liberales contra la acción estatal. Esta es una perspectiva que se remonta a los orígenes mismos del constitucionalismo, cuando se le entendía como un sistema que asegura a los individuos que el

⁴ Sobre Neoconstitucionalismo, véase: Cianciardo, Juan (coordinador): “La interpretación en la era del neoconstitucionalismo”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006; Carbonell, Miguel (Editor): “Neoconstitucionalismo(s)”, Trotta, Madrid, 2003; Carbonell, Miguel (Editor): “Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos”, Trotta, Madrid, 2007.

⁵ Véanse: Favoreau, Louis: “La constitucionalización del Derecho”, Revista de Derecho, Universidad Austral, Volumen XII, Valdivia, Chile, Agosto de 2001; Nipperdey, Hans Carl: “*Grundrechte und Privatrechte*”, Munich/Berlin, 1962; Zagrebelsky, Gustavo: “El Derecho dúctil”, Trotta, séptima edición, 2007; Prieto Sanchís, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, Miguel (Editor): “Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos”, Trotta, Madrid, 2007.

Estado resultante del Pacto Social no vulnere sus derechos naturales a la vida, la libertad, la propiedad y la búsqueda de la felicidad. A eso se refería, hace 80 años, Carl Schmitt cuando decía que “los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”⁶.

De entre los pocos profesores nacionales que cuestionan la idea del efecto horizontal de los derechos fundamentales, me permito citar a Rodrigo Correa quien, escribiendo en 2004, señala que “los derechos fundamentales son derechos contra el Estado (...) el olvido de este principio básico del derecho constitucional (...) quizás sea ésta una de las características más tristemente notables del derecho constitucional chileno contemporáneo”⁷.

Existe, en todo caso, me parece, una tercera posición, conformada por todos aquellos que, aceptando —con mayor o menor entusiasmo, según el caso— la posibilidad del efecto horizontal, se cuidan, sin embargo, de advertir contra los peligros de una constitucionalización desbordada, optando derechamente por fórmulas cautelosas de *Drittwirkung* mediato o indirecto.

En esta línea me parece interesante reproducir, por ejemplo, las aprehensiones que sobre el particular expresa el profesor germano Konrad Hesse: “Hay que tener en cuenta que superponer el Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado puede comportar una sensible restricción de la autonomía privada y, por ende, una nada leve limitación de la libertad responsable, modificando de una forma esencial, por lo tanto, la naturaleza y el significado del Derecho Privado (...) La ventaja de una amplia validez y efectividad de los derechos fundamentales se paga al precio de una cierta inseguridad jurídica y de una pérdida de autonomía del Derecho Privado”⁸.

⁶ Schmitt, Carl: “Teoría de la Constitución”, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 170.

⁷ Correa, Rodrigo: “Comentario a la Jurisprudencia del año 2003”, Derechos Constitucionales, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, 2004, p. 564.

⁸ Hesse, Konrad: “Significado de los derechos fundamentales”, Manual de Derecho Constitucional, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 108.

Varios son los autores nacionales que han planteado sus dudas sobre la legitimidad o conveniencia de adoptar un sistema de horizontalidad inmediata o directa. Particularmente esclarecedores me parecen los trabajos pertinentes de Eduardo Aldunate, José Ignacio Martínez y Andrés Jana⁹.

Al llegar a este punto, no puedo dejar de indicar que, en lo personal, me inclino también por formas indirectas o subsidiarias de constitucionalización. Entre otras razones, porque valoro altamente la función específica del Derecho Privado como garante de la autonomía¹⁰. Me preocupan, además, los costos en términos de racionalidad y deliberación democrática que puede acarrear un sistema en que la Constitución termina siendo la respuesta automática a todos los problemas¹¹.

Este libro es una contribución extraordinariamente valiosa al debate que se acaba de reseñar, aportando novedosos elementos de teoría constitucional y de jurisprudencia comparada. Por lo mismo, es un libro que debe ser leído por todos quienes investigamos y enseñamos el Derecho Constitucional.

El capítulo I se ocupa de presentar una notable síntesis de la teoría de los principios de Robert Alexy. El autor no deja dudas sobre su acuerdo con las ideas del destacado catedrático de la Universidad de Kiel, a las que considera como la mejor base doctrinaria disponible sobre la cual fundar una aplicación jurisprudencial de los derechos fundamentales frente al poder privado.

El capítulo II, por su parte, contiene una muy persuasiva crítica a la forma en que la Corte Suprema de los Estados Unidos apli-

⁹ Aldunate, Eduardo: "El efecto de irradiación de los derechos fundamentales", en "La Constitucionalización del Derecho chileno", Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 13-38; Martínez, José Ignacio: "Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos", Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1998, pp. 59-64; Jana, Andrés: "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en "Los Derechos Fundamentales", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 63-70.

¹⁰ Zapata, Patricio: "Tradición y modernidad en el Derecho", Universidad Andrés Bello, 2004, pp. 31-42.

¹¹ Zapata, Patricio: "La función judicial en Chile", en "La Judicatura como organización", Expansiva e Instituto de Estudios Judiciales, 2007, pp. 83-97 y "La Justicia Constitucional", Editorial Jurídica de Chile, Capítulo 1, 2008.

ca el requisito de *state action*. Aún cuando comparto buena parte de reproches que se hacen a dicha doctrina jurisprudencial, sigo pensando que existen buenas razones, ligadas al carácter federal de la Unión del norte y al valor de la autonomía, que aconsejan dar tratamiento diferenciado a los abusos del Estado y a los de los privados¹².

El capítulo III, finalmente, se propone mostrar lo ventajoso que resulta reemplazar la metodología del *state action* por la teoría Alexiana de los principios. Esta es una sección de innegable interés para quien esté interesado en aprovechar la experiencia del derecho comparado para pensar a fondo en cómo mejorar nuestra todavía incipiente —y titubeante— manera de resolver las colisiones de derechos.

Al concluir estas breves líneas quisiera agradecer a Pablo Contreras por haberme invitado a prologar su obra. He aprendido mucho. Leer su libro, además, ha sido un placer. No solo porque aborda un tema fascinante, sino porque lo ha hecho con rigor, coherencia y elegancia. El autor tiene, por lo tanto, derecho a sentirse satisfecho. Lo mismo vale para todos quienes le han apoyado en su proceso formativo. En lo personal, por último, este volumen no hace sino confirmar mi convicción, anticipada al inicio de este prólogo, en el sentido de estar asistiendo a un verdadero florecimiento del Derecho Constitucional. Y esa, indudablemente, es una muy buena razón para alegrarse.

¹² El libro se hace cargo, con impresionante erudición, de la opinión crítica de una mayoría de la doctrina constitucional norteamericana. No estaría de más, sin embargo, reparar en lo que Charles Fried tiene que decir: “Note ...that the state action doctrine does not only limit the power of courts to protect persons from private power that interferes with public freedoms. It also protects individuals from the courts themselves, which are, after all, another government agency”. Fried, Charles: “Perfect freedom or perfect control” (book review), 114 Harvard Law Review, 2000, p. 606.

INTRODUCCIÓN

¿A quiénes obligan los derechos fundamentales? La pregunta parece, a primera vista, sencilla de responder. Los derechos fundamentales –esto es, determinadas posiciones subjetivas garantizadas por el Derecho a nivel constitucional– debiesen ser entendidos mínimamente como una esfera de protección frente a las intervenciones o agresiones de cualquier agente. Es decir, los derechos fundamentales protegen al individuo de toda intromisión, sin importar su origen. Gregorio Peces-Barba señala al respecto que para “un observador imparcial, con un velo de ignorancia, considerando solo la evolución de la cultura jurídica en el mundo moderno, y que hiciera una aproximación exclusivamente racional al tema, resultaría sin duda evidente que estos derechos regulan tanto las relaciones de los particulares con el poder como también las relaciones de los particulares entre sí”¹. Sin embargo, lo que aparece claro a un nivel intuitivo no lo es tal teniendo a la vista la evolución histórica de estos derechos. La extensión de los derechos fundamentales entre personas privadas ha sido uno de los aspectos más debatidos de la teoría general de los mismos en el último tiempo.

Si bien lo planteado es reconocido como una cuestión teórica de importancia, representa, a la vez, un asunto con profundas implicaciones prácticas. Para efectos de dar adecuada cuenta de esto último, hemos decidido tomar un caso de Derecho comparado, a saber, el problema constitucional de la eficacia horizontal de los Derechos fundamentales en Estados Unidos, que, básicamente, consiste en la aplicabilidad de estos derechos en las relaciones entre particulares. El paradigma liberal tradicionalista afirma que los derechos individuales constituyen una esfera de inmunidad del ciudadano frente al poder del Estado. El ente que aglutina el mayor poder en una sociedad y que se arroga el monopolio de la fuerza es, claramente,

¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ (1995), p. 617.

la principal fuente de amenazas para el ejercicio de los derechos. Se trata de un aspecto de la teoría del Estado bien conocido por todos: el Estado expropia el poder de los particulares –eliminando prácticamente toda potestad de autotutela– con el objetivo de, precisamente, garantizar los derechos de cada uno de sus ciudadanos. La superación del estado de naturaleza por el pacto social supone que solo la autoridad legítima puede emplear el poder para sancionar y castigar a los infractores de las obligaciones de convivencia mutua. Al acumular tal poder, empero, el Estado se convierte en el agente potencialmente más lesivo de los derechos que intenta garantizar.

Con las transformaciones que sufre el Estado durante el siglo XX y con el advenimiento de las constituciones normativas –esto es, que vinculan a todos los poderes públicos en los contenidos de sus decisiones–, la concepción de los derechos se expande a destinatarios que escapan de las ramificaciones estatales. El núcleo de la descripción que acá presentamos aborda los desarrollos constitucionales producidos en Estados Unidos a mediados del siglo XX. Así, por ejemplo, se tratan problemas de discriminación racial por agentes del comercio, restricciones severas a la libertad de opinión en los lugares de trabajo o afectaciones del debido proceso de usuarios por decisiones unilaterales de grandes empresas.

Estos asuntos, por cierto, también se han planteado en países que no representan a la tradición jurídica anglosajona². Es así que en el caso europeo continental, la experiencia alemana se ha constituido en el principal referente para comprender los alcances del problema señalado. La cuestión constitucional se ha conocido como *Drittwirkung der Grundrechte*, que significa eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

El caso estadounidense –paralelo en el tiempo respecto de Alemania– ha sido desatendido en su mayoría por los estudiosos del Derecho continental. La Corte Suprema estadounidense ha elaborado una doctrina de *state action* con el objetivo de sistematizar los presupuestos que se requieren para extender la aplicación de los

²JACKSON y TUSHNET (2006), pp. 1639-1661.

derechos fundamentales a la esfera privada. Se entiende por *state action* la acción del Estado en todos los ámbitos a través de los cuales se manifiesta su poder, ya sean los clásicos poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial o los niveles estatal o federal. Pese a que un primer precedente de la Corte Suprema se fundamenta a partir de la visión liberal clásica de los derechos fundamentales, la evolución que ha tenido la jurisprudencia ha ampliado el concepto de *state action*, permitiendo articular esferas de protección de los individuos frente a los poderes privados.

Al tratarse de un problema de la teoría general de los derechos fundamentales, los grupos de casos y los presupuestos desarrollados por la Corte Suprema estadounidense podrían ilustrar la discusión en nuestro país. Este trabajo, por lo tanto, pretende aportar con un análisis del estado del arte de la eficacia horizontal en los Estados Unidos que resulte útil para enriquecer el debate chileno. En Chile existen pocos artículos y monografías que aborden el problema, y la mayoría de ellos lo ha hecho recogiendo esencialmente la experiencia alemana y la española³. En lo que sigue, deslindaremos aspectos sustantivos y procesales desde una perspectiva teórica, revisaremos las tesis mayoritarias y las críticas y, finalmente, vincularemos el problema de la eficacia horizontal con el de la ponderación. Adicionalmente, y a partir de dicho análisis, el texto propone una recomprensión de la exigencia de *state action* a la luz de los desarrollos contemporáneos de la teoría de los principios. Para esto, sigue, principalmente, los trabajos del profesor Robert Alexy, de la Universidad de Kiel, tanto de su *Teoría de los Derechos Fundamentales* como del *Epílogo* a la misma. En consecuencia, los casos problemáticos de la *state action* –como núcleo funcional de la eficacia horizontal de

³ En términos específicos, véase a PIZARRO (1998); ALDUNATE (2003) y JANA (2001), pp. 19–24. Existen otros autores que han revisado aspectos del problema; en la manualística, véase a NOGUEIRA (1997). Dentro del análisis de las relaciones Derecho Privado-Derecho Público véase a GUZMÁN BRITO (2001). Referido a la acción de protección, MARTÍNEZ ESTAY (1998), pp. 59–64; NÚÑEZ (1997), pp. 315ss.; JANA y MARÍN (1996), pp. 45ss. También revítese a MEDINA y MERA (1996), pp. 665ss. y a PEÑA (1996). Desde el Derecho laboral, véase a LIZAMA PORTAL y UGARTE CATALDO (1998); IRURETA (2006). Desde la óptica civilista, revítese a RIOSECO (1996); CASTELLÓN (1999), especialmente, el Prólogo hecho por Ramón Domínguez.

los derechos en Estados Unidos— serán pensados desde la lógica de aplicación de los principios y argumentados desde la ponderación como método de resolución de colisiones de derechos fundamentales. Para ello se recurrirá a dos elementos básicos de la teoría de Alexy: la ley de colisión —considerando la fórmula del peso de la ponderación— y el modelo de tres niveles de eficacia horizontal de derechos fundamentales. Con estas herramientas se analizan casos constitucionales estadounidenses de *state action* y se plantea una forma de resolución a partir de presupuestos metodológicos explicitados por la teoría.

La aplicación de las herramientas metodológicas que construye Alexy tiene un valor argumentativo que se justifica a la luz del debate constitucional estadounidense. Diversos autores han postulado reemplazar la categoría de *state action* por la de ponderación de los intereses en disputa. Para ello, suelen ilustrar los casos con una batería de argumentos que permiten resolver el conflicto en una u otra dirección. Sin embargo, no se avanza en clarificar los presupuestos a partir de los cuales se toma la decisión ni en cómo articular los intereses en disputa. Es ahí donde cobra importancia la teoría de los principios. Se pretende, a partir de ella, dar una forma de control de la argumentación de los casos de eficacia horizontal y, además de ello, constituir una base de fundamentación para las ponderaciones que se realicen en el marco de la delimitación del contenido constitucionalmente protegido de la autonomía privada.

El orden del texto obedece a una lógica de teoría y de aplicación práctica. El capítulo I presenta el problema teórico de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y expone, de manera esquemática y resumida, la teoría de los principios y la ley de colisión. En este sentido, se sigue el modelo de tres niveles que diseña Alexy. La primera parte, por tanto, explora los alcances teóricos del problema que se estudiará.

El capítulo II describe el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la *state action* estadounidense. Este es el caso de Derecho comparado que sirve para ilustrar la teoría y los alcances del problema. Revisa, para ello, los precedentes más relevantes y sus alcances, las

modificaciones y evoluciones que ha tenido la categoría señalada y algunos de los casos recientes. Se constatan, por otro lado, las incoherencias que presentan los grupos de casos de la Corte Suprema, especialmente respecto de los presupuestos abstractos de aplicación de la *state action* en circunstancias concretas. Además, señala la crítica que se ha desarrollado en contra de la separación Estado y Sociedad Civil, en general, y de la *state action* en particular. La segunda parte muestra la práctica, es decir, el estado del arte de la jurisprudencia y la doctrina constitucional estadounidense sobre el tema propuesto.

En el capítulo III se desarrolla una recomposición de la doctrina de la *state action* a través de la teoría de los principios. En este apartado se analiza la relación entre aplicación directa de la Constitución, desarrollo legislativo y la adjudicación judicial como manifestación del poder del Estado. Estas cuestiones se estudian desde la lógica de la aplicación de los derechos fundamentales entre particulares y la articulación de los principios en pugna. Para ello, se resuelven casos de *state action* con el instrumental teórico presentado en el capítulo I: la ley de colisión, el modelo de tres niveles de eficacia horizontal y la fórmula del peso en la ponderación. A partir de ello, se extraen conclusiones de un caso de Derecho comparado, como es el estadounidense, hacia consideraciones generales sobre el problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. La última parte, finalmente, aplica la teoría a la práctica, sistematiza las decisiones y propone una reconstrucción del problema.

No queda más que agradecer a todos quienes contribuyeron en la elaboración del texto que aquí se introduce. En primer lugar, a la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, sin cuyo constante apoyo académico esta investigación nunca podría haberse realizado. En la misma línea, a la concesión de las becas *The North/South Exchange Program in Law and Legal Culture*, otorgada conjuntamente por las Facultades de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado y Loyola University Chicago, y la beca *Loyola College in Maryland*, otorgada en conjunto por la Universidad Alberto Hurtado y Loyola College in Maryland. Ambos programas fue-

ron indispensables para recabar información sobre el problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el sistema constitucional estadounidense. En Baltimore, Chicago y en la Universidad Alberto Hurtado, diversos profesores apoyaron esta investigación. Mis sinceros agradecimientos para Paul Bagley, Irmgard Scherer, Morad Eghbal, Michael Kitchin, Anne-Marie Rhodes, Pedro Irureta, Hugo Rojas, Enrique Rajevic, Álvaro Villanueva, Rafael Blanco, Héctor Hernández, Rodrigo Coloma y, muy especialmente, a mi director de esta investigación y amigo, Gonzalo García, con quien he compartido una grata relación académica y quien permitió consolidar este texto final. Finalmente, debo agradecer a mi familia, a mis padres –a quienes dedico este trabajo– y a mis amigos, quienes con paciencia, tolerancia y afecto entendieron la privación de varias horas de encuentro por la investigación que aquí se presenta.