

I. MARCO CONSTITUCIONAL

LA CONSOLIDACIÓN DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIAL DE LA *DRITTWIRKUNG*: UNA VISIÓN DE CONJUNTO

Juan María BILBAO UBILLOS*

Resumen

*En este trabajo se intenta ofrecer una panorámica general y actualizada del debate doctrinal y la praxis jurisprudencial en relación con una de las cuestiones centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Se apuesta por el reconocimiento de una eficacia inmediata de la mayoría de los derechos pero matizada, sujeta a límites, no indiscriminada o uniforme, con un alcance que tendrá que ser graduado o modulado en cada caso atendiendo al peso relativo de los derechos o intereses en conflicto. Y se llama la atención sobre la expansión de la *Drittwirkung* en todos los frentes, aunque se pone el foco en la acogida que ha tenido en las últimas décadas en Iberoamérica.*

Abstract

*This article tries to offer a general and updated view of the scholarly debate and the jurisprudential practice related with one of the main issues of the fundamental rights theory. We advocate in favor of the recognition of an immediate effect of most of the rights, but a nuanced one, subject to limits, not indiscriminate or uniform, with a scope that will have to be set or adjusted in each case taking into account the relative weight of the rights or interests in conflict. And attention is drawn to the expansion of *Drittwirkung* on all fronts, although we focus on the good acceptance that it has particularly gained in Iberoamerica during the last decades.*

Palabras clave

*Derechos fundamentales. Eficacia frente a particulares (*Drittwirkung*). Poderes privados. Autonomía privada. Distinción público-privado. Recurso de amparo.*

Key words

*Fundamental Rights. Effect on private relationships (*Drittwirkung*). Private Powers. Contractual autonomy. Public-private distinction. State Action Doctrine. Judicial guarantees.*

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. Introducción. II. La cuestión procesal. III. La cuestión sustantiva. A. Los derechos públicos subjetivos en la teoría liberal. B. Argumentos para una reconsideración de la doctrina tradicional. IV. Las propuestas doctrinales. A. Concepciones que niegan la eficacia frente a terceros. B. La eficacia mediata o indirecta. a) La mediación del legislador. b) La mediación del juez. C. La doctrina de la *state action*: la alternativa norteamericana a la *drittwirkung*. D. La eficacia inmediata. V. La expansión de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales. A. La recepción de la *drittwirkung* en Iberoamérica. B. La responsabilidad del Estado por las violaciones cometidas por particulares en el jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

HACE veinte años terminaba el epílogo de mi monografía sobre la *Drittwirkung* con esta afirmación: «Ninguna construcción es, a mi juicio, plenamente convincente, ninguna está exenta de problemas. En todas podemos encontrar puntos vulnerables. Se trata simplemente de ver si, en la práctica, una determinada propuesta interpretativa resuelve más problemas o más perplejidades de las que crea y si las resuelve mejor que otras» (1). Pensaba entonces y sigo pensando ahora que de todas las soluciones propuestas, la que explica de una forma más coherente y honesta lo que realmente ocurre todos los días en los tribunales civiles y laborales es la que reconoce la eficacia de la mayoría de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Una tesis que sigue encontrando más resistencia en los círculos académicos que entre los aplicadores del Derecho.

En su conocida obra, espléndida por lo demás, sobre los derechos fundamentales, Luis María Díez-Picazo viene a decir que la respuesta que se dé a esta cuestión «depende de la posición filosófica-política que se mantenga acerca de la naturaleza del Estado democrático de derecho –esto es, del grado de liberalismo político que se sustente– y sobre todo de la visión de la constitución que se adopte» (2). Esto último puede ser, no se lo discuto, pero en mi caso les aseguro que mi análisis no responde a una determinada militancia política o ideológica. Lo que late en esta idea es un prejuicio, un estereotipo, en virtud del cual se presenta a los defensores de la eficacia frente a terceros como enemigos del modelo liberal, de la autonomía privada, y partidarios de la ocupación de la sociedad por el Estado. Ninguna limitación inadmisibles de la libertad individual se deriva, como fatal consecuencia, de la mera afirmación de que los derechos fundamentales también rigen, *ex Constitutione*, en las relaciones jurídico-privadas (3). Por lo pronto, la defensa de los dere-

(1) *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CEPC/B.O.E., Madrid, 1997, p. 852.

(2) *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas/Thomson Reuters, 4.ª edición, pp. 142-143.

(3) Para Jesús Alfaro, la *Drittwirkung* inmediata contradice, en sí misma, «valoraciones fundamentales de nuestra Constitución, al limitar indebidamente el derecho de los particulares a disponer de su esfera jurídica como tengan por conveniente» («Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, 1993, p. 62). A mi juicio, «admitir esa operatividad según y

chos individuales frente a los órganos de gobierno de las asociaciones o los imperativos de la organización productiva es una propuesta genuinamente liberal. Al menos, si entendemos la libertad como no sumisión, como un espacio real de auto-determinación.

Permítanme una observación preliminar para acotar bien el terreno de juego. Aunque en un primer momento un sector de nuestra doctrina incurrió en el error de confundir la cuestión procesal del ámbito objetivo del recurso de amparo constitucional (si por esa vía podían acceder a la jurisdicción constitucional las controversias suscitadas por una posible violación de derechos fundamentales causada por un particular) con la cuestión sustantiva de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, hoy sabemos que una determinada regulación procesal no determina ni condiciona la respuesta que haya de darse al problema de fondo. No es un factor decisivo, aunque puede proporcionar alguna pista. Veamos por qué.

II. LA CUESTIÓN PROCESAL

En este punto, me limitaré a recordar que el artículo 41.2 de la LOTC es inequívoco: el legislador optó por reservar este cauce a las demandas dirigidas contra actos de los poderes públicos y excluir las interpuestas frente a violaciones causadas por particulares, que sólo podrán promoverse ante los tribunales ordinarios, a través de los procedimientos ordinarios o, en el caso de los ubicados en la sección 1.ª del Capítulo II, mediante los procedimientos preferentes y sumarios a, los que se refiere el artículo 53.2 CE, porque el amparo judicial se despliega en todos los órdenes jurisdiccionales (4).

Pero esa exclusión de las presuntas violaciones cometidas por un particular es más aparente que real. Porque la inclusión de una modalidad específica de recurso de amparo contra violaciones causadas por los órganos judiciales (art. 44 LOTC) terminará complicando, y de qué forma, un asunto que podía darse en principio por zanjado. Mediante una interpretación muy forzada de este último precepto, el Tribunal Constitucional ha conseguido sortear el obstáculo del artículo 41.2 y abrir un resquicio a través del cual van a tener acceso, de manera indirecta o solapada, no pocas controversias entre particulares. Eso sí, la admisión de una de estas deman-

cómo frente a posibles arbitrariedades cometidas por sujetos privados no implica una apuesta ideológica en favor del paternalismo estatal (...) Nadie debería malgastar sus energías en combatir fantasmas. ¿Por qué no centrar el esfuerzo en contener la vis expansiva de esta teoría... fijando límites razonables a esa eficacia pluridireccional?» (*op. cit.*, p. 850).

(4) *Vid.* por ejemplo, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. O la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que incluye un procedimiento de «tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas». Con arreglo a lo previsto en su artículo 177. 1, «cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas».

das implica necesariamente la transformación de la pretensión originaria en otra que se dirigirá ya contra un poder público.

Se acude en estos casos a un expediente técnico ingenioso, que consiste en la imputación al órgano judicial de la violación cometida originariamente en el seno de una relación jurídico-privada. El mayor escollo o el punto más vulnerable de esta solución procesal, que implica la asunción judicial de la lesión, es el requisito, establecido en el artículo 44.1 LOTC, de que la violación tenga su «origen inmediato y directo» en un acto u omisión del órgano judicial. En muchos de estos casos, al órgano judicial se le acusa justamente de no haber corregido, desde una perspectiva constitucional, la lesión causada en primer término por un sujeto privado, o, lo que es lo mismo, de haber confirmado esa lesión preexistente. Al considerar ajustada a Derecho, legítima, la conducta presuntamente ilícita del particular, el tribunal ordinario viene a convalidar en cierto modo esa actuación. Si convenimos en que la resolución judicial impugnada en amparo se limita a dar por buena una conducta privada ilícita que ya había perturbado de hecho el legítimo ejercicio de un derecho fundamental, el «origen inmediato y directo» de la violación no puede estar en la decisión judicial. El propio Tribunal Constitucional ha aludido expresamente al «origen extrajudicial» de la violación que se alega en el proceso constitucional de amparo, con lo que parece admitir lo que para nosotros es evidente: que en estos casos el verdadero origen de la lesión que se denuncia está en la conducta del particular. Lo que se dilucida realmente en el proceso constitucional de amparo es la licitud o ilicitud constitucional de la actuación del particular que aparece como presunto autor de la violación inicial. De ahí que podamos interpretar la concesión del amparo en estos supuestos como un reconocimiento implícito de la operatividad entre particulares de tales derechos.

La doctrina de la asunción judicial ya se apunta en el Voto Particular de Tomas y Valiente a la STC 5/1981, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la LOECE (5). Y se formula por primera vez –tímidamente todavía– en la STC 78/1982, a raíz de un recurso de amparo en materia de libertad sindical. En el FJ 1.º, la Sala sale al paso de la objeción planteada por la empresa, que aducía que el amparo no se solicita respecto de una resolución judicial sino frente a actos de un particular, que no son susceptibles de amparo: «La Sala no puede compartir la afirmación de que el recurso no se dirige contra una resolución de un poder público. Basta leer la demanda, y su suplico, para poder afirmar que el objeto del recurso es la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo..., en cuanto revoca la de Magistratura y con ello infringe, a juicio del actor, el derecho de representación sindical. Problema distinto, del que trataremos más adelante, es que al concretar su pretensión el actor solicite en alguna de sus peticiones que el Tribunal haga declaraciones relativas a la nulidad de la actuación de la empresa, lo que como veremos sí puede

(5) «En ocasiones, el miembro de la comunidad escolar que considere violado alguno de sus derechos fundamentales o libertades públicas en materia educativa cuando se trate de centros privados, podrá encontrar notables dificultades para que aquella presunta violación originada, por ejemplo, en un acto del titular o director del centro que obviamente no son poderes públicos, se plasme en un acto de los poderes públicos, contra el cual tendría ya abierto, previo agotamiento de la vía judicial procedente, el cauce de los recursos de amparo. Ante este problema la mayoría de los miembros de este Tribunal no se ha pronunciado en el cuerpo de la Sentencia presente en términos inequívocamente afirmativos de la admisibilidad de tales recursos de amparo y no ha expresado su interpretación al respecto en torno al artículo 44.1 de nuestra Ley Orgánica».

exceder del ámbito del recurso de amparo, tal y como aparece delimitado por el art. 41 de la LOTC». Y añade: «dado que el objeto del recurso es la Sentencia impugnada, hemos de decidir sobre su constitucionalidad, y no sobre la validez o nulidad de la actuación de la empresa como pretende el recurrente». Y efectivamente en el fallo se declara la nulidad de la sentencia y el derecho del demandante a ejercitar sus funciones de representante de los trabajadores...».

En sentencias posteriores ya se da un paso más y se declara el despido radicalmente nulo. Y se ordena incluso la readmisión del trabajador, una obligación que se impone al empresario, pese a que el recurso se dirige contra la resolución judicial. Por cierto, me parece significativo que se descartase la opción de reconducir las violaciones cometidas extrajudicialmente por particulares al terreno del art. 24 CE, como un control de la motivación de la resolución judicial que resuelve el litigio, y se decidiera que la sentencia otorgase el amparo por vulneración del derecho fundamental sustantivo que estuviera en juego.

Mediante este expediente ingenioso –que no resiste sin embargo un análisis de rigor técnico– el Tribunal ha podido contribuir a la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores con soluciones innovadoras como la doctrina sobre el despido radicalmente nulo por vulneración de derechos fundamentales (acogida posteriormente en la legislación laboral), que impone al empresario la carga de acreditar que la decisión de despedir obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate, siempre que el trabajador haya aportado previamente indicios razonables de que el acto empresarial responde a una oculta motivación discriminatoria o contraria a un derecho fundamental.

Se admite, pues, «la nulidad radical de todo acto –público o, en su caso, privado– violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera...» (STC 114/1984, en relación con la inadmisibilidad de las pruebas ilícitamente obtenidas). Una nulidad que no sólo afecta a las actuaciones de particulares que limiten u obstaculicen directamente el ejercicio de los derechos constitucionales, sino que alcanza también, a través de la «garantía de indemnidad», a las medidas de represalia que se adoptan como sanción por el ejercicio de esos derechos (STC 14/1993, que se refiere concretamente al derecho a la tutela judicial).

Son muchas las sentencias en las que se ha acabado por reconocer implícitamente la eficacia de un derecho fundamental en el marco de una relación jurídico-privada, pero casi nunca se alude de forma expresa a la posible *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, una cuestión que él mismo ha calificado de «espinosa». El Tribunal ha preferido no entrar de lleno en la polémica, pasar de puntillas, y no ha definido con claridad su posición al respecto. La declaración de alcance general más importante es la que se contiene en su Sentencia 18/1984. Refiriéndose al art. 41.2 de la LOTC, el Tribunal advierte que este precepto «no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el artículo 1.º de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social, tal y como evidencia la Ley 62/1978...» (6).

(6) Dentro de este apartado, habría que incluir también la reflexión que el Pleno del Tribunal hizo en la STC 114/1995, en respuesta a un recurso que ponía en cuestión la doctrina del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de sexo en la sucesión

El Tribunal ha admitido abiertamente, desde un principio, la eficacia *inter privatos* de ciertos derechos que se ejercen precisamente en el ámbito de las relaciones laborales, operando como un límite infranqueable de las facultades de dirección y organización del empresario privado. Es más, no ha tenido ningún reparo en hablar de «los derechos fundamentales de los trabajadores» o de ciertos derechos fundamentales «en su proyección laboral». En este ámbito, encontramos afirmaciones inequívocas, como la que se contiene en la STC 88/1985: «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano». Tan rotunda afirmación se justifica con el siguiente argumento: «Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado social y democrático de Derecho...» (7).

Fuera del ámbito laboral, la STC 56/1995, que resolvió por primera vez un asunto relacionado con el control judicial de las decisiones de un partido político en materia disciplinaria, sostuvo en relación con la presunta vulneración de la libertad de expresión por el órgano del PNV que expulsó a los demandantes, que aunque el derecho proclamado en el artículo 20 CE es, «en esencia» un derecho

mortis causa de los títulos nobiliarios. En dicha Sentencia se afirma que «los efectos de los derechos fundamentales, incluso de los derechos de libertad, rara vez se circunscriben al estricto ámbito de la contraposición entre el poder público y el individuo aislado. Por el contrario, desde su mismo origen, la noción de los derechos, con su consiguiente pretensión de efectividad, supuso una alteración de las relaciones sociales, y no sólo del simple modo de ejercicio del poder político».

(7) Una declaración no exenta de un cierto «tono épico» (J. García Torres y A. Jiménez Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986, p. 125). El Tribunal ya había hecho antes, en la STC 120/1983, algunas consideraciones acerca de los condicionamientos específicos que la relación laboral impone en orden al disfrute de las libertades constitucionales: «la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión». Estos condicionamientos «han de ser matizados cuidadosamente, ya que... no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicompreensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales». Se trata de encontrar un equilibrio entre el ejercicio por el trabajador de sus libertades constitucionales y las exigencias que se derivan del vínculo contractual. Partiendo de la premisa de que el contrato de trabajo no justifica cualquier recorte en el ejercicio de los derechos fundamentales que ostenta el trabajador como ciudadano, la STC 99/1994, que otorgó el amparo solicitado por un trabajador cuyo despido fue declarado radicalmente nulo por violación de su derecho fundamental a la propia imagen, admite que «la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE)». Pero matiza el alcance de esa modulación: si bien la relación laboral «tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la vida humana a los poderes empresariales» y a los requerimientos de la organización productiva, para justificar una restricción de los derechos fundamentales del trabajador «no basta con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento». Es necesario acreditar que no hay otra forma de coordinar el interés del trabajador con las exigencias de la organización empresarial. Una doctrina que se reitera en la STC 90/1997.

frente a los poderes públicos, «este Tribunal ha reiterado que su contenido se extiende a las relaciones entre particulares y puede, por tanto, reivindicarse frente a este tipo de sujetos, aunque en este caso el contenido y ejercicio del derecho se someta a unos límites específicos».

El Tribunal Constitucional niega la polivalencia indiscriminada u homogénea de todos y cada uno de los derechos constitucionales, pero tiende a asumir, con naturalidad, que «algunos derechos fundamentales producen un cierto grado de eficacia en las relaciones entre particulares» (ATC 1069/1987). Son bien elocuentes, en este sentido, las afirmaciones que el Tribunal hace en su Sentencia 177/1988, en su intento de fundamentar la vinculación del convenio colectivo, una norma que no emana de un poder público, al principio constitucional de igualdad. Esta vinculación presupone necesariamente el reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas y el Tribunal es consciente de ello: «Ciertamente, el artículo 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios». Así pues, «las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad». Ahora bien, este principio «no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos». Ha de tenerse en cuenta, en efecto, que «en el ámbito de las relaciones privadas... los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad».

III. LA CUESTIÓN SUSTANTIVA

La pregunta que nos hacemos es muy simple: ¿a quiénes vinculan los derechos fundamentales?; ¿quiénes están obligados a respetarlos? La respuesta a esa pregunta no puede eludir el problema de su posible vigencia en las relaciones entre particulares (la *Drittwirkung* o eficacia frente a terceros, por utilizar la expresión acuñada por la doctrina alemana)

A. LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS EN LA TEORÍA LIBERAL

La aceptación de la vigencia de buena parte de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares presupone la negación de la concepción tradicional de estos derechos como derechos que sólo vinculan al Estado. Una concepción que surge en un determinado contexto jurídico y político, el del Estado liberal. La teoría alemana de los derechos públicos subjetivos, que se elabora en la segunda mitad del siglo XIX, está ligada, por tanto, a una etapa concreta de la historia constitucional.

En las teorías contractualistas, la existencia del Estado se justifica por su capacidad para garantizar las libertades individuales en el seno de la sociedad, frente a

los ataques de los demás. Pero lo cierto es que cuando se instauran los primeros Estados liberales, sus Constituciones protegen esos derechos naturales únicamente en el marco de las relaciones Estado-ciudadano, como límites frente al poder público. Se opta por proteger las libertades frente a lo que se percibe como su principal amenaza. Son los poderes públicos, y la Administración en primer lugar, los enemigos potenciales de las recién conquistadas libertades. El Estado no queda liberado de su obligación de garantizar los derechos primarios a la vida, la libertad o la propiedad en las relaciones intersubjetivas, pero esa tutela se dispensa mediante las normas de Derecho privado.

Detrás de esta construcción late uno de los postulados básicos del liberalismo: la tajante separación entre el Estado y la sociedad. El Código Civil se erige entonces en la verdadera carta constitucional de esa sociedad autosuficiente, sancionando los principios de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como ejes de la regulación de las relaciones jurídicas *inter privatos*. Carece de sentido extender a este tipo de relaciones la eficacia de los derechos constitucionales porque éstas se establecen, aparentemente, entre iguales, y entre iguales las relaciones no pueden ser sino libres. No hay necesidad de proteger a la parte (supuestamente) más débil.

B. ARGUMENTOS PARA UNA RECONSIDERACIÓN DE LA DOCTRINA TRADICIONAL

Son muchos los cambios que se han producido desde entonces y no se entiende por qué hay que mantener a toda costa la fidelidad a una concepción de estos derechos que tuvo sentido en un determinado momento, pero que resulta hoy desfasada, anacrónica. Lo que hay que hacer es poner al día la vieja teoría de los derechos públicos subjetivos, sin concesiones a la pereza mental (8).

Hoy como ayer la realidad desmiente la existencia de una paridad jurídica en muchas de las relaciones que entablan los sujetos privados. El Derecho privado conoce también el fenómeno del poder, como capacidad de determinar o condicionar las decisiones de otros. Basta con observar atentamente la realidad que nos rodea, la progresiva multiplicación de poderes privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. Correlativamente, se registran situaciones de virtual sujeción, en las que las partes contratantes no disponen realmente de la misma libertad para concertar o no una determinada relación, que se presume voluntaria, o de las mismas posibilidades de perfilar el contenido final de las cláusulas «pactadas». Esto sucede cuando, de hecho, una de las partes no tiene más remedio que aceptar unas condiciones dictadas unilateralmente. El poder económico, social o mediático de ciertos individuos u organizaciones anula o compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada. Por eso, no me gusta la expresión «eficacia horizontal», porque las relaciones entre particulares no suelen entablarse entre sujetos que se encuentran realmente en pie de igualdad.

(8) P. PERLINGIERI habla de la necesidad de superar «resistencias conceptuales y prejuicios atávicos» de una determinada cultura jurídica decimonónica («Norme costituzionali e rapporti di diritto civile», en *Rassegna di diritto civile*», n.º 1, 1980, p. 120).

En situaciones caracterizadas por la asimetría, por el desequilibrio entre las partes, quien disfruta de una posición de dominio condiciona la decisión de la parte «débil». Lo que se ejerce en estos casos es un poder formalmente privado, pero con formas de coacción análogas a las de los poderes públicos. Las decisiones de estos poderes privados, a los que se atribuyen con frecuencia amplias facultades de autotutela, son a veces tan imperativas e inmediatamente ejecutivas como las adoptadas por un órgano administrativo (pensemos en el despido de un trabajador).

A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la *Drittwirkung* haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Como organización estructurada jerárquicamente, la empresa genera una situación de poder y, correlativamente, otra de subordinación. Los poderes del empresario (el poder de dirección y el disciplinario) representan, por tanto, una amenaza potencial para los derechos fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de éste en la prestación laboral. El propio Díez-Picazo (9) acaba por reconocer que el Tribunal Constitucional ha otorgado genuina eficacia horizontal a los derechos fundamentales en dos sectores principalmente: las relaciones laborales y las relaciones internas de las asociaciones. Un terreno abonado para ello.

Es necesario adoptar, en suma, una nueva perspectiva que tome en consideración las múltiples dimensiones de la libertad, sin mutilaciones. Los derechos fundamentales deben protegerse, por tanto, frente al poder, sin adjetivos. No hay ninguna razón para pensar que el problema de fondo cambia en función de cuál sea el origen de la agresión que sufre una determinada libertad. El tratamiento ha de ser, en lo esencial, el mismo.

Un segundo argumento sería el arraigo en las democracias contemporáneas del concepto de Constitución como norma jurídica suprema sobre la que se asienta la unidad del ordenamiento. La Constitución ha dejado de ser, simplemente, el estatuto del poder público para convertirse en el «orden jurídico fundamental de la comunidad» (K. Hesse (10)). En un Estado social son también materialmente constitucionales los principios reguladores de las relaciones sociales. Este enfoque unitario impide que el Derecho constitucional y el Derecho privado puedan concebirse como compartimentos estancos, como mundos separados que discurren en paralelo y están gobernados por lógicas radicalmente diferentes. Además, la reconstrucción del ordenamiento en clave constitucional implica que todas las normas del Derecho privado deben reinterpretarse a la luz de la Constitución.

Un tercer elemento de análisis es la profunda crisis de la dicotomía público-privado. El poder público tiende a privatizarse mientras que el privado asume cada vez más connotaciones públicas. Nadie en su sano juicio puede pretender la desaparición de la frontera entre las dos esferas, la pública y la privada, porque la abolición de esta última es justamente el rasgo más característico de un régimen totali-

(9) *Op. cit.*, p. 146.

(10) *Escritos de Derecho Constitucional*, C.E.C., 1983, pp. 16-17. El constituyente no renuncia a configurar la sociedad civil con arreglo a determinadas pautas constitucionales. No se desentiende del modo en que se organiza la vida social. El propio Hesse ha matizado posteriormente estas afirmaciones sobre la influencia de la Constitución en el Derecho privado: la Constitución es ciertamente el orden jurídico fundamental de la comunidad, pero no lo regula todo, sino aquellos aspectos particularmente importantes de la vida estatal y social. El Derecho constitucional proporciona, en suma, «directrices e impulsos» al Derecho privado, además de preservar y garantizar algunas instituciones básicas del Derecho privado preexistente (matrimonio, propiedad) y establecer directamente algunos mandatos, como el de igualdad entre los cónyuges (*Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, 1995, p. 82-84).

tario. Pero no puede negarse que esa frontera se ha ido desdibujando, es cada vez menos nítida. Lo que vemos realmente es una continuidad, un progresivo entrecruzamiento. Pensemos en un fenómeno tan significativo como el de la espectacular expansión de la seguridad privada, una función típicamente estatal. Para complicar aún más las cosas, asistimos al apogeo de otro fenómeno, el de la «huida» del Derecho Administrativo. En diversos ámbitos, la Administración recurre a técnicas jurídico-privadas para poder alcanzar más fácilmente sus objetivos.

El panorama es confuso y va a serlo todavía más en el futuro. La actual tendencia hacia la privatización significará que cada vez más servicios que tradicionalmente han estado en manos de los Estados (como el correo, las comunicaciones telefónicas o las cárceles) dejarán de ser públicos (11).

A los tres factores indicados hay que sumar otro: la incontenible fuerza expansiva de los derechos fundamentales. Su protagonismo en la cultura jurídica actual radica en que las normas que los reconocen son de aplicación directa e inmediata, pero tienen un contenido principal, un sustrato muy abierto, que facilita su penetración en todos los intersticios del ordenamiento. El contenido de los derechos se renueva y enriquece incesantemente: día a día, los tribunales descubren nuevas posibilidades de ejercicio y nuevos escenarios en los que pueden operar.

IV. LAS PROPUESTAS DOCTRINALES

Es a partir de la década de los cincuenta del pasado siglo cuando en Alemania comienzan a oírse voces que defienden la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Esta doctrina fue formulada por primera vez por Nipperdey, presidente del Tribunal Federal de Trabajo. Es en concreto una sentencia de la Sala Primera de este Tribunal del año 1954 la que afirma por primera vez que los derechos fundamentales contienen «principios ordenadores para la vida social» de carácter vinculante, que tienen una significación inmediata para el tráfico jurídico privado (12).

A. CONCEPCIONES QUE NIEGAN LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS

Son pocos los autores que niegan la incidencia de los derechos fundamentales en la esfera del Derecho privado. Pero todavía hay quien considera que esa extensión, *contra natura*, de su ámbito tradicional de aplicación es innecesaria. Las ame-

(11) A. CLAPHAM (*Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 124 y ss y 452-353) propone la «privatización» de los derechos fundamentales, una solución con la que se daría respuesta a la creciente privatización de servicios y funciones que tradicionalmente han estado en manos del Estado.

(12) Curiosamente, la jurisprudencia y los autores que se expresan en lengua alemana rechazan mayoritariamente los argumentos de Nipperdey, con algunas excepciones. Para Leisner, por ejemplo, no se puede seguir sosteniendo que los derechos fundamentales «significan todo en el Derecho público», con una «omnipresencia intensiva» incluso, y «nada en el Derecho privado». En las dos esferas «significan algo»: la última protección del contenido nuclear de la libertad. Los derechos fundamentales se convierten así en el fundamento último de la unidad del ordenamiento (*Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck'sche Verlags., München, 1960, p. 404 y ss).

nazas procedentes de los particulares se contemplan en las leyes civiles y penales y no en la Constitución, que sólo traza los límites que el poder público no puede franquear. Esta es la posición de quienes creen que la Constitución no juega ningún papel en la regulación de las relaciones jurídico-privadas (13). Para este sector, el reconocimiento de la *Drittwirkung* no aporta nada, porque los mismos resultados podrían alcanzarse mediante los tradicionales instrumentos del Derecho civil. Y tiene, en cambio, un coste muy alto: la irremisible degradación de la autonomía privada, criterio de referencia exclusivo y excluyente a la hora de enjuiciar la licitud de los actos privados. Late en el fondo de esta postura la convicción de que la *Drittwirkung* puede ser una especie de «caballo de Troya» que destruya el sistema construido sobre la base del citado principio (14).

B. LA EFICACIA MEDIATA O INDIRECTA

Esta teoría, por la que se inclina una parte de la doctrina, es una solución intermedia que trata de sortear los obstáculos de orden dogmático que dificultan el reconocimiento de la *Drittwirkung* en su versión pura. Esto se consigue condicionando la operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que sí está directamente vinculado por tales derechos. Se requiere concretamente la intervención del legislador o la recepción a través del juez, en el momento de interpretar la norma aplicable al caso.

a) La mediación del legislador

No cabe duda de que al legislador le incumbe, en primer término, la función de concretar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares mediante la regulación del contenido y las condiciones de ejercicio de los mismos en ese ámbito. La ley es el instrumento más apropiado para esta función, el que ofrece más garantías desde el punto de vista de la seguridad jurídica (15).

(13) Esta es la posición de algunos autores anclados en el pensamiento paleoliberal, como E. Forsthoff. En su opinión, para que los derechos fundamentales puedan cumplir una función social no es necesario renunciar a su configuración como límites al poder del Estado: «la libertad significa distanciamiento del individuo frente al Estado». Y nada más: «la Constitución no es un supermercado donde se puedan satisfacer todos los deseos». Es bien conocida su irónica observación acerca de la Constitución como una especie de «huevo cósmico» jurídico del que todo procede. Forsthoff admite que «mediante el desarrollo técnico-social, la red de relaciones y entramados supraindividuales se ha hecho cada vez más espesa, con lo que la libertad de movimientos en la esfera social se ha estrechado también progresivamente para el individuo», pero afirma, a renglón seguido, que los derechos fundamentales «no ofrecen ninguna protección contra ese estado de cosas» (*El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 124-125 y 257-263).

(14) Estos autores, civilistas en su mayoría, llaman la atención sobre la lógica de libertad que atraviesa el Derecho privado. Sus normas se presentan como un modelo de equilibrio en la defensa de las libertades individuales, de modo que la irrupción de los derechos garantizados directamente por la Constitución en este marco de paz social y libertad sería perturbadora. Hay que resolver los posibles conflictos dentro del espíritu propio del Derecho civil, concebido como reducto inexpugnable.

(15) Javier Jiménez Campo pone un especial énfasis en el papel que juega la ley: «el derecho fundamental vive a través y por medio de una legalidad a falta de la cual resulta impracticable» («El legislador de los derechos fundamentales», en *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993, p. 70).

Obviamente, el legislador está sujeto en esta operación de concreción a ciertas limitaciones. Ninguna ley puede suprimir las libertades básicas del Derecho privado. El legislador tiene que lograr un equilibrio, una acomodación razonable entre los derechos en conflicto. El problema es que el cumplimiento por parte del legislador de ese mandato, de ese deber de protección derivado de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, no es justiciable, porque no cabe en nuestro ordenamiento el control de las omisiones legislativas.

Los defensores de la eficacia a través de la ley insisten en que la competencia para determinar el grado de vigencia social de los derechos fundamentales corresponde exclusivamente al legislador y no a los jueces, ni al Tribunal Constitucional. Estos autores no admiten la posibilidad de una ponderación directa de los derechos fundamentales en colisión por parte del juez. Este se convertiría en el «señor», en el dueño del derecho fundamental.

La cuestión es si la intervención del legislador es condición *sine qua non* para la vigencia del derecho en este escenario, de forma que éste sólo desplegaría eficacia frente a particulares cuando y en la medida en que el legislador así lo hubiese previsto. Este es el *quid* de la cuestión. A nuestro juicio, la mediación del legislador, aun siendo altamente recomendable, no puede considerarse un trámite indispensable (como no lo es tampoco en el campo de las relaciones individuo/Estado). No se trata de sustituir el principio de legalidad por el de constitucionalidad, o de relajar la sujeción del juez a la ley, pero no todo se agota en la ley como alfa y omega: hay vida más allá de la ley. La ley no puede preverlo todo, de modo exhaustivo, no puede contemplar todas las situaciones posibles. Y el juez tiene que resolver una infinita variedad de conflictos, que el legislador ni siquiera pudo imaginar. La prohibición de *non liquet* impide que el juez pueda escudarse en la falta de desarrollo legislativo para negar la protección correspondiente *ex Constitutione*. Tendrá que resolver con arreglo al sistema de fuentes, aplicando directamente la Constitución en ausencia de ley.

La experiencia nos indica que existen lagunas en el desarrollo legislativo de los derechos, por lo que no se puede descartar la hipótesis de una eficacia inmediata frente a terceros, aunque sea residual. En la jurisprudencia española no faltan ejemplos: así, el derecho a la libertad de expresión de los trabajadores (al igual que otros derechos no específicos, como el derecho a la propia imagen) no está garantizado expresamente en ningún precepto de la legislación laboral y pocas dudas caben acerca de su vigencia en este ámbito. Sobre todo, después de la reiterada jurisprudencia del TC en esta materia, anulando despidos o sanciones impuestas como represalia por el ejercicio legítimo de dicha libertad. No hubo que esperar a que el legislador tomara cartas en el asunto.

Y es que un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente (16). Pero el derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador, porque su vigencia no queda en manos de éste. No parece compa-

(16) Lo reconoce JIMÉNEZ CAMPO en su prólogo a mi monografía (*La eficacia...*, cit., p. 24): serían derechos de configuración legal y rango legal, derechos condicionados a una delimitación legislativa originaria que debería respetar los principios propios del Derecho privado (como la buena fe) para cohonestar así libertad civil y libertad constitucional.

tible con esa caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (frente a particulares) cuando el legislador así lo decide.

Yo me pregunto, por ejemplo, si hace falta que el legislador regule la libertad de las asociaciones para seleccionar a sus miembros, prohibiendo la discriminación en el acceso a aquellas asociaciones que ostenten una posición de dominio, para resolver un caso como el de la Comunidad de Pescadores de El Palmar (17). En los Estados Unidos, las leyes de derechos civiles tratan de erradicar la segregación social en diversos ámbitos (laboral, vivienda, establecimientos abiertos al público), pero tampoco hay una ley federal que regule las políticas de admisión discriminatorias en las asociaciones privadas (asociaciones cuyos estatutos impiden la adhesión de mujeres o no admiten homosexuales) y contamos con una copiosa jurisprudencia, incluso de la Corte Suprema, sobre el alcance de la *equal clause* de la Enmienda XIV.

Me pregunto igualmente si hace falta una ley para resolver el conflicto entre la libertad ideológica del profesor y el ideario del centro docente privado en el que presta sus servicios. Porque la STC 47/1985 lo resolvió con la Constitución en la mano (18). Como tantos otros. Los tribunales resuelven constantemente estos litigios interpretando las normas constitucionales que reconocen derechos, que son de aplicación directa, y eso no significa «la abolición práctica del principio de legalidad» ni implica, creo yo, que «la libertad del sujeto» quede «a merced de la discreción judicial» (19).

Insisto en que la intervención del legislador es muy saludable y a veces se echa de menos. En España, la Ley 33/2006 zanjó la controversia sobre la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de sexo a la sucesión regular mortis causa en los títulos nobiliarios, suprimiendo la preferencia del varón, pero la STS (Sala de lo Civil) de 8 de marzo de 2016, rescatando o invocando la doctrina de la polémica STC 126/1997, concluyó que la exclusión de los hijos extramatrimoniales –en este caso, la única hija del Conde, fruto de una relación extramatrimonial, cuya filiación fue declarada judicialmente– no afecta al principio constitucional de

(17) Vid. la STS (Sala de lo Civil) de 8 de febrero de 2001, que resolvió el asunto aplicando el artículo 14 CE, y el ATC de 20 de septiembre del mismo año. Es verdad, se dice en este Auto, que el derecho a asociarse conlleva la potestad autoorganizadora, pero el ejercicio de esa potestad está sujeto a límites, entre otros los establecidos directamente en la propia Constitución, y «no puede suponer en ningún caso la lesión de derechos fundamentales de terceros». El Tribunal afirma que «no puede ampararse en la autonomía de la voluntad de las asociaciones privadas una decisión como la enjuiciada..., consistente en denegar u obstaculizar el ingreso a la Comunidad de Pescadores por razón de sexo, cuando esta Comunidad ocupa una posición privilegiada, al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola...».

(18) Al estimar el recurso de amparo interpuesto por una profesora despedida de un colegio privado, no concertado, por no ajustarse en su actividad profesional al ideario del centro, el Tribunal recuerda que los profesores están obligados a respetar el ideario educativo propio del centro y en consecuencia, no pueden dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, de modo que una actividad docente hostil o contraria al mismo puede ser causa legítima de despido, siempre que el empresario pruebe tales hechos. Pero el respeto a la libertad ideológica impide que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del centro sea causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del centro. En ese caso, la recurrente fue despedida, al parecer, por haber declarado en privado a la dirección del centro no ser católica.

(19) J. JIMÉNEZ CAMPO, Prólogo..., cit., pp. 23-24.

igualdad por la propia naturaleza de las distinciones nobiliarias (20). Tesis rebatida en el Voto Particular que formulan los Magistrados D. F. Javier Arroyo y D. Xavier O'Callaghan. En su opinión, si el legislador ha entendido que se viola el principio de igualdad al posponer a las mujeres en la sucesión de los títulos nobiliarios, no hay ninguna razón para que un tribunal mantenga la discriminación de los hijos no matrimoniales, cuando la aplicación de los artículos 14 y 10 de la Constitución, en la interpretación que deriva de los tratados internacionales, exigiría una interpretación que preservase los derechos fundamentales de la hija. Para impedir que la Carta de Concesión de un título nobiliario suponga la perpetuación de una odiosa discriminación (en contra de los hijos habidos fuera del matrimonio) no es necesario aguardar una ley que lo establezca, sino que basta con la aplicación directa de los mandatos constitucionales y/o de los textos internacionales que vinculan al Juez como órgano del Estado que suscribió dichos Tratados (...) No podemos admitir espacios blindados frente a la Constitución, por antigua que sea su data». Se comparte o no este criterio, parece aconsejable la intervención del legislador.

Sin esperar al legislador, la STC 41/2006 incluyó la discriminación por orientación sexual entre las condiciones o circunstancias personales a las que se refiere la cláusula de cierre del artículo 14 CE. En este caso, otorgó el amparo a un trabajador que había sido despedido por su condición de homosexual. Lo mismo cabe decir de la discriminación por razón de edad.

Su intervención sí es indispensable, en cambio, en aquellos casos en los que no se pueda predicar la eficacia inmediata de un derecho constitucional en las relaciones entre particulares, como sucede, por ejemplo, con las medidas de acción positiva. Cabe la posibilidad de que el legislador decida extender esa eficacia, con las debidas cautelas por supuesto, a ese tipo de relaciones. La LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres abrió brecha en este sentido al imponer a los particulares (empresas, partidos políticos, sindicatos) obligaciones positivas con el fin de promover y hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres. Obligaciones legales no derivadas directamente de la Constitución.

b) La mediación del juez

Se ha sugerido una segunda vía de penetración de los derechos fundamentales en el Derecho privado: a la hora de interpretar las normas que rigen las relaciones entre particulares, los jueces han de tomar en consideración estos derechos, que van a llenar de contenido preciso las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados típicos del Derecho común (orden público, buenas costumbres, buena fe...). Bajo esta perspectiva, estos derechos, además de ser derechos subjetivos de defensa, oponibles frente al Estado, operan como normas objetivas que

(20) La sentencia estima el recurso de casación y declara como doctrina jurisprudencial que «cuando la carta de concesión ordene la sucesión en el título nobiliario exclusivamente a favor de hijos y descendientes de legítimo matrimonio, quedan excluidos los hijos extramatrimoniales por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional que estableció la inaplicación del principio constitucional de igualdad a las distinciones nobiliarias, al no existir una disposición legal que establezca a estos efectos la igualdad de todos los hijos, como por el contrario sucede con la equiparación de sexos desde la Ley 33/2006, de 30 de octubre».

incorporan valores dotados de una especial fuerza expansiva, el llamado «efecto de irradiación», que se proyecta sobre todos los sectores del ordenamiento.

Esta tesis, formulada originariamente por G. Dürig, fue acogida por el Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán en la célebre sentencia que dictó en el caso *Lüth* (1958). El TCF anuló la resolución de un tribunal civil que había ignorado el efecto de irradiación de la libertad de expresión en la interpretación del concepto «contrario a las buenas costumbres» del artículo 826 del Código Civil. Los derechos fundamentales no operarían como derechos subjetivos sino como simples parámetros interpretativos. Pero entonces, ¿qué diferencia hay, en la práctica, entre la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación de las normas conforme a la Constitución? No alcanzamos a ver ninguna, francamente.

Esta teoría niega realmente la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Porque lo que se aplica como regla de decisión del litigio es una norma de Derecho privado, interpretada, eso sí, conforme a la Constitución. Es una construcción artificial, una pirueta que intenta soslayar el explícito reconocimiento de la *Drittwirkung* (21).

Uno de los aspectos más llamativos de la decisión del TCF en el caso *Lüth* es que finalmente se estima el recurso, con la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, pero se da a entender que el señor *Lüth* no ejerció un derecho fundamental. Esta contradicción, que se repite en decisiones posteriores, es una buena prueba, a mi juicio, de la inconsistencia de esta doctrina.

C. LA DOCTRINA DE LA *STATE ACTION*: LA ALTERNATIVA NORTEAMERICANA A LA *DRITTWIRKUNG*

Una solución alternativa es la ensayada en los Estados Unidos en aplicación de la doctrina de la *state action* (22). Desde mediados del siglo xx, y siguiendo distintas vías, la Corte Suprema ha ampliado con carácter excepcional el radio de acción de las garantías constitucionales, que en principio sólo establecen límites a la actuación del Estado (*state action*), de modo que las conductas de los particulares quedan fuera del alcance de estas garantías. Esta construcción jurisprudencial, conviene insistir en ello, no pone en cuestión en ningún momento el principio, comúnmente aceptado en aquella cultura jurídica, de que los derechos proclamados en la Constitución sólo vinculan a los órganos e instituciones del Estado. Con la única excepción de la Enmienda XIII (1865), que prohíbe la esclavitud.

Los supuestos en los que se ha aplicado esta doctrina jurisprudencial pueden clasificarse en dos grandes apartados: por un lado, los relacionados con actividades que entrañan materialmente el ejercicio de una «función pública», y por otro, aqué-

(21) Entre nosotros, J. Alfaro rechaza categóricamente la *Drittwirkung* en su versión «fuerte» o inmediata. Y lo hace en estos términos: «la afirmación de la eficacia *inter privatos* no tiene apoyo normativo; altera las competencias del legislador y del poder judicial; es valorativamente contradictoria con los principios constitucionales y metodológicamente incapaz de explicar los problemas que en el ámbito privado plantea el reconocimiento de los derechos fundamentales» (*op. cit.*, p. 121).

(22) *Vid.* J.M. BILBAO UBILLOS: *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (La noción de state action en la jurisprudencia norteamericana)*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

llos en los que se detecta una «conexión» o «implicación» estatal significativa en una actuación aparentemente privada.

Simplificando mucho, la cuestión que se plantea es, en la primera hipótesis, si la actividad desarrollada por actores privados puede considerarse, analógicamente, una función propia del Estado; y en la segunda, si el poder público está suficientemente involucrado en esa actividad: los tribunales se encargarían de medir la intensidad de los contactos o las complicidades que puedan descubrirse. Son dos enfoques diferentes, aunque en muchas decisiones aparecen yuxtapuestos, pero ambos conducen al mismo resultado: una ampliación del ámbito de protección de las libertades constitucionales, de tal suerte que determinadas controversias surgidas entre particulares, excluidas en principio de este ámbito, quedan comprendidas finalmente en el mismo. Y esto se consigue mediante una interpretación extensiva del concepto de «poder público», que se dilata hasta cubrir un gran número de actividades en apariencia privadas.

Aparentemente, esta teoría evita el enojoso problema de la posible eficacia de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares (los juristas norteamericanos ignoran olímpicamente la polémica europea sobre la *Drittwirkung*). Pero el problema sigue ahí, latente, y se resuelve, en un sentido u otro, de forma encubierta. El sentido último de la exigencia de una acción estatal, como presupuesto necesario para reclamar la protección constitucional, es, desde un punto de vista sustancial, la salvaguarda de la autodeterminación individual y el pluralismo. La libertad individual, subrayan los partidarios de una interpretación estricta de esta exigencia, podría llegar a desvanecerse si los individuos tuvieran que ajustar su comportamiento en todo tipo de relaciones a los cánones constitucionales. La clave está entonces no tanto en la búsqueda de indicios de una implicación oficial, como en las diferentes propuestas de ajuste o equilibrio (*balancing*) entre el impacto negativo que la acción presuntamente ilícita tiene sobre el agraviado y la necesidad de preservar un reducto intangible de intimidad y libertad en las decisiones personales. En última instancia, el problema de la *state action* acaba por confundirse con la cuestión constitucional sustantiva que se ventila en ese pleito concreto. Como ha puesto de relieve un sector de la doctrina norteamericana (23), cuando lo que se impugna es un acto realizado por un particular, el problema consiste realmente en determinar si la Constitución prohíbe dicho acto. El hecho de que la Corte Suprema, con muy pocas excepciones, haya apreciado siempre una violación del derecho constitucional después de encontrar suficiente *state action* proporciona un sólido apoyo a esta interpretación.

Lo cierto es que, pese al tenor literal de las cláusulas constitucionales y al peso de una cultura jurídica y política profundamente liberal, los jueces norteamericanos llegaron en la práctica bastante más lejos que sus colegas en otros ordenamientos en los que la eficacia unidireccional de las normas que reconocen derechos fundamentales ha sido objeto, al menos, de discusión. En los últimos tiempos, son pocas las decisiones en las que se ha aplicado esta doctrina, pero el debate doctrinal sigue siendo intenso. Se sigue escribiendo mucho sobre esta cuestión y pode-

(23) Vid. E. CHERMERINSKY, «Rethinking State Action», *Northwestern University Law Review*, vol. 80, (1985), pp. 503-557.

mos encontrar posturas para todos los gustos. No faltan incluso quienes defienden abiertamente la aplicación horizontal de las normas constitucionales (24).

Esta doctrina jurisprudencial, es, en definitiva, una respuesta original a un problema universal. Una solución que podría servir para encontrar una salida relativamente sencilla, en nuestro ordenamiento, a los conflictos que pueden suscitarse dentro de un centro docente privado sostenido con fondos públicos. O para resolver los relacionados con los establecimientos abiertos al público (sometidos a un régimen de licencia administrativa, una conexión relevante a los efectos delimitar el alcance del «derecho de admisión»), o con los concesionarios de servicios públicos o de dominio público, que ostenten facultades o ventajas exorbitantes.

D. LA EFICACIA INMEDIATA

Como puede deducirse de lo expuesto hasta ahora, defender la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros es afirmar la virtualidad directa de la mayoría de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a las violaciones procedentes de sujetos privados.

A diferencia de la Constitución portuguesa, cuyo artículo 18.1 dice que «los preceptos constitucionales concernientes a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a las entidades públicas y privadas», en el articulado de la Constitución española no hay puntos de apoyo sólidos, concluyentes, para acoger la tesis de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales con carácter general, aunque tampoco los hay, a nuestro juicio, para rechazarla rotundamente. A la hora de buscar apoyos en el propio texto constitucional, los defensores de una eficacia inmediata suelen esgrimir, como principal argumento, el enunciado del artículo 9.1, que reconoce expresamente la sujeción de los ciudadanos a la Constitución. Lo que sucede es que esa sujeción de los ciudadanos no tiene el mismo alcance, la misma intensidad que la vinculación de los poderes públicos a la Constitución. En palabras del propio Tribunal Constitucional, la sujeción establecida en el citado precepto se traduce en «un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución,... los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución» (STC 101/1983).

(24) Cass R. SUNSTEIN publicó en 2002 un artículo titulado «State Action is Always Present» (*Chicago Journal of International Law*, vol. 3: n.º 2, Article 15). En su opinión, la verdadera cuestión no es si hay o no *state action* sino si esa *state action* relevante es inconstitucional. Y subraya el hecho de que muchos de los llamados derechos negativos no requieren sólo la abstención del Estado sino su asistencia (obligaciones positivas de protección): no puede existir propiedad privada sin la protección de la ley, que sanciona la intromisión en un dominio privado, ni libertad contractual sin unos tribunales que hagan cumplir los contratos. Plantea el caso de un empleador que despide a un trabajador por ser homosexual o se niega a contratar mujeres. Es el Estado el que con su legislación autoriza al empleador a adoptar esa decisión, el que le confiere esa facultad. *Vid.* también D. BARAK-EREZ, «A State Action Doctrine for an Age of Privatization», *Syracuse L. Rev.*, vol. 45, n.º 4, 1995, pp. 1169-1192; M. TUSHNET, «The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law», *International journal of constitutional law*, vol. 1, n.º 1, 2003, pp. 79-98.

En cambio, quienes niegan esta dimensión *inter privatos* ponen el acento en el artículo 53.1, que dice que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II «vinculan a todos los poderes públicos», sin mencionar a los sujetos privados entre los potenciales obligados. Es verdad que los derechos fundamentales se caracterizan por su especial resistencia frente a los poderes públicos. Quizá esa singularidad, ese énfasis en la vinculación de las autoridades públicas ha terminado por ocultar su cualidad primaria de derechos subjetivos potencialmente exigibles frente a todos.

En cualquier caso, esa posible eficacia no puede fijarse de modo general y uniforme, tomando como referencia la categoría en su conjunto. Hay que tomar nota, en primer lugar, de la diversidad estructural de los derechos constitucionales, de la aptitud intrínseca de cada uno de ellos para operar directamente en el ámbito de las relaciones privadas. Y en este orden, lo primero que constatamos es que hay derechos fundamentales cuya polivalencia no se discute, es inherente a la propia definición del derecho. En nuestra Constitución se reconocen derechos, de rango fundamental, cuyo ámbito natural de ejercicio es el de las relaciones laborales. Me refiero, claro está, a los derechos de huelga y libertad sindical (art. 28 CE). El primero quedaría vacío de contenido prácticamente si no vinculara a los empleadores privados, y el segundo comprende lógicamente el derecho a la actividad sindical dentro de la empresa. A éstos habría que añadir los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que no son sino derechos de la personalidad constitucionalizados, que mantienen su originaria eficacia *erga omnes*; el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la protección de los datos personales, o la cláusula de conciencia que pueden invocar los periodistas justamente frente a las empresas en las que trabajan. En todos estos supuestos, esa proyección pluridireccional, *erga omnes*, formaría parte del contenido esencial del derecho fundamental, indisponible para el legislador. La tesis, un tanto esquizofrénica, de que el derecho de huelga o el derecho a la intimidad es un derecho fundamental cuando se ejerce frente al Estado y un derecho de rango infraconstitucional cuando el sujeto obligado es un particular no se sostiene.

En el extremo opuesto se encuentran aquellos derechos o principios que, por su propia naturaleza, son oponibles únicamente frente al Estado. Derechos como el de sufragio y acceso a los cargos públicos, el principio de legalidad penal, la prohibición de la tortura o de la misma pena de muerte, las garantías del detenido o las expropiatorias son invocables exclusivamente frente a los órganos del Estado.

En los demás casos la cuestión está abierta y tendrá que dilucidarse atendiendo a la naturaleza del derecho y a las circunstancias del caso (25). En principio, todos ellos pueden conjugar ambas dimensiones y ser omnidireccionales, aunque se concibieran originariamente como derechos de defensa frente al Estado. La libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 fue una conquista histórica frente a la intolerancia estatal, pero su ejercicio no puede ser hoy causa de despido (excepto en las empresas de tendencia) y no cabe duda de que la cláusula del art. 16.2 («Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias») puede invo-

(25) En esa dirección parece apuntar el Estatuto de Cataluña de 2006, cuando dispone en su artículo 37.1 que «los derechos reconocidos... vinculan a todos los poderes públicos de Cataluña y, de acuerdo con la naturaleza de cada derecho, a los particulares». Una fórmula idéntica se recoge en el artículo 17 del Estatuto de Castilla y León, tras su reforma de 2007.

carse frente a cualquier intromisión ilegítima, porque se formula como una prohibición absoluta que concierne tanto a los poderes públicos como a los particulares. Esa ampliación del círculo de sujetos obligados se observa también en otros derechos, como la libertad personal o la libertad de expresión.

Estos derechos no cambian de naturaleza ni de contenido por el hecho de operar frente al Estado o entre particulares. Lo que cambian son los límites, los intereses en conflicto. La diferencia radica en que en la esfera de las relaciones Estado-ciudadano el conflicto se plantea entre el titular de un derecho fundamental y un poder público que, en principio, no lo es. En cambio, el conflicto en la esfera de relaciones ciudadano-ciudadano surge normalmente entre titulares de derechos que entran en colisión.

El análisis de la copiosa jurisprudencia sobre la materia ha llevado a un sector de la doctrina a la convicción de que dar ese paso, admitir la eficacia *inter privatos* de la mayor parte de los derechos fundamentales, con todas las matizaciones, modulaciones y cautelas que resulten necesarias, es una solución prácticamente inevitable. Podemos discutir en qué medida rigen en las relaciones entre particulares, pero si se toma en serio el carácter normativo de la Constitución no se puede negar, de entrada y categóricamente, cualquier atisbo de eficacia directa en ese ámbito.

La teoría de la eficacia inmediata implica que, con legislación de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como regla de decisión. Dada la confusión que reina en torno a este tema, conviene aclarar que la habitual contraposición entre eficacia mediata e inmediata, como si fueran conceptos excluyentes, es una falsa disyuntiva. Ambas modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente.

Y otra puntualización no menos importante: se suele presentar a los partidarios de la vinculación inmediata como patrocinadores de la eficacia indiscriminada o incondicionada de los derechos fundamentales, cuando esta teoría no tiene por qué conducir a soluciones distintas, más incisivas, que las que resultan de la aplicación de las otras (el legislador puede llegar tan lejos como el juez y la legislación antidiscriminatoria norteamericana es un buen ejemplo). Admitir bajo determinadas circunstancias esa vigencia no prejuzga en absoluto el resultado de la ponderación, no significa que el derecho en cuestión vaya a prevalecer necesariamente en caso de conflicto.

Eficacia directa de los derechos fundamentales, sí, por qué no, pero siempre matizada, atenuada, con un alcance que tendrá que ser graduado o modulado en cada caso atendiendo al peso relativo de los derechos o intereses con los que aquéllos entran en colisión. Habrá que recurrir a la técnica de la ponderación para medir su alcance en cada caso. Porque esa eficacia encuentra, ya lo hemos señalado, límites. Lo que sucede es que son límites distintos, específicos, derivados de los principios estructurales y los valores propios del Derecho privado (26). Lo que

(26) La existencia de determinados límites no tiene nada de extraordinario. Los derechos fundamentales tampoco son ilimitados cuando se esgrimen frente al poder público. En esta dimensión, ningún derecho se impone de forma absoluta e inapelable, automáticamente, en cualquier circunstan-

está en juego es el frágil equilibrio entre estos derechos y el principio de autonomía negocial. Este principio vertebrador del sistema del Derecho privado no puede concebirse hoy como un dogma, ni como una patente de corso o salvoconducto para justificar imposiciones arbitrarias. Se ve sometido ahora a nuevas limitaciones, pero no se disuelve, ni mucho menos. Es más, tiene un claro anclaje constitucional (27). Este principio, ha dicho Hesse, «peligraría si a los hombres, en sus relaciones entre ellos, no les fuera permitido apartarse de los principios constitucionales que en la esfera de la actuación estatal son irrenunciables» (28). A nadie se le puede obligar a organizar su vida privada con arreglo a los valores constitucionales. Es el precio que hay que pagar por preservar una sociedad de hombres libres.

Ciertamente el riesgo de ahogar la libertad contractual existe. Basta pensar en las consecuencias de una aplicación mimética del principio de igualdad en la esfera privada. Puede acarrear, en efecto, consecuencias absurdas e insostenibles. Sería algo así como meter un elefante en una cacharrería. Sobre este riesgo se puede, ciertamente, especular, pero ni ese panorama apocalíptico es una consecuencia automática del reconocimiento de la eficacia frente a terceros, ni el temor a los posibles excesos puede hacer olvidar el peligro, más tangible aún, de indefensión del ciudadano frente a los poderes privados. Obviamente, un comerciante no tiene por qué tratar exactamente igual a sus proveedores, ni el acreedor está obligado a tratar a los deudores de la misma forma. Un inquilino tampoco podría oponerse al desahucio por falta de pago de la renta alegando el hecho de que el arrendador no ha desalojado a otro inquilino en las mismas circunstancias. En lugar de imponer rígidamente a cada individuo que trate a los demás con exquisita igualdad en sus relaciones recíprocas, obligándole a justificar cualquier desviación de esa regla, se debe permitir un espacio de espontaneidad y hasta de arbitrariedad. Porque existe un reducto de vida auténticamente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en el que los individuos no tienen que dar explicaciones y son libres para seleccionar las personas con las que van a relacionarse (pueden asociarse con quienes crean conveniente) y para regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias).

De acuerdo con este planteamiento, mayoritario en la doctrina, el principio de igualdad no operaría *ex Constitutione* como límite de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado. La vinculación al principio de igualdad puede imponerse, eso sí, por vía legislativa, como sucede en el ámbito laboral, en la normativa reguladora de las asociaciones o en los procedimientos concursales.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ya dijo en su Sentencia 108/1989 que la autonomía de los sujetos privados sí está limitada «por la prohibición de incurrir en

cia. Y, sin embargo, nadie discute su eficacia inmediata. Son los propios defensores de esa eficacia los primeros en subrayar que ésta no es indiscriminada. GOMES CANOTILHO, por ejemplo, propone la aplicación de «soluciones diferenciadas», que estén en consonancia con la naturaleza del derecho o derechos en juego y el contenido concreto de la relación (*Direito Constitucional*, 6.ª ed. rev., Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 595 y ss).

(27) No hay que olvidar que la autonomía de la voluntad es plasmación de un principio general de libertad que la Constitución no ha podido sino reforzar» (J. GARCÍA TORRES / A. JIMÉNEZ-BLANCO, *op. cit.*, p. 14).

(28) *Derecho Constitucional...*, cit., pp. 61 y 64.

discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE». Si se parte del convencimiento de que la discriminación es un fenómeno social antes que jurídico, es evidente que no basta con desterrar la discriminación legal. Porque no estamos ante episodios aislados de tratamiento desigual, sino ante una práctica sistemática, generalizada, que muchas veces no viene impuesta por una norma jurídica sino que es el resultado de un patrón o pauta de conducta social implícita, de estereotipos muy arraigados, como el de la inferioridad de la mujer o de ciertas etnias. Hay que combatir, por tanto, la discriminación social, los usos o conductas discriminatorias privadas que tengan una proyección social, y resulten, por ello, intolerables. De poco sirve acabar con la discriminación ante la ley o con la imputable en general a los poderes públicos si no se consiguen erradicar las diversas formas de segregación social, si no se ataca la raíz del problema, que es el prejuicio social.

Coincido con Jesús Alfaro (29) en que hay dos criterios que podrían ser útiles a la hora de medir la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico-privado. Dos criterios que pueden ayudar al juez a decidir, por ejemplo, en qué medida el consentimiento del afectado excluye la inconstitucionalidad de la autorregulación privada. En primer lugar, la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra o cuando la propia relación jurídico-privada constituya en sí misma un bien escaso, dadas las dificultades objetivas que encuentra el particular para satisfacer los objetivos que persigue a través de una relación alternativa. Cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor será la necesidad de protección (30). En segundo lugar, esa incidencia será más intensa cuando es la propia dignidad de la persona humana la que se ve afectada. Todo el orden jurídico, el público y el privado, se funda en el respeto al valor absoluto de la dignidad humana, como núcleo intangible e indisponible que debe ser preservado frente a cualquier agresión. La vulneración de la dignidad está directamente relacionada en algunos casos con la repercusión pública o trascendencia social del acto lesivo.

Asumida la necesidad de dilucidar en cada caso y mediante la correspondiente ponderación el alcance del derecho en el concreto conflicto surgido entre particulares, ninguna objeción insuperable puede hacerse a esta modalidad de *Drittwirkung*. La cuestión no es tanto si hay o no eficacia (así, en abstracto, como si se tratase de una disputa metafísica o teológica), sino la medida o intensidad de esa eficacia (cuánta eficacia). Ese es el verdadero debate (31). El procedimiento a seguir es bien sencillo. Habrá que determinar primero si en una determinada relación jurídico-privada rige un concreto derecho (no existe, por ejemplo, un derecho de acceso a los medios de comunicación privados o a ser admitido en una asociación) y, des-

(29) *Op. cit.*, pp. 93 y ss.

(30) Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible, porque falla entonces el presupuesto o fundamento de la protección de esa autonomía. Dicho de otro modo, el grado de autonomía real de las partes puede ser un criterio válido y útil para resolver los posibles conflictos. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, una cláusula contractual no resulta válida «por el solo hecho de haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad» (STC 241/1988).

(31) Esto significa tomarse en serio el problema, huyendo de las simplificaciones y abandonando la «mística» (Clapham) de la doctrina de la *Drittwirkung*, las elucubraciones teóricas de espaldas a la realidad.

pejada esa incógnita, precisar, en un segundo momento, hasta qué punto ha de ser respetado por un particular.

La solución de la vigencia inmediata, así entendida, parece una respuesta apropiada a las exigencias de la libertad en el momento presente. Una aproximación a las experiencias del Derecho comparado pone de relieve, en efecto, la práctica universalidad de la polémica y la predisposición a aceptar de hecho, con una cobertura dogmática más o menos convincente, la polivalencia de algunos derechos fundamentales, aunque sea en muy contados casos.

V. LA EXPANSIÓN DE LA *DRITTWIRKUNG* DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Basta leer el programa de estas Jornadas para hacerse una idea de hasta qué punto se ha extendido la idea de que los derechos fundamentales despliegan eficacia, de un modo u otro, en las relaciones entre particulares. Se ha abierto paso en muchos ordenamientos de tradiciones muy distintas (32). Y también en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos (33). Prueba de ello es la inclusión de una sesión específica para analizar, con los más cualificados especialistas, la incidencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en las relaciones entre particulares y la aplicación en dichas relaciones de las libertades comunitarias y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por esa razón, dejo fuera del foco la evolución experimentada en Europa para detenerme únicamente en la consolidación de la *Drittwirkung* en los países de América Latina.

A. LA RECEPCIÓN DE LA *DRITTWIRKUNG* EN IBEROAMÉRICA

La acogida de esta doctrina en Iberoamérica ha sido tardía, pero en las tres últimas décadas la semilla importada de Europa ha prendido y ha germinado en muchos países. Es hoy una doctrina firmemente arraigada en el ecosistema jurídico latinoamericano. Algunos datos vienen a corroborar esa percepción.

Cada vez son más los ordenamientos de la región que admiten expresamente el recurso de amparo o la acción equivalente contra particulares: es el caso de Paraguay (artículo 134 de la Constitución de 1992), Venezuela (desde 1988), de Perú (artículo 200.2 de la Constitución de 1993), de Ecuador (artículo 88 de la Constitución de 2008), de Bolivia (artículo 128 de la Constitución de 2009) o de Costa Rica (desde 1989, pero sólo cuando actúen en el ejercicio de funciones o potestades públicas o se encuentren, de hecho o de derecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes son claramente insuficientes o tar-

(32) *Vid.*, por ejemplo, Dawn Oliver & Jörg Fedtke (eds.): *Human Rights and the Private Sphere*. Vol. 1: *A Comparative Study*, Routledge-Cavendish, London-N. York, 2007; y Rafael SARAZÁ, «Sudáfrica: derechos fundamentales, “apartheid” y relaciones entre particulares», *Jueces para la democracia*, n.º 62, 2008, pp. 127-135.

(33) *Vid.* A CLAPHAM: *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006.

díos). En otros países de Centroamérica como El Salvador o Guatemala, la Corte Constitucional ha admitido también amparos contra particulares cuando estos ocupan una posición de supremacía. En la República Dominicana, la Constitución de 2010 prevé en su artículo 78 que la acción de amparo para reclamar la protección de los derechos fundamentales pueda promoverse «cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares» (34). Y la Constitución colombiana de 1991 prevé en su artículo 86 que la acción de tutela procede en determinados supuestos frente a violaciones imputables a particulares: «La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión». La Corte Constitucional ha precisado que «la acción de tutela contra particulares es viable cuando se intente proteger, dentro de las tres situaciones fácticas que contempla la norma constitucional, cualquier derecho constitucional fundamental, sin discriminación alguna».

En cuanto a los principales hitos jurisprudenciales, nos limitaremos a destacar algunos que pueden servir de botón de muestra. Por orden cronológico, habría que recordar, en primer lugar, la conocida afirmación contenida en la sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina en el caso *Kot* (1958): «Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos (...) esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad» Y añade: «Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico... Estos entes colectivos representan una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales...» (35). Una declaración temprana, pero aislada. Ese mismo año, el Código Procesal Civil y Comercial introdujo el amparo contra actos de particulares y fueron varias las Constituciones provinciales que incorporaron el amparo contra particulares. En la actualidad, la Constitución Nacional de la República Argentina de 1994 señala en su artículo 43 que «toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley».

En la jurisprudencia chilena, la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1983 marca un precedente cuando afirma que «los preceptos de esta Constitución [se refiere en concreto al artículo 6] obligan tanto a los titulares o

(34) La LOTCPC de 2011 dispone en su artículo 65 que «la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de una autoridad pública o de cualquier particular, que en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta lesione, restrinja, altere o amenace los derechos fundamentales consagrados en la Constitución».

(35) Sentencia de 5 de septiembre de 1958 en los autos «Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus». La Corte ordena la devolución a la firma propietaria de una empresa textil de la fábrica ocupada ilegítimamente por los trabajadores.

integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo». Más recientemente, tiene especial interés la sentencia de ese mismo Tribunal de 26 de junio de 2008, en el caso ISAPRE (en relación con el derecho a la salud).

Más contundente aún se mostró el Tribunal Constitucional del Perú en su Sentencia de 13 de marzo de 2003, en el caso Llanos Huayco, que representa la culminación de una línea jurisprudencial en relación con los despidos arbitrarios que entrañan una violación de derechos constitucionales, que sigue la estela de la doctrina del despido radicalmente nulo acuñada en su día por el Tribunal Constitucional español. Aunque se trata de una controversia laboral entre particulares, la Sentencia analiza extensamente la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. A su juicio, el art. 38 de la Constitución peruana («Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución»), establece la vinculatoriedad *erga omnes* de la Constitución, de manera que la fuerza normativa de la Constitución se proyecta también sobre las relaciones entre particulares, por lo que cualquier acto proveniente de una persona natural o jurídica de Derecho privado que pretenda conculcarlos deviene inexorablemente inconstitucional. Y el afectado puede reclamar su restablecimiento a través de los procesos constitucionales previstos. En efecto, la acción de amparo procede contra actos u omisiones de particulares y eso significa que «los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones *inter privatos*».

Constatada la existencia de un despido arbitrario, no bastaría con ordenar el pago de una indemnización, lo que procede es la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo. Porque en este cauce no se discute simplemente la existencia de una justa causa de despido sino la presencia de una motivación ilícita, la vulneración de un derecho constitucional, como factor determinante de la decisión empresarial: lo que se protege no es la estabilidad laboral del trabajador sino el pleno disfrute de sus derechos fundamentales. Por eso se considera radicalmente nulo el despido de un trabajador por su condición de afiliado a un sindicato o su participación en actividades sindicales o el motivado por su sexo, raza, religión u opinión política.

En Bolivia, la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de abril de 2006 estimó la demanda de amparo presentada por Ana Marconi, una camarera que alegaba que como consecuencia de la información proporcionada por la Caja Nacional de Salud a su empleador, que tuvo conocimiento por esa vía de su condición de portadora del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), fue objeto de discriminación por los responsables del hotel donde venía trabajando, que le despidieron mientras se encontraba en situación de baja médica. Esta revelación fue considerada por el Tribunal como una evidente vulneración de normas nacionales e internacionales que protegen a las personas portadoras de VIH, así como un incumplimiento de la normativa interna sobre el particular, que prescribe la estricta confidencialidad que deben observar los respectivos seguros sociales, a los que les está vedado informar al empleador sobre el estado de salud de los pacientes. Se había vulnerado, pues, su derecho a la privacidad (36).

(36) El Tribunal invoca como precedente la Sentencia 505/1992, dictada por la Corte Constitucional de Colombia, en la que ya se decía que «el infectado o enfermo de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas. Sin embargo, debido al carácter de la enfermedad, las autoridades están en la obligación de darles a estas personas protección especial con miras a garantizar sus dere-

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (37), se ha acogido la doctrina de la «acomodación razonable» entre las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y las exigidas por la práctica religiosa, de manera que el empleador facilite el ejercicio de la misma siempre que sea posible esa compatibilidad. Así en las Sentencias 982/2001 y 327/2009, la Corte declaró nulo el despido de dos trabajadores que se negaron a acatar la modificación sobrevenida de la jornada de trabajo que les obligaba a trabajar los sábados, porque eran fieles de una religión, la judía, que establece como fiesta semanal preceptiva el *sabbath*. Tras comprobar que en este caso la celebración del día sagrado constituía un elemento fundamental del credo que profesaban los trabajadores, y que éstos vivían sus preceptos de forma seria y no acomodaticia, con tal grado de compromiso que se expusieron incluso al riesgo de ser despedidos, la Corte llegó a la conclusión de que la conducta empresarial resultaba arbitraria, al no satisfacerse las exigencias del juicio de proporcionalidad y comprobarse que el empleador disponía de otras medidas razonables a su alcance que le permitían satisfacer sus objetivos empresariales, sin necesidad de lesionar los derechos de los trabajadores. La Corte ordenó la readmisión de los trabajadores arbitrariamente despedidos.

En la Sentencia 800/2002, la Corte Constitucional colombiana protegió la libertad de cátedra de un profesor de un centro privado de ideario católico, a quien se despidió por haber recomendado a sus alumnas del último año de bachillerato la lectura de *El Decamerón*. Según el colegio, la decisión del profesor resultaba contraria al ideario del centro por tratarse de un libro no apropiado para menores de edad, por su contenido erótico. Sin embargo, la Corte consideró que al tratarse de una obra de la literatura universal, su lectura resultaba adecuada en el contexto de la clase de Filosofía y la elección de la obra por el profesor se enmarcaba en el ejercicio de su derecho a la libertad de cátedra y no vulneraba la libertad ideológica del centro ni de las alumnas, que tenían la edad suficiente para leer esta clase de literatura, sin que se hiriera su sensibilidad. Es más, la Corte no creyó necesario proceder a la ponderación de los derechos en conflicto para declarar la nulidad del despido, al entender que no se había lesionado la libertad de conciencia de nadie y no había, por tanto, colisión de derechos, sino violación de los derechos del profesor por parte del centro. Una interpretación más que discutible.

En esta misma sentencia, la Corte constató también la violación del derecho fundamental al debido proceso, por no haber dado al profesor la oportunidad de conocer previamente la causa del despido y poder refutarla. La potestad disciplinaria del empleador «se encuentra sometida al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, específicamente al debido proceso» (Sentencia 593/2014). En otras palabras, cuando un particular tiene la posibilidad de aplicar sanciones o cas-

chos humanos y su dignidad. En particular, el Estado debe evitar toda medida discriminatoria o de estigmatización contra estas personas en la provisión de servicios, en el empleo y en su libertad de locomoción. Los derechos a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, a la salud, entre otros, pueden ser objeto de vulneración o amenaza por parte de las autoridades o de los particulares, en muchos casos, como consecuencia exclusiva del temor que despierta el SIDA».

(37) *Vid.* la tesis doctoral de Sandra Paola Moreno Flórez defendida en enero de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca con el título «La construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales de los trabajadores en Colombia». Ejemplar facilitado por la autora.

tigos, está obligado por la Constitución a observar las reglas del debido proceso. En efecto, la Corte Constitucional viene sosteniendo desde sus primeras sentencias que el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución es directamente aplicable en este tipo de procedimientos disciplinarios (38).

En la Sentencia 535/2003, la Corte amparó la libertad de expresión de un profesor universitario, cuyo contrato anual no fue renovado por publicar en la prensa críticas al rector de su universidad (39). La Corte sostuvo que la crítica a los superiores jerárquicos forma parte del ejercicio de este derecho y no puede dar pie a represalias. En otra sentencia posterior, la 434/2011, al abordar concretamente la libertad de expresión de los sindicatos, dijo que «la empresa puede regular, mas no anular» un derecho que incide directamente en el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores. En este caso, la empresa había infringido la libertad de expresión del sindicato al prohibir en el reglamento interno de trabajo la distribución de panfletos, volantes y demás material propagandístico en la empresa.

En Brasil, una serie de decisiones han reconocido también la vigencia de algunos derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*. Una sentencia emblemática en este sentido fue la dictada en octubre de 2005 por el Supremo Tribunal Federal, en el caso *Unión Brasileña de Compositores (UBC)*. Lo que se dilucidaba en este asunto era la posible aplicación de las garantías de defensa y del debido proceso al procedimiento seguido para expulsar a un miembro de la UBC, una asociación sin ánimo de lucro. En su Voto Particular concurrente, el Ministro Gilmar Mendes (que conformó la mayoría, 3/2, junto con otros dos Magistrados) defendió con toda claridad (por primera vez en la historia del STF) la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Los principios constitucionales, que garantizan el respeto a los derechos fundamentales de los socios, operan como límites a la autonomía de las asociaciones, que no puede ejercerse ignorando tales derechos. En este caso, además, la asociación desarrollaba una actividad cuasi-pública y gozaba de una posición de dominio en un determinado ámbito social y económico, en la medida en que gestionaba el cobro de los derechos de autor de sus miembros. El socio excluido no podía percibir los derechos de autor que le correspondían y que constituían su único medio de subsistencia, de modo que la vulneración de las garantías procesales en el procedimiento de expulsión (en el que el afectado no tuvo la oportunidad de defenderse) acaba restringiendo su libertad de ejercicio profesional (40). En la misma dirección se inscriben numerosas deci-

(38) El principio de tipicidad exige, por ejemplo, que la conducta del presunto infractor, las sanciones a imponer, los criterios para la determinación de las mismas y los procedimientos previstos para su imposición, consten previamente por escrito y se formulen de forma clara, expresa e inequívoca.

(39) Se trataba en este caso del rector de una influyente universidad privada, antiguo Ministro de Hacienda y candidato por entonces a la alcaldía de Bogotá.

(40) Al lector español no se le escapa el paralelismo con el caso de la Comunidad de pescadores de El Palmar, en la Albufera (Valencia), que venía negando a las mujeres la posibilidad de integrarse en ese colectivo y ganarse la vida como pescadoras. Esta Comunidad, una asociación de Derecho privado creada en el año 1238 para la explotación económica de la pesca en la Albufera valenciana se regía por normas consuetudinarias, que regulaban entre otras cosas los requisitos para ingresar como miembro de la misma: el principal era el ser hijo de alguno de los pescadores que la integraban. En 1997, cinco mujeres, hijas de pescadores miembros de la Comunidad, solicitaron mediante requerimiento notarial su ingreso en la Comunidad, siendo rechazada su candidatura por la Junta Directiva de la asociación, al no reunir los requisitos exigidos, porque la candidatura no era individual y no

siones de los tribunales laborales en asuntos relacionados con el acoso moral o el derecho a la intimidad del trabajador.

Esta apertura contrasta con el enfoque tradicional que sigue inspirando la regulación del amparo mexicano. Se observan, sin embargo, algunas fisuras en la jurisprudencia, tan apegada, desde la célebre sentencia de la Suprema Corte de 1929, a la concepción tradicional de los derechos fundamentales como límites al ejercicio del poder público. Siempre hubo excepciones a la regla establecida entonces, como dos sentencias de la propia Suprema Corte de 1917 y 1933 en relación con la libertad de expresión, y algunas otras en la década de los sesenta relativas a la aplicación de las garantías de defensa a las sanciones disciplinarias impuestas por sindicatos y asociaciones privadas, decisiones aisladas que pasaron

venían avaladas por dos pescadores en activo (una simple excusa). Las cinco mujeres interpusieron entonces una demanda contra dicho acuerdo alegando la vulneración del artículo 14 CE. El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia, mediante Sentencia de 5 de octubre de 1998, estimó la demanda y declaró el derecho de las actoras a ser miembros de pleno derecho de la Comunidad en las mismas condiciones que los hijos de los pescadores que ya lo eran, acordando la modificación de las normas de admisión para adecuarlas a las exigencias del art. 14 CE y condenando a la Comunidad al pago de una indemnización. Dicha sentencia fue confirmada íntegramente en apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, mediante una sentencia dictada el 24 de junio de 1999. La Comunidad recurrió en casación, recayendo Sentencia desestimatoria de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el 8 de febrero de 2001. A juicio de la Sala, lo que pretendían las solicitantes era poder pescar en la Albufera, esto es, trabajar. So pretexto de deficiencias formales en las solicitudes, no se admitió a las actoras por el único hecho de ser mujeres.

Agotada vía judicial, la Comunidad decidió interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra las referidas sentencias, por violación de sus derechos de igualdad (art. 14) y asociación (art. 22). La recurrente alegaba que dichas resoluciones judiciales habían interpretado y aplicado de forma indebida el principio constitucional de igualdad, porque no se había acreditado la existencia y aplicación de normas de admisión que impidieran el acceso de las mujeres a la Comunidad (no fueron rechazadas por su condición de mujeres sino por incumplir requisitos de presentación de solicitudes). Por otra parte, el art. 14 CE, que garantiza la igualdad de los españoles ante la ley, sólo es oponible frente a los poderes públicos, de manera que la autonomía de la voluntad entre particulares sólo puede ser limitada si así lo dispone la propia Constitución o la ley, por lo que, a falta de precepto constitucional o legal que así lo haga, no puede ser restringido judicialmente aplicando el artículo 14 CE. Según la Comunidad recurrente, las sentencias impugnadas habrían lesionado además su derecho de asociación en su dimensión negativa, al obligarle a admitir cinco nuevas asociadas al margen de los procedimientos ordinarios de ingreso. La Sección 1.ª del Tribunal inadmitió el recurso mediante un Auto de 20 de septiembre de 2001, que confirmó la inicial apreciación de carencia de contenido constitucional de la demanda de amparo. Las Sentencias impugnadas llegaron a la conclusión, en virtud de un razonamiento que no puede tacharse de ilógico o arbitrario, de que la Comunidad de Pescadores de «El Palmar» impedía a las mujeres su acceso como miembros de aquélla, lo que supone una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 CE, ya que la denegación de ingreso en dicha Comunidad implicaba que las candidatas excluidas no podían pescar en La Albufera. En cuanto a la posible lesión de su derecho de asociación, es verdad, admite el Auto, que el derecho a asociarse conlleva la potestad autoorganizatoria, pero el ejercicio de esa potestad está sujeto a límites. El Tribunal afirma que «no puede ampararse en la autonomía de la voluntad de las asociaciones privadas una decisión como la enjuiciada..., consistente en denegar u obstaculizar el ingreso a la Comunidad de Pescadores por razón de sexo, cuando esta Comunidad ocupa una posición privilegiada, al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola, de modo que sólo se puede ejercer la actividad pesquera en ese lugar si se es miembro de dicha Comunidad. Por consiguiente, el ingreso en la Comunidad de Pescadores de «El Palmar», en cuanto medio para el acceso al trabajo y al disfrute de una concesión administrativa, no puede regularse por normas o prácticas que, de forma directa o indirecta, discriminen a las mujeres».

desapercibidas. Pero en los últimos años algo se mueve, pese al arraigo de la concepción tradicional.

Así, la Suprema Corte, en su Sentencia de 11 de octubre de 2000, respaldada de forma unánime por todos los integrantes de la Sala 2.^a, se preguntó si el derecho al secreto de comunicaciones puede ser conculcado por el marido que graba una conversación telefónica mantenida por su esposa con un tercero y presenta la cinta como prueba en el proceso de divorcio. La Sala sostiene que del texto constitucional pueden desprenderse principios universales dirigidos tanto a autoridades como a particulares y llega a la conclusión de que estos últimos pueden cometer un ilícito constitucional con independencia del procedimiento que se prevea para el resarcimiento correspondiente. Aplicando esta tesis al caso concreto aprecia la existencia de una conducta constitucionalmente ilícita, lo que trae como consecuencia la invalidez de la prueba así obtenida. Puede citarse en esta misma línea algunas resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, aunque se trata de decisiones no unánimes y esporádicas, sin continuidad (41).

La Suprema Corte aborda directamente la posible vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en su tesis de jurisprudencia 15/2012, aprobada por la Primera Sala el 12 de septiembre de 2012. El Alto Tribunal reconoce, de entrada, que «la formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil»

(41) En el asunto *Alianza por Nayarit*, resuelto por la Sala Superior del TEPJF mediante una Sentencia dictada el 14 de septiembre de 2005 se suscitó esta cuestión. En julio de 2005 se celebraron elecciones en el Estado mexicano de Nayarit para renovar, entre otros cargos, al Gobernador del Estado. Dicha elección arrojó la victoria del Partido Revolucionario Institucional (PRI) por un escaso margen de votos sobre una coalición electoral denominada Alianza por Nayarit. Dicha coalición promovió un juicio de inconformidad ante el Tribunal Electoral, en contra del cómputo y la declaración de validez de la elección. Entre sus agravios destaca el relativo a una supuesta falta de equidad en los medios de comunicación privados que, a juicio de Alianza por Nayarit, favorecieron descaradamente al PRI, en cuanto a tiempo en antena y contenidos.

La Sala Segunda del Tribunal Electoral del Estado de Nayarit determinó que los agravios de la coalición electoral resultaban infundados ya que los medios de comunicación «están en libertad de seleccionar a qué noticia o información le conceden un mayor tiempo o relevancia» (Sentencia 19 de agosto de 2005). Para la Sala Superior del TEPJF, la argumentación de la Sala regional carecía de todo sustento, ya que «la existencia de un evidente, explícito y claro trato sistemáticamente inocuo o discriminatorio por los medios de comunicación privados hacia los partidos políticos, puede llegar a constituir violaciones a su obligación de respeto a los derechos de tercero». Esta obligación de respeto de los derechos fundamentales por parte de los particulares se funda en dos consideraciones. En primer término, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ha extendido la obligación de respetar los derechos a entidades que no ejercen poderes públicos, como los medios de comunicación; y en segundo lugar, en la supremacía normativa de las disposiciones constitucionales, que vinculan tanto a las autoridades como a «toda persona individual o jurídica, ya sea oficial, social o privada». Este razonamiento se ha reiterado en decisiones posteriores. Pero siempre con el Voto Particular de tres de los magistrados que integran la Sala Superior. A su entender, «ni de la Convención Americana de Derechos Humanos ni de la Constitución mexicana (...) es posible extraer alguna disposición que permita afirmar que los individuos particulares están obligados a respetar los derechos fundamentales».

La Constitución, prosigue la Suprema Corte, «no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable». Para dar una respuesta adecuada a esta cuestión resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. Estos «ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares». Sin embargo, esa vigencia «no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete». La estructura y contenido de cada derecho «permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad».

Más recientemente, tenemos que consignar la tesis de jurisprudencia 37/2016, aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte en su sesión de 10 de agosto de 2016, en cuya virtud «la dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica». Se trata, en definitiva, de «una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta –en su núcleo más esencial– como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada».

Un sector de la doctrina reclama también una revisión de la concepción tradicional (42). El proyecto de Ley de Amparo de la Suprema Corte de Justicia presentado en 2001, elaborado, entre otros, por el maestro Hector Fix-Zamudio, José Ramón Cossío y Arturo Zaldívar, proponía cambios de gran calado, y muy especialmente en el concepto de autoridad responsable (43). En concreto, se proponía modificar el artículo 103 de la ley reguladora del amparo, que se refiere a «leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales» (apuntando inequívocamente a la autoridad pública), para darle una nueva redacción: «Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías». Con la sutil supresión del artículo determinado «la», se abre la puerta a un giro de 180 grados en el sistema de protección de los derechos fundamentales.

(42) Vid. Javier MIJANGOS, *Los Derechos Fundamentales en las Relaciones Entre Particulares. Análisis del caso mexicano*. México, Porrúa, 2007; y Diego VALADÉS, «La protección de los derechos fundamentales frente a particulares», *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, vol. 12, 2011, pp. 439-470.

(43) En la Exposición de Motivos del proyecto se dice que son muchos los supuestos en los que «personas particulares, realizan funciones que originariamente prestaba el Estado y que en su actividad pueden afectar a esfera jurídica de los particulares».

Ese giro se aprecia de manera más clara aún en la definición de autoridad responsable (demandada) del artículo 11. En la ley vigente se dice que «es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado», mientras que en el artículo 4.2 del proyecto se proponía otra noción: «teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria».

B. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS VIOLACIONES COMETIDAS POR PARTICULARES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La necesidad de una protección *erga omnes* se ha abierto camino incluso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casi siempre en relación con la desaparición de personas o con masacres protagonizadas por grupos o agentes no estatales) (44). No deja de ser significativo que en el primer asunto contencioso que tiene que enjuiciar, el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (1988), que tiene su origen en la ejecución extrajudicial de un estudiante secuestrado, torturado y asesinado por miembros de la policía secreta hondureña y paramilitares que actuaban bajo su dirección, la Corte sostuviera (en la línea marcada por el Tribunal de Estrasburgo) que los Estados que son parte del Convenio de San José asumen una doble obligación: una de carácter negativo, la de no infringir ellos mismos, por medio de sus agentes u órganos, los derechos reconocidos, y otra de carácter positivo, la de adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar que todos los sujetos sometidos a su jurisdicción respeten esos derechos, también el ámbito de las relaciones entre particulares (obligación de respetar y hacer respetar los derechos) (45).

De este modo, se hace responsable al Estado (por omisión) de actos ilícitos cometidos por particulares o sujetos no identificados (no imputables directamente, por tanto, a las autoridades públicas) cuando se acredite una falta de diligencia para prevenir o impedir la violación (o una actitud de tolerancia o apoyo incluso), o para investigar los hechos y reparar dicha violación («un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención»).

(44) Vid. Javier Mijangos, «La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007, pp. 583-608.

(45) Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La cuestión se plantea de nuevo en 1996, con el asunto *Blake contra Guatemala*, a raíz del asesinato de dos ciudadanos norteamericanos a manos de un grupo paramilitar. La Corte consideró que estas patrullas de autodefensa actuaban como agentes del Estado porque recibían recursos, armamento, entrenamiento y en ocasiones órdenes de Ejército guatemalteco. La aquiescencia del Estado en relación con las actividades de estos grupos paramilitares permite extender la responsabilidad a las autoridades guatemaltecas. Pero en el voto razonado emitido en este caso por el juez brasileño Cançado Trindade se defiende abiertamente la eficacia *erga omnes* de los derechos consagrados en el Convenio (46).

Esta tesis será asumida por todos los jueces en el año 2002 en un asunto similar (*Comunidad de Paz de San José de Apartadó contra Colombia*) (47) y en la opinión consultiva 18/03, solicitada por México en relación con los derechos de los trabajadores inmigrantes indocumentados, que afirma rotundamente que «los derechos fundamentales [en ese caso, el principio de no discriminación] son límites directos al actuar de los particulares» (48). Esta afirmación es reiterada en la juris-

(46) A juicio de Cançado, es necesario desmitificar la presentación, frecuente e indebida, de ciertos postulados como verdades eternas e inmutables, cuando son, más bien, producto de su tiempo, o sea, soluciones jurídicas encontradas en una determinada etapa de la evolución de derecho, conforme a las ideas prevalentes en la época. Una de estas ideas es la que representa a los tratados internacionales como normas que limitan únicamente la actuación de los poderes públicos. Los tratados de derechos humanos, por el contrario, consagran obligaciones de carácter objetivo y representan estándares de comportamiento dirigidos a la creación de un orden público internacional. En su opinión, el carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas del *jus cogens*, como son los derechos fundamentales previstos en la CADH, que se configuran como obligaciones *erga omnes* de protección y, en consecuencia, son el contenido mínimo de expresión de todas las relaciones jurídicas de los ordenamientos nacionales, incluidas aquellas que se suceden entre actores no estatales [Caso *Personas haitianas y dominicanas de origen haitiano en la República Dominicana*, voto razonado del Juez Cançado a la solicitud de medidas provisionales de 7 de agosto de 2000, fundamento 25]

(47) Caso *Comunidad de Paz de San José de Apartadó contra Colombia*, resolución sobre medidas provisionales de 18 de junio de 2002, fundamento 11, y resolución sobre medidas provisionales de 17 de noviembre de 2004, fundamento 13. En este asunto, revelador de la tragedia a la que vivía sometida entonces la sociedad colombiana, resulta incuestionable que los autores de más de cincuenta asesinatos en un período de nueve meses, son miembros de un grupo paramilitar denominado Autodefensas Unidas de Colombia. A juicio de la Corte, la obligación general de respeto de los derechos fundamentales, prevista en el artículo 1.1 de la Convención, para ser eficaz, «se impone no sólo en relación con el poder del Estado, sino también en las relaciones entre particulares (grupos clandestinos, paramilitares, u otros grupos de particulares)». Esta doctrina se reitera en casos posteriores: *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó contra Colombia, del Pueblo indígena de Kankuamo contra Colombia, o Pueblo indígena de Sarayaku contra Ecuador*. En todos ellos, la Corte insiste en que los Estados parte se encuentran conminados a atender «al amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección (...), caracterizadas por el *jus cogens*, del cual emanan, como normas de carácter objetivo que abarcan a todos los destinatarios de las normas jurídicas, tanto a los integrantes de los órganos del poder público estatal como a los particulares». En la parte resolutive de estas sentencias la Corte condena a los Estados a adoptar las medidas necesarias para la protección y garantía de los derechos fundamentales violados. La imputación instrumental de la violación a los órganos públicos nacionales cumple una función procesal, a fin de articular correctamente el procedimiento contencioso previsto en los artículos 61 y 62 de la CADH. Sin embargo, el juicio que realiza la Corte versa realmente sobre la adecuación de las actuaciones de los particulares a los derechos reconocidos en la Convención.

(48) La propia Corte asume que la Opinión 18/03 se inscribe en «la doctrina jurídica denominada *Drittwirkung*, que se encuentra presente en buena parte de la jurisprudencia internacional». Y tiene una trascendencia respecto del sistema interamericano semejante a la que tuvieron en su día los

prudencia posterior de la Corte. Así, en los casos *El Nacional* y *Así es la Noticia* y *Globovisión* contra Venezuela, (49) que versan sobre el acoso padecido por los medios de comunicación independientes por parte de simpatizantes de la revolución bolivariana, la Corte no puso el foco en la tolerancia y aquiescencia del régimen comandado entonces por Hugo Chávez en relación con las actividades de estos grupos. La argumentación se basa en la idea de que la libertad de expresión, como norma imperativa del sistema interamericano, es un límite directo a la actuación de los particulares y así lo han de entender los órganos judiciales de los Estados miembros.

En el reciente caso *Duque vs Colombia* [Sentencia del 26 de febrero del 2016] en relación con la negativa a reconocer al demandante una pensión tras la muerte de su pareja, por tratarse supuestamente de una persona del mismo sexo, la Corte afirmó en su considerando 104 que «está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona». En consecuencia, «ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual».

Ciertamente la demanda se dirige contra el Estado (no se admiten demandas contra particulares) y es el Estado el que resulta condenado, pero lo que desencadena la responsabilidad del Estado es la violación cometida por un particular. Dicha violación se imputa por exigencias procesales a las autoridades públicas nacionales, pero el juicio que realiza la Corte versa, en el fondo, sobre la adecuación de las actuaciones de los particulares a los derechos consagrados en el Convenio, cuya eficacia es multidireccional.

casos *Young, James and Webster v. Reino Unido* (1981), o *X and Y v. Holanda* (1985) en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el último de los asuntos citados, el Tribunal de Estrasburgo consideró que aun cuando el objeto del artículo 8 del Convenio (derecho a la vida privada) es esencialmente la protección del individuo contra intromisiones de las autoridades públicas, de él se derivan obligaciones positivas que pueden implicar la adopción de medidas para asegurar el respeto efectivo a la vida privada incluso en las relaciones entre particulares».

(49) Caso *Diarios El Nacional y Así es la Noticia* contra Venezuela, resolución sobre medidas provisionales de 6 de julio de 2004, y caso *Emisora de Televisión Globovisión* contra Venezuela, resolución sobre medidas provisionales de 4 de septiembre de 2004.