

# LA EFICACIA (CRECIENTE) DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Juan María Bilbao Ubillos\*

## Resumen

*Se pasa revista a la evolución que ha experimentado en los últimos años el debate sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a sujetos o entidades privadas. Lo que late en el fondo de esta cuestión es la tensión entre el principio de autonomía privada y los derechos constitucionales. Se examinan en primer lugar las novedades más destacadas que se han registrado en relación con esta controversia en nuestro ordenamiento y en otros ordenamientos nacionales para calibrar seguidamente su impacto en el plano internacional y muy particularmente la recepción de la Drittwirkung en la jurisprudencia del TEDH. El trabajo se cierra con una adenda sobre los nuevos frentes que se abren incesantemente, poniendo el foco en uno de ellos: las políticas de moderación de contenidos de los proveedores de servicios de internet (¿una forma de censura privada?) y su responsabilidad por los contenidos ilícitos que circulan por sus redes.*

## Palabras clave

*Derechos fundamentales, Autonomía privada, Poderes privados, Drittwirkung, Impacto de las normas constitucionales en el Derecho privado.*

## Abstract

*It reviews the evolution of the debate on the effects of fundamental rights in relations between private parties in recent years. At the heart of this issue is the tension between the principle of private autonomy and constitutional rights. It first examines the most important developments that have occurred in relation to this controversy in our legal system and in other national legal systems to calibrate then its impact on the international level and, in particular, the reception of the Drittwirkung in the jurisprudence of the European Court of*

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid

*Human Rights. The work closes with an addendum on the new fronts that are constantly opening up, focusing on one of them: the content moderation policies of internet service providers (a form of private censorship?) and their responsibility for illegal content circulating on their networks.*

## Key words

*Fundamental rights, Private autonomy, Private powers, Drittewirkung, Impact of constitutional rules on private law*

SUMARIO: I. El despliegue de la *Drittewirkung* en el ordenamiento español. II. La expansión de la *Drittewirkung* en otros ordenamientos nacionales. 1. La eficacia erga omnes de los derechos fundamentales en los ordenamientos europeos. A. La *mittelbare Drittewirkung* en Alemania. B. El reconocimiento de la eficacia inmediata en el ordenamiento portugués. 2. La doctrina de la *state action* en la jurisprudencia norteamericana. 3. La pujante proyección de los derechos fundamentales en las relaciones privadas en Iberoamérica. A. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia: en la vanguardia desde 1992. B. La apertura del amparo en México y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. III. La responsabilidad del Estado por las violaciones cometidas por particulares en la jurisprudencia del TEDH. IV. Nuevos frentes: las políticas de moderación de contenidos de los proveedores de servicios de internet y su responsabilidad por los contenidos ilícitos que circulan por sus redes. V. Bibliografía.

Es un motivo de orgullo y un verdadero placer participar como ponente en esta nueva edición de las Jornadas del Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, que es una de las mejores de España y alberga además un área de Derecho Constitucional de auténtico lujo, que es desde hace muchos años mi segunda casa académica.

Hace ocho años –el 17 de noviembre de 2016– tuve también la oportunidad de intervenir en el marco de estas Jornadas con una ponencia que acabaría publicándose con el título de «*La consolidación dogmática y jurisprudencial de la Drittewirkung: una visión de conjunto*». Como no procede que repita lo que expuse entonces, trataré de poner el foco en la evolución que ha experimentado el debate sobre este asunto en los últimos años. Pero antes de reseñar las principales novedades, me parece oportuno hacer un balance del estado de la cuestión, a modo de recapitulación, para fijar las coordenadas, el marco conceptual de la discusión.

Comenzaré, por tanto, recordando que la doctrina de la *Drittewirkung*, o eficacia frente a terceros, por utilizar la expresión acuñada por la doctrina alemana<sup>(1)</sup>, es

(1) La doctrina de la *Drittewirkung* fue formulada por primera vez por Nipperdey, insigne civilista y laboralista, presidente entonces del Tribunal Federal de Trabajo, en una sentencia de este Tribunal del año 1954 que afirma que los derechos fundamentales contienen "principios ordenadores para la vida social" de carácter vinculante. Este Tribunal ya había aplicado antes la prohibición de discriminación en las relaciones laborales en algunos supuestos de diferencias salariales entre hombres y mujeres o al invalidar una cláusula contractual que preveía como justa causa de extinción del vínculo laboral que la trabajadora contrajera matrimonio. Y mantuvo durante décadas este enfoque de vinculación

el principal ariete, la principal herramienta dogmática para impulsar la progresiva constitucionalización del Derecho privado y la necesaria limitación de los poderes privados, de esos poderes salvajes y opacos como las grandes multinacionales digitales que imponen su ley (la del más fuerte) en los mercados globales. Una limitación que encuentra no pocas resistencias, más en los círculos académicos –en sectores que denuncian el riesgo de una invasión o hiperconstitucionalización del Derecho privado<sup>(2)</sup>, que en los tribunales, entre los operadores prácticos que aplican el Derecho a pie de obra. Al fin y al cabo, lo que late en el fondo de esta cuestión es la tensión entre el principio de libertad negocial, de autonomía privada, y los derechos constitucionales. Me ocuparé seguidamente del «minuto y resultado» de esta controversia en nuestro ordenamiento y en otros ordenamientos nacionales para calibrar finalmente su impacto en el plano internacional y muy particularmente la recepción de la *Drittewirkung* en la jurisprudencia del TEDH.

## I. EL DESPLIEGUE DE LA *DRITTWIRKUNG* EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Aunque el artículo 53.1 CE dice que los derechos y libertades consagrados en el capítulo II «vinculan a todos los poderes públicos», el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que esa apelación expresa a los poderes públicos como sujetos obligados «no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios» (STC 177/1988). En realidad, estos derechos no cambian sustancialmente de naturaleza ni de contenido por el hecho de operar frente al Estado o entre particulares. La diferencia radica, por un lado, 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, mientras que en la esfera de relaciones *inter privatos* surge normalmente entre titulares de derechos que entran en colisión. Y por otro, en que la vinculación de los poderes públicos es más intensa y comprende determinadas obligaciones positivas (para promover o facilitar el ejercicio efectivo de los derechos) que no recaen sobre los particulares<sup>(3)</sup>.

---

directa de los derechos fundamentales en la esfera laboral. En todo caso, esa sentencia de 1954 fue el disparo de salida del debate

(2) Como ya advertí en mi ponencia de 2017, hay quien considera todavía que la extensión, *contra natura*, del ámbito tradicional de los derechos públicos subjetivos es innecesaria, porque los mismos resultados podrían alcanzarse mediante los tradicionales instrumentos del Derecho privado, que se presenta como un modelo de equilibrio en la defensa de las libertades individuales. Estos autores creen que la Constitución no juega ningún papel en la regulación de las relaciones jurídico-privadas. Y además el reconocimiento de la *Drittewirkung* tiene «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». Están convencidos de que puede ser «una especie de «caballo de Troya» que destruya el sistema construido sobre la base del citado principio» (Juan María BILBAO, «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittewirkung*: una visión de conjunto», *AFDUAM*, núm. 21 (monográfico sobre Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares), UAM / BOE, 2017, pp. 52-53).

(3) Aunque la doctrina de matriz norteamericana sobre la «acomodación razonable» en el ámbito laboral en relación sobre todo con el ejercicio de la libertad religiosa apunta en esa dirección. También lo hace por cierto el Voto Particular concurrente formulado por el magistrado E. Arnaldo a la STC 126/2024, de 21 de octubre, que estimó el recurso de amparo de una madre con hijos menores de

Entre nosotros, la consolidación de esta concepción pluridireccional de los derechos es evidente. En el plano normativo no son pocas las leyes que han incorporado en los últimos años esa dimensión *inter privatos*. Así, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación contiene varios preceptos que inciden de lleno en la esfera de las relaciones jurídico-privadas<sup>(4)</sup>. Destaca por su carácter novedoso el artículo 20 (*Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la vivienda*), que obliga a «los prestadores de servicios de venta, arrendamiento, intermediación inmobiliaria, portales de anuncios, o cualquier otra persona física o jurídica que haga una oferta disponible para el público» a «respetar en sus operaciones comerciales el derecho a la igualdad de trato y no discriminación»<sup>(5)</sup>. La STC 89/2024, de 5 de junio, desestimó el recurso interpuesto contra esos preceptos por la supuesta vulneración del artículo 38 CE, al limitar de forma irrazonable y desproporcionada la libertad de contratación<sup>(6)</sup>.

Una muestra reciente del empeño del legislador por combatir la discriminación practicada por entidades privadas es la aprobación de la LO 2/2024, de 1 de agosto,

---

edad y en situación de vulnerabilidad a la que no se le había aplicado la normativa de protección anti-desahucios. Estas personas –dice Arnaldo– «merecen la mayor atención y ayuda de los poderes públicos en el marco del Estado social, pero no a través de la desnaturalización del derecho de propiedad y del poder de disposición de los propietarios» afectados, para satisfacer, a su costa, una finalidad de interés social como es la protección de personas consideradas en situación de vulnerabilidad.

(4) El artículo 9 (*Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena*) es tajante al disponer que «no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo».

(5) «En particular, queda prohibido: a) Rehusar una oferta de compra o arrendamiento, o rehusar el inicio de las negociaciones o de cualquier otra manera de impedir o denegar la compra o arrendamiento de una vivienda, por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la presente ley, cuando se hubiere realizado una oferta pública de venta o arrendamiento; b) Discriminar a una persona en cuanto a los términos o condiciones de la venta o arrendamiento de una vivienda con fundamento en las referidas causas». Esta prohibición no solo se aplica a los profesionales del sector, sino también a particulares que directamente o mediante portales especializados ofrezcan un inmueble en venta o alquiler. El legislador es consciente de que los casos de racismo en el ámbito de la vivienda no son episodios puntuales, sino que existen unas prácticas discriminatorias normalizadas de agencias inmobiliarias y propietarios que obstaculizan el acceso y el disfrute de este derecho básico a los migrantes racializados y no blancos. Otra cosa es que esas prácticas puedan probarse fehacientemente. Este es un escenario en el que podemos encontrar precedentes de indudable interés: cuatro años después de la aprobación en Estados Unidos de la Ley (federal) de Derechos Civiles de 1964, con normas muy incisivas que prohibían la segregación en el acceso a establecimientos abiertos al público o en el empleo, la *Fair Housing Act* prohibió específicamente la discriminación en el acceso y el disfrute de la vivienda, de modo que nadie puede negarse a vender o alquilar una vivienda a una persona por motivos de raza, color, religión u origen nacional. En 1974 se añadió la discriminación por razón de sexo y en 1988 se extendió la protección a las personas con discapacidad.

(6) Los recurrentes, diputados de Vox, consideraban que los preceptos impugnados deberían prever excepciones para los casos en que concurren circunstancias razonables que justifiquen la no contratación, incorporando explícitamente lo dispuesto en este sentido en los artículos 2.2 y 4.2 de la Ley. Recuerda el Tribunal que «los derechos fundamentales no solo vinculan a los poderes públicos, sino también a los particulares, como señaló tempranamente la STC 18/1984...» y se remite a la doctrina acuñada en la STC 177/1988: «las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad», aunque no pueda tener «el mismo alcance que en otros contextos»; porque su aplicación ha de ser compatible «con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad».

de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, que se aplicará de forma progresiva a los órganos de gobierno de grandes empresas, fundaciones o sindicatos.

La dimensión *inter privatos* está muy presente en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales<sup>(7)</sup>. En su Título X se garantizan una serie de derechos que generan obligaciones para los particulares, como el derecho de acceso universal a Internet, sin discriminación de ningún tipo (art. 81) o el derecho al olvido en búsquedas de Internet (art. 93)<sup>(8)</sup>. En el ámbito laboral, el artículo 87 reconoce el derecho a la intimidad de los trabajadores en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador, aunque permite a éste el acceso al contenido de esos dispositivos «a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos». En todo caso, los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización establecidos por la empresa. El derecho a la intimidad de los trabajadores se protege igualmente «frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo» (art. 89)<sup>(9)</sup> y «ante la utilización de sistemas de geolocalización» (art. 90). Se reconoce asimismo el «derecho a la desconexión digital» de los trabajadores «a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo..., el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar» (art. 88.1).

En nuestros tribunales son muchas las pautas jurisprudenciales que se vienen reiterando de forma recurrente en los últimos años. Así, la STC 99/2021 recuerda, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) que «se pretende garantizar la `impenetrabilidad de la comunicación` por terceros con eficacia *erga omnes...*». En particular, el Tribunal Constitucional sigue contribuyendo de forma relevante a la tutela efectiva de los «derechos fundamentales de los trabajadores» mediante la aplicación de su doctrina jurisprudencial sobre el despido radicalmente nulo por vulneración de derechos fundamentales<sup>(10)</sup>, sobre la «garan-

(7) En su artículo 20 regula el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por los «sistemas de información crediticia» (registros o ficheros de morosos). Y en el artículo 22, el tratamiento de imágenes con fines de videovigilancia por parte de personas o entidades públicas o privadas.

(8) «1. Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información».

(9) Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores, pero «habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa» a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de la medida adoptada. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos o videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores, como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

(10) Así, en la STC 79/2023 se otorga el amparo por vulneración del derecho a la libertad ideológica, en conexión con los derechos a las libertades de expresión y de reunión, a un trabajador despedido tras participar en una manifestación y difundir por las redes sociales fotografías con mensajes políticos tomadas en su puesto de trabajo. El demandante trabajaba como director de la sucursal madrileña de un banco marroquí. Tras participar en una manifestación en la que se denunciaba la situación política del Valle del Rif, fue despedido por hacer un uso indebido de los medios y de la imagen del banco. Para el Tribunal, el banco no es una empresa de tendencia, por lo que la ideología no puede

tía de indemnidad» frente a posibles medidas de represalia por el ejercicio de esos derechos<sup>(11)</sup>, o la inversión de la carga de la prueba cuando existen indicios de discriminación. Aunque no es oro todo lo que reluce: observamos a veces vacilaciones en lo relativo al respeto de la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la protección de los datos personales del trabajador como límite a las facultades de control del empresario<sup>(12)</sup>.

Pero no dejan de plantearse nuevas cuestiones que ponen a prueba el compromiso de nuestros tribunales con la tutela de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores. En la STC 160/2021, de 4 de octubre, por ejemplo, se analiza la posible vulneración del derecho a la protección de los datos de carácter personal como consecuencia de la utilización de la grabación de conversaciones telefónicas mantenidas con los clientes como medio de acreditación del incumplimiento grave de las obligaciones laborales. La singularidad de este recurso radica en que si bien los trabajadores –asesores comerciales de una compañía de telefonía– sabían que les estaban grabando (con el fin de comprobar cómo desempeñan su trabajo), la empresa se había comprometido con la representación de los trabajadores a que esas grabaciones no tendrían «en ningún caso como objetivo su utilización como un mecanismo disciplinario».

---

justificar la restricción de los derechos de sus trabajadores. Existen además indicios razonables y suficientes de discriminación ideológica, dada la conexión (proximidad temporal) entre el despido del recurrente y su participación en la manifestación. La entidad bancaria no acreditó que las razones del despido fueran ajenas al móvil discriminatorio denunciado por el demandante. A la misma conclusión llega la STC 146/2019, que consideró que el despido de un trabajador por criticar la gestión de la empresa en la que prestaba sus servicios conculcó su derecho a la libertad de expresión. Apela una vez más a la necesidad de preservar el equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y la garantía de sus derechos y libertades constitucionales, de modo que la modulación que el contrato puede producir en su ejercicio sea «la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin». En la STC 89/2018 se declaró nulo por vulneración de la libertad sindical en relación con la libertad de expresión el despido de un trabajador, miembro del comité de empresa, que asistió a un pleno municipal portando una careta y una camiseta que exhibía un lema crítico con el comportamiento de la empresa. Y en la STC 22/2023 el Tribunal apreció la existencia de una vulneración de la libertad de expresión en conexión con la libertad sindical, a raíz del mensaje emitido a través del correo electrónico corporativo por el presidente de la Autoridad Portuaria de Cartagena, y dirigido a toda la plantilla, supeditando la continuidad en el ejercicio del derecho de los trabajadores al uso de la vivienda del faro de Mazarrón a la retractación por parte del sindicato CC. OO. de unas manifestaciones críticas con la gestión de dicha Autoridad. Entiende la sentencia que esa actuación, una forma de presión sobre el sindicato, tiene un efecto disuasorio que impide el libre ejercicio de los derechos invocados.

(11) Vid., por ejemplo, la reciente STC 28/2025, de 10 de febrero. O la STS (Social) de 22 de febrero de 2021, que declara nulo el despido de una trabajadora pocos meses después de haber reclamado judicialmente el reconocimiento del carácter indefinido de su contrato.

(12) La doctrina establecida en la STC 39/2016 (caso *Bershka*) se separa ostensiblemente de la línea marcada en otra decisión anterior, la STC 29/2013, que había puesto el acento en el deber de información previa, que formaría parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos y vendría a compensar de algún modo la exención del requisito del consentimiento en la esfera laboral (el consentimiento expreso no es necesario, pero la información previa sí). Un amplio sector de la doctrina laboralista ha denunciado la brecha existente entre la tutela dispensada por el Tribunal de Estrasburgo (de acuerdo con el test *Barbulescu*, se exige una información clara, expresa, sobre la naturaleza y alcance del control empresarial) y la «involución» jurisprudencial de nuestros altos tribunales, el TC y el TS (STS –Sala de lo Social– de 8 de febrero de 2018, por ejemplo). Vid. C. MOLINA NAVARRETE, «El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?», *Temas Laborales*, núm. 145, 2018, pp. 143 y ss.

Tras evocar algunos trazos destacados de la jurisprudencia constitucional y del TEDH sobre la proyección del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) en el ámbito laboral, el Tribunal constata que el empleador cumplió estrictamente la exigencia de información previa y las grabaciones se han utilizado inicialmente para la actividad formativa y de detección de deficiencias, por lo que no se ha vulnerado el derecho del recurrente a la protección de datos de carácter personal<sup>(13)</sup>.

El Tribunal Constitucional se ha mostrado muy firme a la hora de combatir la discriminación de la mujer fundada en la maternidad, que puede revestir muchas formas. Cualquier diferencia de trato o restricción de los derechos asociados con la maternidad puede causar una vulneración del artículo 14 CE (SSTC 2/2017 y 153/2021). En la STC 108/2019 se aprecia la existencia de una violación del derecho de la demandante a no sufrir discriminación por razón de sexo, al habersele impedido el acceso a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, colocándola en una clara desventaja por ser mujer trabajadora y madre. Se trae a colación la rotunda declaración contenida en la STC 182/2005: «la conducta empresarial fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo no puede ser valorada como un mero acto de libertad o como el ejercicio de facultades habilitadas por el Derecho, lo mismo que el interés empresarial latente en ese tipo de decisiones, sea del tipo que sea, no puede legitimarse a través de medidas contrarias al mandato constitucional de prohibición de la discriminación de la mujer».

La vía del recurso de amparo le ha brindado también la oportunidad de pronunciarse por primera vez sobre la discriminación por motivos de identidad o expresión de género en el ámbito laboral<sup>(14)</sup>.

(13) Cuestión distinta es determinar si la interpretación de la cláusula pactada impide o no que la resistencia del trabajador a cumplir las indicaciones empresariales pueda ser considerada como un comportamiento susceptible de ser sancionado. Es una decisión que corresponde en todo caso a los órganos judiciales. Nótese que el demandante de amparo fue despedido por la comisión de una falta muy grave porque en los meses de marzo y abril de 2014 se había constatado hasta en un total de ocho ocasiones una deficiente atención y una dilación injustificada en la resolución de los problemas que le planteaban los clientes. De hecho, fue advertido varias veces de la incorrección de su proceder, a pesar de la cual mantuvo su actitud.

(14) En la Sentencia 67/2022, el recurrente, que se autodefine como persona transgénero, considera que la decisión empresarial de extinguir el contrato en el período de prueba se basa en una actuación discriminatoria, relacionada con su identidad sexual y expresada en el desencuentro entre el recurrente y la empleadora en relación con su forma de vestir en determinadas circunstancias. Se invoca, por un lado, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), que concede a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico e integra no solo el control sobre su captación y reproducción, sino también la facultad de definir esa imagen que nos identifica y nos hace reconocibles frente a los demás, como forma de expresión, además, del libre desarrollo de nuestra personalidad. Por tanto, «la expresión de género, definida como el modo en que una persona exterioriza su género, ... en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética, forman parte integrante del derecho a la propia imagen». Pero en este caso se descarta su vulneración, porque la empresa no prohibió al recurrente portar falda o pantalón, indistintamente, ni impuso un código de vestimenta. De un conflicto puntual en relación con una determinada prenda, en un momento concreto, no se puede derivar la existencia de una limitación constitucionalmente inadmissible del derecho a la propia imagen del recurrente.

Por otro lado, se denuncia una posible discriminación fundada en la identidad de género del trabajador. El Tribunal ya dijo en la STC 176/2008 que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE, es una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» con la que se cierra ese precepto. En este supuesto, sin embargo, la empresa demandada había rebatido adecuadamente los indicios de discriminación y no

En la jurisdicción ordinaria, son incontables las resoluciones que revelan la determinación de los tribunales a la hora de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores. Pero quiero poner el foco en una sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo fechada el 18 de noviembre de 2024. En esta sentencia, la Sala sostiene de forma unánime que la empresa debe ofrecer al trabajador la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él antes de adoptar la decisión de despedirle. De este modo, modifica su propia doctrina, establecida en la década de los años ochenta del pasado siglo, y aplica directamente el artículo 7 del Convenio n.º 158 de la OIT de 1982 (vigente en España desde 1986)<sup>(15)</sup> que dispone que no puede darse por extinguida la relación laboral por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido esa posibilidad de ser oído, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esa audiencia previa. La Sala entiende que en este caso la empresa puede ampararse en esa excepción, porque el criterio mantenido hasta ahora por la jurisprudencia en relación con ese precepto le liberaba de tal exigencia. Por esa razón, este trámite de audiencia previa sólo será exigible en los despidos que se acuerden con posterioridad a la publicación de la sentencia<sup>(16)</sup>.

Llama la atención el reconocimiento expreso de la eficacia frente a particulares de un derecho, como el consagrado en el artículo 23.2 CE, que suele ponerse como ejemplo de derecho oponible únicamente frente a los poderes públicos. En su sentencia 125/2018, el Tribunal Constitucional concluyó que el despido de una empresa pública por absentismo de una trabajadora que era concejal y se ausentaba para asistir a los plenos municipales y otros actos relacionados con su cargo vulneró su derecho al ejercicio de las funciones representativas. La sentencia no deja lugar a dudas: «serán contrarios al derecho reconocido en el artículo 23.2 CE cualesquiera actos tendentes, tanto a impedir la participación de un concejal electo en la deliberación del pleno de una corporación municipal, como la negativa del empresario a facilitar la asistencia del trabajador a tales actos o la calificación de dicha ausencia como injustificada, a efectos de adoptar medidas de carácter disciplinario contra aquél. En definitiva, lo serían todos aquellos actos obstaculivos realizados por el

---

pudo probarse que la causa del despido fuese la expresión externa de esa identidad de género. En los más de cuatro meses en que se mantuvo la relación laboral, el recurrente acudió a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda, sin que ello hubiera supuesto ningún conflicto con sus compañeros o superiores salvo en una ocasión. No puede afirmarse, por tanto, que existiera en el seno de la empresa «un escenario o panorama general discriminatorio» por razón de identidad de género. Sí existe, en cambio, una justificación empresarial de la decisión de extinguir el contrato en período de prueba que no puede ser tachada de irracional o desproporcionada.

En el caso resuelto mediante la STC 81/2024 la recurrente también considera que la decisión de extinguir la relación laboral tuvo su origen en la discriminación a la que fue sometida por razón de su identidad de género, pero se desestima igualmente la demanda.

(15) A su juicio, procede la aplicación directa al ser una disposición que forma parte de nuestro ordenamiento interno (Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales) y puede calificarse de completa, porque no precisa de normas de ejecución que deban dictarse por España y sus términos son suficientemente concretos. Ese derecho a una audiencia previa sí está contemplado, como un trámite del expediente disciplinario, para los representantes legales de los trabajadores y para los afiliados a un sindicato [art. 10.3.3.º de la LOLS y art. 55.1 y 68 a) del ET], pero no para los trabajadores en general. Siendo un requisito exigible por una norma internacional incorporada a nuestro ordenamiento, debe aplicarse de modo preferente, «sin que ello implique que estemos derogando norma interna alguna sino seleccionando el derecho aplicable».

(16) Una doctrina que se reitera en la Sentencia de la misma Sala de 5 de marzo de 2025.

empleador en el ejercicio de sus poderes empresariales». Se declara la nulidad del despido y se ordena la readmisión inmediata de la recurrente.

El mismo criterio se mantiene en la STC 66/2020 ante la negativa empresarial a la reincorporación a su puesto de trabajo de quien había cesado en su condición de concejal con dedicación exclusiva con el único argumento de que su asistencia a los plenos o las comisiones no resulta materialmente conciliable con la observancia de su jornada laboral. Esta argumentación resulta contraria a la efectividad del derecho a la representación política de la demandante de amparo, por lo que se declara la nulidad del despido.

Fuera del ámbito laboral, donde a estas alturas nadie discute la vigencia de los derechos inespecíficos de los que es titular el trabajador en tanto que ciudadano, el Constitucional ha resuelto con mayor o menor fortuna asuntos relacionados con el control judicial de las decisiones de una asociación o un partido político en materia disciplinaria<sup>(17)</sup>. De acuerdo con la doctrina establecida inicialmente en su sentencia 218/1988, el control por la vía del amparo tiene un alcance estrictamente formal, que se circunscribe al examen de la competencia y el procedimiento para sancionar, así como a la existencia –en el plano sustitutivo– de una base razonable para adoptar la medida. Pero lo cierto es que en algunas decisiones posteriores ha ejercido un control más incisivo, entrando a analizar la consistencia de las causas de expulsión y ponderando los derechos en conflicto<sup>(18)</sup>.

En una sentencia reciente, la 129/2023, se aborda la expulsión de una asociación, el Club de Leones de Gijón, de la Federación de Clubes de Leones de España y de la correspondiente Asociación Internacional. La asociación expulsada decidió impugnar esos acuerdos ante los tribunales ordinarios, pero éstos rechazaron su pretensión porque los estatutos de las asociaciones demandadas establecían que los asociados debían agotar los remedios internos de resolución de disputas antes de interponer una demanda judicial. Y el Tribunal valida la tesis defendida en las resoluciones recurridas: acudir directamente a la vía judicial supone un incumplimien-

---

(17) Nuestra Constitución garantiza la autonomía asociativa (libertad de la asociación), pero no su inmunidad; no es un ámbito exento de control judicial. La asociación ha de respetar los derechos de los socios (la libertad en la asociación). El control es más riguroso en relación con las garantías de defensa (devido proceso) en los procedimientos disciplinarios; pero cabe además un control menos intenso del fondo de la decisión (de su motivación, justificación, proporcionalidad): no se trata de suplantar la voluntad de la asociación expresada a través de sus propios órganos, pero tampoco se pueden convalidar decisiones manifiestamente arbitrarias.

(18) En la STC 226/2016, por ejemplo, desestimó el recurso de amparo promovido por una militante del PSOE que impugnaba la sanción de suspensión temporal de militancia impuesta por las manifestaciones efectuadas en un medio de comunicación. Pero no dudó en afirmar que «si bien la libertad de expresión consagrada en el art. 20 CE es, como la mayor parte de los derechos fundamentales, preferentemente un derecho de garantía frente a los poderes públicos, su contenido se extiende también a las relaciones entre particulares y, por tanto, puede reivindicarse también frente a estos, aunque en ese ámbito el contenido y ejercicio del derecho se someta a unos límites específicos», a un deber de «contención». En este caso, entra en conflicto con la potestad de autoorganización y autorregulación del partido, que puede ejercer su potestad disciplinaria si considera que esas opiniones dañan su imagen pública o sus intereses. Habrá que determinar en qué supuestos la restricción de la libertad de expresión del afiliado a un partido resulta legítima y coherente con las exigencias de lealtad y cohesión interna (cuando se pide públicamente el voto para otro partido, por ejemplo) y en qué otros supuestos puede llegar a disuadir o inhibir el ejercicio de la crítica interna, de forma contraria al mandato de funcionamiento democrático (art. 6 CE).

to de las obligaciones de los socios y constituye, por tanto, una base razonable para suspender y expulsar a la recurrente. No se vulneró por tanto su derecho de asociación en su dimensión *inter privatos*<sup>(19)</sup>.

Por lo que concierne al ingreso en una asociación, hay que partir de la premisa de que no existe un derecho de admisión: la voluntad de quienes forman parte de la asociación prevalece sobre el interés de quien aspira a integrarse en la misma. Salvo que entre en juego la prohibición de discriminación. A la hora de resolver el posible conflicto entre esta prohibición y la autonomía asociativa, podemos convenir en que no es lo mismo una asociación recreativa que una asociación que ocupa una posición de dominio<sup>(20)</sup>, de modo que uno tiene que formar parte de ella para ejercer su profesión: es el célebre caso de la Comunidad de Pescadores de El Palmar en la Albufera de Valencia, que negaba a las mujeres la posibilidad de integrarse en ese colectivo y ganarse la vida como pescadoras<sup>(21)</sup>.

Pues bien, este criterio se ha aplicado de forma harto discutible en la reciente Sentencia 132/2024, que estimó el recurso de amparo interpuesto por una mujer a la que no se le permitió incorporarse a una asociación religiosa, una cofradía de La Laguna, que solo admite a hombres (se constituyó en el siglo XVII como una asociación de «caballeros» y se sigue exigiendo esa condición en el artículo 1 de sus Estatutos). La resolución impugnada, dictada por Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el 23 de diciembre de 2021, consideró que no se había vulnerado el derecho de la recurrente a la no discriminación por razón de género, porque siendo exclusivamente religiosos los fines y las actividades de la asociación, esta no ostentaba una posición de dominio, por lo que ningún perjuicio significativo se le podía

(19) Muchas de estas controversias acaban recalando en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sirva como botón de muestra la dictada el 7 de julio de 2020 confirmando la anulación de la expulsión del partido PODEMOS de cuatro afiliados, que ostentaban cargos públicos, por romper la disciplina de voto (incumpliendo las instrucciones en la votación del proyecto de presupuestos en las Juntas Generales de Álava) y criticar al partido. Para la Sala, la sanción de expulsión fue desproporcionada e infringió el derecho de los demandantes tanto a su libertad de expresión como a permanecer en el partido y participar en su actividad y organización.

(20) La STC 218/1988 define el concepto de posición dominante de una asociación entendiendo por tal la que «ostentase de hecho o de derecho una posición dominante en el campo económico, cultural, social o profesional, de manera que la pertenencia o exclusión de ella supusiese un perjuicio significativo para el particular afectado».

(21) La Junta Directiva de esta Comunidad, una asociación de Derecho privado creada en el año 1238 para la explotación económica de la pesca en la Albufera valenciana, rechazó el ingreso en la misma de cinco mujeres, hijas de pescadores miembros de la Comunidad. 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 estimó la demanda y declaró el derecho de las actoras a ser miembros de pleno derecho de la Comunidad, una resolución confirmada íntegramente en apelación por la Audiencia Provincial de Valencia. La Comunidad recurrió en casación, recayendo Sentencia desestimatoria de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el 8 de febrero de 2001. Agotada vía judicial, la Comunidad decidió interponer un recurso de amparo ante el Constitucional contra las referidas sentencias, aduciendo, entre otras cosas, que el art. 14 CE sólo es oponible frente a los poderes públicos y se había 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. Mediante un Auto de 20 de septiembre de 2001, el Tribunal inadmitió el recurso, al entender que no puede ampararse en la autonomía asociativa una decisión como la enjuiciada «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».

ocasionar a la recurrente, que podía crear una nueva asociación con los mismos fines, integrada por hombres y mujeres o solo por mujeres<sup>(22)</sup>.

Para el Constitucional, en cambio, sí se violó el derecho a la no discriminación por razón de género y el derecho de asociación de la demandante. Por un lado, su exclusión no obedece a ninguna razón de índole religiosa o moral, por lo que no están en cuestión las exigencias de la libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa. Por otra parte, recuerda que el derecho de una asociación privada a elegir libremente a quien admite como socio no puede ejercerse de forma discriminatoria cuando ostente una posición «privilegiada» o «dominante» en el campo económico, cultural, social o profesional, de manera que la no pertenencia a dicha asociación suponga un quebranto objetivo de los intereses de las mujeres en dichos ámbitos. Y eso es lo que ocurre, a juicio del Tribunal, en este supuesto, porque si bien las actividades que realiza son actos de culto religioso, estos actos pueden tener también una proyección social o cultural. Y la demandante no tiene posibilidad de participar en esa actividad de culto de la Sagrada Imagen del Cristo de La Laguna, que es una de las imágenes más veneradas en la isla de Tenerife, en otra hermandad o cofradía del municipio. Por lo tanto, la imposibilidad de ingresar por el simple hecho de ser mujer constituye una discriminación por razón de género, que no queda amparada por la libertad de autoorganización<sup>(23)</sup>.

Mas convincente me parece el Voto particular discrepante que formulan los magistrados Sáez Valcárcel y Arnaldo Alcubilla. Lamentan, en primer lugar, que la sentencia haya dejado escapar la oportunidad de perfilar de forma más precisa en

(22) La demandante recurrió a la vía judicial y tanto el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santa Cruz de Tenerife como la Audiencia Provincial dictaron sendas sentencias en las que reconocieron su derecho de incorporarse a la asociación religiosa. El Tribunal Supremo no comparte ese criterio. Recuerda que si bien el artículo 53.1 CE tan solo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, «ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios». No obstante, precisa que se trata de una aplicación «con un grado de intensidad distinta», porque «en el ámbito de las relaciones privadas [...] los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente». En este caso, la asociación demandada no puede calificarse como «asociación dominante»: sus actividades y fines son estricta y exclusivamente religiosos, ajenas por tanto a toda connotación económica, profesional o laboral. Tampoco se aprecia una situación de «monopolio» en la organización de las procesiones de Semana Santa, porque es una más de las Hermandades y Cofradías existentes en la diócesis de La Laguna. La Sala menciona en su resolución la sentencia del TEDH en el asunto *Fernández Martínez c. España* (2012), que establece que «el principio de autonomía religiosa prohíbe al Estado obligar a una comunidad religiosa a admitir o excluir a un individuo».

(23) Más lejos aún llega el Voto Particular concurrente de la Magistrada Balaguer Callejón. A su juicio, el derecho de libertad religiosa «debe abarcar el derecho de los disidentes internos, incluidas las mujeres, a presentar puntos de vista alternativos en el seno de las asociaciones religiosas». Además, el principio de autonomía institucional de las confesiones y asociaciones religiosas «no puede traducirse en una plena deferencia del Estado frente a normas y prácticas discriminatorias en el marco de un ordenamiento en el que... el principio antidiscriminatorio... debe proyectarse asimismo sobre las entidades de base asociativa. La asunción de una verdadera perspectiva de género en este caso habría llevado igualmente a la estimación del recurso de amparo, pero a través de un hilo argumentativo muy distinto». La asunción de ese enfoque «conduce, por un lado, a la justificación, desde el punto de vista constitucional, de la posibilidad de que el Estado intervenga en la selección por las asociaciones religiosas de sus miembros cuando el ejercicio de tal facultad contrarie los principios y valores» constitucionales y a poner el acento, por otro, en «la protección de la dimensión individual de la libertad religiosa de las mujeres, que han sido objeto de discriminaciones históricas en el seno de unas confesiones que forman parte de su propia identidad, personal y colectiva».

sede constitucional los criterios para la aplicación de la doctrina de la «posición dominante» de una asociación, que conlleva un control judicial más intenso sobre las normas estatutarias y determinadas decisiones de los órganos sociales. Ni siquiera dialoga con la muy fundada y argumentada sentencia del Supremo impugnada en amparo. En todo caso, no están de acuerdo con el criterio defendido por la mayoría. Por un lado, todas las hermandades y cofradías de La Laguna participan en los actos religiosos portando la imagen de la que son propietarias, «sin que eso les atribuya posición dominante alguna». La demandante puede participar en esos actos de culto, aunque no sea como miembro de la hermandad. Por otro lado, aun admitiendo a efectos dialécticos que la hermandad ostentase una posición dominante, faltaría por determinar si se ha causado a la recurrente un perjuicio significativo que justifique la intensa injerencia en la organización interna de la asociación. El perjuicio alegado sería no tanto la imposibilidad de participar en los actos de culto a su imagen organizados por la hermandad, sino el no poder hacerlo en la condición de miembro de la misma y carece de entidad para prevalecer sobre la libertad de una asociación privada que no ejerce funciones públicas para establecer su propia organización y decidir quién forma parte de ellas y quién no. La sentencia cuestiona, en suma, «el principio de libertad de las entidades privadas, clave en nuestro ordenamiento constitucional, con argumentos extremadamente endebles y en contra del criterio del Tribunal Supremo».

Una observación final sobre la regulación procesal del recurso de amparo constitucional. Como bien se sabe, el artículo 41.2 LOTC reserva este cauce a las demandas dirigidas contra actos de los poderes públicos, pero la exclusión de las interpuestas frente a presuntas violaciones causadas por particulares, que sólo podrán promoverse ante los tribunales ordinarios, es más aparente que real. Porque la LOTC prevé en su artículo 44 una modalidad específica de amparo contra violaciones causadas por los órganos judiciales y mediante una interpretación muy forzada de este precepto, el Tribunal ha sorteado el obstáculo del artículo 41.2 y ha abierto un resquicio a través del cual han podido acceder, de manera solapada, miles de controversias entre particulares. Se acude para ello a un expediente que consiste en la imputación al órgano judicial de la violación cometida originariamente en el seno de una relación jurídico-privada. Al órgano judicial se le reprocha no haber reparado dicha lesión.

El Tribunal lo reconoce abiertamente en muchas de sus sentencias. Lo hace con meridiana claridad en la ya citada 226/2016: «Aunque la infracción de los derechos fundamentales invocados tiene su origen en la actuación privada de un partido político... dicha infracción también ha sido reprochada por la recurrente a los órganos judiciales, en la medida en que estos... no la repararon al confirmar la sanción disciplinaria del partido. Por esa razón, el presente recurso de amparo tiene encaje en el artículo 44 LOTC». Y no tiene inconveniente en admitir que la vulneración del derecho se imputa a las resoluciones judiciales impugnadas por «convallar» o «validar» la previa decisión empresarial (STC 153/2021).

Pero esta argucia jurisprudencial no resiste una exégesis rigurosa del artículo 44.1, que exige que la violación tenga su «origen inmediato y directo» en un acto u omisión del órgano judicial. Si la resolución judicial impugnada en amparo se limita a dar por buena una conducta privada que ya ha infringido de hecho el legítimo ejercicio de un derecho fundamental, el «origen inmediato y directo» de la violación no está en la decisión judicial. El propio Tribunal ha aludido al «origen extra-

judicial» de la violación que se alega en el proceso constitucional de amparo. En realidad, lo que se dilucida en este proceso es la licitud o ilicitud constitucional de la actuación del particular. Y buena prueba de ello es la inclusión en el fallo de la orden de readmisión del trabajador en los casos de despido.

Pues bien, salvo error u omisión por mi parte, en estos más de cuatro décadas de jurisprudencia constitucional no se ha formulado ni un solo Voto Particular que ponga en cuestión una doctrina tan endeble. Podemos ir tirando desde luego con este subterfugio, pero me pregunto si no habrá llegado ya el momento de levantar el velo y modificar la LOTC para abrir la puerta a la impugnación directa (tras agotar la vía judicial previa, por supuesto) de las presuntas violaciones cometidas por particulares. En otros ordenamientos ya se ha dado ese paso. Y creo que sería más honesto, porque entre nosotros el reconocimiento de la operatividad *inter privatos* de la mayoría de los derechos fundamentales es una tesis que cuenta con un sólido respaldo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

## II. LA EXPANSIÓN DE LA *DRITTWIRKUNG* EN OTROS ORDENAMIENTOS NACIONALES

Esta doctrina se ha ido abriendo paso en muchos ordenamientos de tradiciones muy distintas<sup>(24)</sup>. En la India, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Kaushal Kishor v. State of Uttar Pradesh*, fechada el 3 de enero de 2023, declaró que algunos derechos constitucionales como la libertad de expresión o la libertad personal rigen también frente a actores privados. Es verdad que esta decisión (adoptada por una mayoría 4/1) suscitó una viva polémica; para algún autor implica incluso un cambio inconstitucional<sup>(25)</sup>. Pero lo cierto es que varios derechos reconocidos en la Constitución india de 1949 se aplican horizontalmente: la prohibición de discriminación (art. 15), la abolición de la intocabilidad (art. 17), la prohibición de la trata y el trabajo forzoso (art. 23) o la prohibición del trabajo infantil en entornos peligrosos (art. 24). Puede considerarse pionera en ese terreno. Además, como señala el profesor Singh<sup>(26)</sup>, el

---

(24) Incluso en países de tradición anglosajona. En Irlanda, por ejemplo, el Tribunal Supremo ya sostuvo en 1961. [1961 I.R. 345] que «si un ciudadano tiene un derecho en virtud de la Constitución, existe un deber correlativo por parte de los demás ciudadanos de respetar ese derecho... Decir lo contrario equivaldría a decir que... un derecho solemnemente consagrado por nuestra ley fundamental carece de valor». Y ha mantenido en resoluciones sucesivas la tesis de que los derechos constitucionales vinculan a los actores no estatales y pueden invocarse directamente frente a éstos cuando el *common law* no ofrece remedios adecuados para reparar la lesión.

(25) Anujay SHRIVASTAVA, «Indian Supreme Court's Judgment on 'Horizontal Application' of Fundamental Rights: An 'Unconstitutional Informal Constitutional Change'?», IACL-AIDC Blog (31/01/2023). En sentido contrario, D. BILCHITZ / Surya DEVA, «The Horizontal Application of Fundamental Rights in India: «Kishor» (Baby) Steps in the Right Direction?» IACL-AIDC Blog (25/04/2023). Para estos autores, lejos de socavar el entramado de la Constitución india, esta sentencia representa un paso significativo hacia el reconocimiento de la aplicación horizontal de ciertos derechos fundamentales en la India y abre la puerta a la reivindicación de los derechos fundamentales en una sociedad plagada de relaciones de poder muy desiguales en el ámbito privado.

(26) M. P. SINGH, «Fundamental Rights, State Action and Cricket in India», *Asia Pacific Law Review*, vol. 1. 3 (2), 2005, pp. 203-213.

«silencio constitucional» no debería interpretarse como una «prohibición constitucional» de la eficacia horizontal.

Aún más significativo es el caso de Sudáfrica. Su Constitución, aprobada en 1996, además de afirmar tajantemente en el artículo 9.4 que «ninguna persona puede discriminar injustamente...» («*No person may unfairly discriminate...*»), reconoce expresamente en su artículo 8 que los actores no estatales (personas físicas o jurídicas) están vinculados por los derechos constitucionales, en la medida en que la Carta de Derechos sea aplicable, en función de la naturaleza del derecho y de las obligaciones que impone. Aunque se discute en la doctrina si esa eficacia es directa o indirecta.

En este contexto propicio se inscribe la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en 2020 en el caso *AB y otros contra la escuela preparatoria Pridwin y otras*, en la que sostuvo que las escuelas privadas (independientes, no subvencionadas) están sujetas al escrutinio constitucional (están obligadas concretamente a respetar el derecho constitucional a la educación básica y la primacía del interés superior del menor) y anuló por ese motivo la decisión de la escuela Pridwin, una escuela privada de élite en uno de los suburbios más lujosos de Johannesburgo, de cancelar la matrícula (rescindir el contrato) de dos alumnos (de 6 y 10 años) sin dar a sus padres la oportunidad de formular alegaciones como exigencia inherente a la garantía de un proceso justo.

## 1. LA EFICACIA *ERGA OMNES* DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS

No es mi propósito ofrecer una cartografía completa del estado de la cuestión en los distintos ordenamientos nacionales. Me limitaré a una breve incursión para dar cuenta de los hitos jurisprudenciales más recientes en dos países, Alemania y Portugal, que representan dos modos bien diferentes de enfocar este asunto.

### A. *La mittelbare Drittewirkung* en Alemania

Aunque fue un tribunal alemán, presidido por Nipperdey, el que sostuvo por primera vez en 1954 la eficacia vinculante de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas<sup>(27)</sup>, en este país ha prevalecido la doctrina de la *mittelbare Drittewirkung*, que supedita esa eficacia a la mediación de un órgano del Estado, que a diferencia de los particulares sí está directamente vinculado por tales derechos. Serían los jueces, en concreto, los encargados de canalizar y graduar esta proyección sobre las relaciones regidas por el Derecho privado en el momento de interpretar la norma aplicable al caso. En esa tarea hermenéutica, deberán tomar en consideración estos derechos, para llenar de contenido las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados típicos del Derecho común (orden público,

(27) Hans Carl NIPPERDEY no dudó en defender la eficacia «absoluta» de los derechos fundamentales en las relaciones regidas por el Derecho privado («Grundrechte und Privatrecht: eine Universitätsrede», en *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*, 3. Oktober 1961, C.H. Beck, Múnich, 1962, p. 17-28).

buenas costumbres, buena fe...)<sup>(28)</sup>. Bajo esta perspectiva, estos derechos, además de ser derechos subjetivos de defensa, que garantizan una esfera de autonomía y libertad individual frente a las injerencias de las autoridades públicas, operan como normas objetivas que incorporan valores con «efecto de irradiación» que se proyecta sobre todos los sectores del ordenamiento.

Esta tesis, apuntada por G. Durig<sup>(29)</sup>, fue acogida por el Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán en la célebre sentencia Lüth (1958). El TCF anuló en este caso 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<sup>(30)</sup>. Si bien se mira, los derechos fundamentales no operarían como derechos subjetivos sino como simples parámetros o «directrices» (*Richtlinien*) interpretativas. Lo que se aplica como regla de decisión del litigio es una norma de Derecho privado, interpretada, eso sí, conforme a la Constitución. Lo que no deja de ser una manifestación más del principio general de interpretación de las normas conforme a la Constitución.

Siempre he pensado que esta construcción alambicada, ortopédica (una camisa de fuerza conceptual) encubre en realidad una ponderación pura y dura (concordancia práctica) entre los derechos en liza, pero lo cierto es que ha contado y sigue contando con el aval de la mayoría de la doctrina alemana y sigue inspirando la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe, que ha incorporado en las últimas décadas la doctrina de los «deberes de protección», que impone al Estado (al legislador, en primer lugar<sup>(31)</sup>) la obligación de proteger los derechos contra amenazas provenientes de sujetos o entidades privadas<sup>(32)</sup>.

Basta leer su sentencia de 11 de abril de 2018 en el caso de la *Stadionverboten*, la prohibición de acceso a los estadios de fútbol impuesta a un joven aficionado del Bayern de Múnich, integrante de un grupo ultra e involucrado en los disturbios que se produjeron al final de un partido de la Bundesliga jugado por su equipo en el campo del Duisburgo. Aunque la causa penal por desórdenes públicos se archivó finalmente, este último club emitió a sugerencia de la policía una orden de prohibición temporal de acceso (por un período de 2 meses) a los estadios (a todos, en todo el territorio alemán, cualquiera que sea la competición o la categoría), lo que conllevó a su vez la expulsión de su propio club (perdió su abono y la condición de socio). En Alemania, con el fin de corresponsabilizar a los clubes de fútbol en la lucha contra la violencia en las competiciones deportivas, se reconoce desde hace más de 20 años la posibilidad de dictar estas órdenes cuando existen indicios de

(28) Las cláusulas generales del Derecho civil actúan como «prohibiciones de exceso» (*Übermaßverbote*) [BVerfGE 81, 242 (255)].

(29) «Grundrechte un Zivilrechtsprechung», en Maunz, Th. (ed.): *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, Isar Verlag, München, 1956

(30) Lüth había promovido el boicot de una película de un director de cine, Harlan, que tenía antecedentes filonazis y antisemitas. Harlan presentó una demanda civil en la que solicitó como medida cautelar la suspensión del boicot, pretensión que fue acogida por un tribunal civil. Lüth interpuso entonces un recurso de amparo contra esa decisión ante el TCF invocando la libertad de expresión.

(31) La regulación estatal debe intervenir de forma equilibrada para garantizar la protección de los derechos fundamentales, limitando si es preciso la autonomía privada, porque una de las partes puede abusar de su posición preponderante para imponer unilateralmente a la otra parte sus condiciones.

(32) Vid. T. LEHNART/A. SCHNEIDER, *Drittewirkung staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten im Individualarbeitsrecht*, VSSR 2021, 409 ss.; y M. HONER, *Die Grundrechtswirkung zwischen Privaten*, DÖV 2023, 411 ss.

conductas que perturban la seguridad pública (no es necesaria una acusación formal o una condena penal). Las normas que regulan los requisitos y procedimientos para la aplicación de la prohibición figuran en un documento elaborado por la Federación Alemana de Fútbol. En el momento de los hechos, esas normas solo preveían la facultad –no la obligación– de proceder a una audiencia contradictoria antes de adoptar la medida, que en este caso se dictó *inaudita altera parte* (sólo después se le ofreció al demandante la oportunidad de ser oído).

En su recurso ante el TCF, el demandante se queja, por un lado, de la absoluta carencia de fundamento de la prohibición, que se dictó sobre la base de indicios que ni siquiera dieron lugar a su imputación penal; y por otro lado de la violación del derecho al debido proceso por la falta de audiencia previa. E invoca su derecho general a la personalidad y a la intimidad (arts. 1 y 2 GG). El Tribunal enmarca el asunto dentro de la doctrina de la eficacia mediata de los derechos fundamentales y se esfuerza por circunscribir su alcance: sólo le compete intervenir si los tribunales ordinarios han interpretado erróneamente el valor de los derechos fundamentales en juego en cada momento y no han logrado un equilibrio adecuado. En este caso, la colisión se plantea entre los derechos personales del demandante y el derecho de propiedad de los clubes de fútbol, que no puede amparar el ejercicio arbitrario o discriminatorio del *ius excludendi*. Es verdad –afirma el Tribunal– que el artículo 3.1 de la Ley Fundamental no impone a los particulares la obligación de ajustarse en sus relaciones al principio de igualdad de trato; por el contrario, cada individuo decide libremente con quién y cómo se relaciona en el ámbito privado. Pero no es menos cierto que, en determinadas circunstancias, no cabe excluir que ciertos espacios privados puedan verse irradiados por los derechos fundamentales, y éste es el caso de la *Stadionverbot* y los preceptos del Código Civil en los que se basa, dada la relevancia cuasipública de la entidad que organiza el fútbol profesional y la financiación pública de la construcción y mantenimiento de los estadios, que son espacios abiertos al público. De este modo, el Tribunal circunscribe el alcance de la doctrina de la *mittelbare Drittewirkung* a unas pocas hipótesis excepcionales (literalmente a «constelaciones específicas») sin ofrecer criterios mínimos y generales para identificar cuáles serían esos casos.

Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal se limita a afirmar que una determinada prohibición de acceso solo puede calificarse de ilegítima si los requisitos (de fondo y de forma) no se aplican de manera uniforme a todos los destinatarios potenciales o no se funda en una razón objetiva. Por otro lado, al tratarse de una medida basada en el Derecho privado (destinada a proteger la propiedad), si bien los clubes han de esforzarse por tener un conocimiento lo más completo posible de los hechos, la mera sospecha es motivo suficiente y no es obligatoria la audiencia previa de los aficionados implicados. Y ello porque se trata simplemente del ejercicio de una potestad de naturaleza puramente patrimonial y si en el Derecho civil no se exigen en general tales audiencias y garantías, lo mismo sucede con la *Stadionverbot*. De ahí que desestime el recurso y confirme las resoluciones dictadas por los tribunales ordinarios<sup>(33)</sup>.

(33) Vid. M. RUFFERT, «Privatrechtswirkung der Grundrechte. Von Lüth zum Stadionverbot – und darüber hinaus?», *Juristische Schulung*, 1, 2020, pp. 1-6; y Ch. SMETS, «Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung au Private», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1, 2019, pp. 34-37; y A. HELLGARDT, «Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittewirkung?», *JuristenZeitung*, nº 19, 2018, pp. 901-910.

Aunque no se registran novedades significativas en su jurisprudencia, el TCF parece admitir en algunas decisiones recientes que, dependiendo de las circunstancias del caso y la posición que ocupe el particular demandado (la asimetría puede ser un factor decisivo), este efecto indirecto puede aproximarse o incluso ser equivalente a la eficacia vinculante frente a los poderes públicos. Este nuevo enfoque se aleja de la exégesis acuñada en Lüth y permite que el TCF revise la ponderación efectuada por los tribunales ordinarios a la hora de resolver los conflictos entre particulares. Se mantiene aparentemente la doctrina de la eficacia mediata (se apela a ella una y otra vez), pero en el fondo el Tribunal de Karlsruhe opera del mismo modo que nuestro Tribunal Constitucional<sup>(34)</sup>.

Ya se aprecia este giro en la decisión de 18 de julio de 2015<sup>(35)</sup>, en relación con la decisión de la empresa privada propietaria de una plaza situada al final de una zona peatonal del centro de la ciudad de Passau<sup>(36)</sup> de prohibir el acceso a la misma para celebrar una reunión pública (con el lema «Flashmob de latas de cerveza por la libertad») que incluía el consumo de una lata de cerveza por participante<sup>(37)</sup>. El Tribunal concede la medida cautelar solicitada por el demandante y le autoriza a entrar en la Nibelungenplatz y celebrar el día previsto (20 de julio) la manifestación.

Ciertamente, el propietario de la plaza, como persona jurídica de Derecho privado, es titular de derechos fundamentales y puede hacer valer su derecho de propiedad de conformidad con el artículo 14 GG. Pero el demandante puede invocar su libertad de reunión (art. 8 GG), una libertad que no otorga el derecho a acceder a lugares que no son generalmente accesibles al público, pero sí garantiza la celebración de reuniones en las vías públicas, centros o galerías comerciales y plazas, aunque sean de propiedad privada, porque son espacios de comunicación, encuentro, paseo, consumo y ocio, abiertos al público, un foro público, en suma. La empresa propietaria de un inmueble privado «no está directamente vinculada por los derechos fundamentales», pero debe respetar el derecho de reunión como consecuencia de su «efecto indirecto frente a terceros», en cuya virtud los particulares «pueden estar sujetos a obligaciones similares o incluso de igual medida que las del Estado», en particular si llegan a alcanzar una posición comparable a la que tradicionalmente ostentaba el Estado<sup>(38)</sup>.

(34) A juicio de M-C. FUCHS, el TCF «está en camino hacia una vinculación cada día más directa, al menos de aquellos terceros que se encuentran en una *constelación específica* de superioridad estructural o que poseen un monopolio». Pero sigue disfrazando retóricamente esa vinculación con la constante referencia a la doctrina del efecto indirecto [«La Drittwirkung de los derechos fundamentales y la autonomía del Derecho privado en el orden jurídico alemán», en A.D. MATEOS (coord.): *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, 2022, p. 62].

(35) 1 BvQ 25/15 (*Nibelungen-Beschluss*); BVerfGE 139, 378-380.

(36) Se trataba de una plaza abierta al público, rodeada de consultorios médicos, cafeterías, tiendas, un supermercado y un cine.

(37) El objetivo de la reunión era llamar la atención sobre la creciente pérdida del monopolio del Estado sobre la violencia debido al creciente uso de servicios de seguridad privados y la restricción de las libertades civiles. Los tribunales de distrito y regional rechazaron la petición del demandante de levantar la prohibición de entrada impuesta por el propietario. Debido a la basura y la contaminación que se generaría, así como al riesgo de un gran número de participantes ebrios, consideraron que el derecho de propiedad prevalecía sobre el derecho de reunión del demandante.

(38) Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal señala que la prohibición de acceso tiene un grave impacto para el demandante, porque le impide celebrar la reunión en el lugar elegido, que es

Encontramos un razonamiento muy similar en las dos sentencias de 6 de noviembre de 2019 sobre el derecho al olvido. En la primera de ellas<sup>(39)</sup> el Tribunal no duda en afirmar que el recurso tiene por objeto obtener la protección de derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental en el marco de un litigio entre particulares y admite que el derecho a la autodeterminación informativa puede tener efectos también en este ámbito, aunque sean distintos de los que despliega frente al Estado. Se trata de un efecto indirecto que obliga al juez a ponderar los derechos en conflicto<sup>(40)</sup>.

En la segunda<sup>(41)</sup>, la Primera Sala afirma que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) no sólo garantiza los derechos en el marco de la relación entre el Estado y el ciudadano, sino que también tienen efectos en el contexto de litigios de Derecho privado. Al igual que ocurre con los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, el TCF no verifica la correcta aplicación del Derecho común (en este caso, la Directiva 95/46/CE entonces vigente), sino que examina únicamente si los tribunales ordinarios han tenido suficientemente en cuenta los derechos fundamentales de la Carta y han llevado a cabo una ponderación adecuada de los mismos. Este enfoque está en consonancia con la exégesis del artículo 8 del Convenio Europeo, que una jurisprudencia constante del TEDH aplica también en disputas entre particulares. Pero hace una importante puntuación: en el caso del ordenamiento comunitario, esa extensión no se basa en la doctrina del efecto indirecto, como sucede en el Derecho alemán, sino que los derechos fundamentales garanti-

---

relevante en vista del objetivo que se persigue (la denuncia de la privatización de la seguridad, en particular). Al fin y al cabo, el artículo 8.1 GG garantiza el derecho a determinar cuándo y en qué lugar debe celebrarse una reunión. Por el contrario, no se aprecia en este caso un menoscabo equivalente de los derechos del propietario. La reunión tenía una duración prevista de 15 minutos aproximadamente y el demandante se comprometió a tomar las medidas necesarias para evitar que se arrojase basura en la plaza y la participación de personas ebrias en la concentración. Además, el número de asistentes es manejable (140) y siempre se podrían adoptar medidas menos restrictivas que la prohibición total. La Sala corrige directamente la ponderación de los tribunales ordinarios y anula sus resoluciones.

(39) 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I)

(40) El derecho a decidir de qué manera nuestros datos personales son accesibles a terceros, a controlar la información que nos concierne, no es incondicional. No nos confiere la facultad de filtrar y seleccionar discrecionalmente la información personal que circula por Internet y eliminar la que consideremos inapropiada o perjudicial. Dadas las condiciones de la comunicación en la era de Internet, el elemento del tiempo es decisivo. Mientras que en el pasado, cuando la información se difundía exclusivamente a través de la prensa o la radio, ésta solo estaba disponible para el público durante un tiempo limitado, hoy sigue estando disponible a largo plazo, una vez que se ha digitalizado y archivado en línea. Esta circunstancia debe tenerse en cuenta al interpretar el derecho general de la personalidad. Es necesario contar con un marco legal que ofrezca al individuo la oportunidad de dejar atrás los errores del pasado, de reiniciar su vida y no ser censurado indefinidamente por sus actuaciones pasadas. Metafóricamente, se habla de «derecho al olvido». En este caso, el TCF estimó el recurso interpuesto contra una decisión del Tribunal Federal de Justicia, que había considerado que el derecho del demandante a la protección de su personalidad (su «derecho al olvido») debía prevalecer sobre el derecho del público a acceder a una noticia de prensa, disponible en un archivo en línea, que informaba de la condena por asesinato impuesta al demandante hace más de 30 años. Una noticia que aparecía entre los primeros resultados cuando se introducía el nombre del demandante en uno de los motores de búsqueda más populares. A juicio del Tribunal, la resolución impugnada no había logrado un justo equilibrio entre el interés público en preservar el libre acceso a una publicación inicialmente lícita y la necesidad de limitar ese acceso para proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad de quienes se ven directamente afectados.

(41) 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II).

zados por el Derecho de la Unión (la libertad de expresión, por ejemplo) pueden tener efecto inmediato en las relaciones entre particulares<sup>(42)</sup>.

## B. El reconocimiento de la eficacia inmediata en el ordenamiento portugués

El artículo 18.1 de la Constitución portuguesa dice expresamente que «los preceptos constitucionales concernientes a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a las entidades públicas y privadas». A nadie puede sorprender, por tanto, que el Tribunal Constitucional haya dictado decenas de sentencias sobre la conformidad a la Constitución y a la Ley de Partidos de los estatutos de un partido político<sup>(43)</sup> o sobre la expulsión de militantes de un partido, una decisión que se puede recurrir directamente ante la jurisdicción constitucional, porque el artículo 223.2.h) de la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de «las acciones de impugnación de elecciones y decisiones de los órganos de los partidos políticos»<sup>(44)</sup>. Con una particularidad: la acción sólo procede una vez agotados todos los recursos internos previstos en los estatutos contra esas decisiones, de acuerdo con el principio de intervención mínima en la vida interna de los partidos políticos<sup>(45)</sup>.

---

(42) En este caso, la demandante invoca su derecho al respeto de la vida privada y familiar y el derecho a la protección de datos personales, garantizados respectivamente por los artículos 7 y 8 de la Carta, y el operador del motor de búsqueda demandado la libertad de empresa garantizada por el artículo 16. Pero también entran en juego en esa ponderación el interés de los usuarios de internet en acceder a la información y la libertad de expresión del proveedor de contenidos, el canal de televisión NDR, como derecho «directamente afectado». Porque la prohibición impuesta al operador de un motor de búsqueda de difundir un reportaje emitido por el citado canal 7 años antes en el que se acusaba a la demandante de un trato injusto hacia un trabajador que había despedido constituye una injerencia directa en su libertad de expresión. La queja es rechazada al entender el TCF que el Tribunal Superior Regional había ponderado cuidadosamente los derechos fundamentales en liza, otorgando mayor peso al interés público en la información y la libertad de expresión del canal NDR.

(43) La más reciente es la 578/2024, de 8 de agosto, que denegó la inscripción en el correspondiente registro de una modificación de estatutos aprobada en el Congreso nacional del PSD por la deficiente regulación de régimen disciplinario. El art. 9.2 de los Estatutos reformados dice que «la tipificación de las infracciones leves y graves será definida en el Reglamento de Disciplina de los Militantes aprobado por el Consejo Nacional». Esta remisión es inadmisible, porque no respeta la reserva estatutaria en relación con los aspectos esenciales del régimen disciplinario. El Tribunal recuerda en este punto una reiterada doctrina (Sentencia 183/2024, entre otras) que se funda en la idea de que la disciplina partidaria no debe «ofrecer garantías sustancialmente menores de las que constitucionalmente se exigen en el Derecho sancionador público» (sentencia 369/2009), de modo que las exigencias de tipificación de los ilícitos y las sanciones propias del Derecho Penal son trasladables al Derecho disciplinario con el mismo grado de intensidad.

(44) La Ley 28/1982 de organización, funcionamiento y procedimiento del Tribunal Constitucional incluye un amplio capítulo de «procesos relativos a partidos políticos» entre los que destaca la impugnación de la elección de miembros de órganos de partidos políticos [art. 103.C] y la impugnación de decisiones adoptadas por los órganos de los partidos políticos [art. 103.D].

(45) Es una doctrina discutible, pero muy consolidada; en la sentencia 476/2023, por ejemplo, no se admite el recurso por ese motivo. Este principio de «autocontrol de la intervención supervisora del Tribunal Constitucional constituye una expresión de la necesaria concordancia práctica entre la autonomía asociativa y partidista... y la necesidad de garantizar que la actividad de los partidos políticos... se lleva a cabo respetando los límites establecidos en la Constitución..., es decir, respetando los principios esenciales de transparencia, organización, gestión democrática y participación de todos sus miembros (art. 51.5 de la Constitución)» (Sentencia 78/2023). En este caso, se respetaron los derechos de audiencia, defensa y contradicción, no se vulneró la libertad de expresión del afiliado y la sanción

Por otra parte, el Tribunal ha apelado directamente al artículo 32.10 de la CP que consagra «los derechos de audiencia y defensa» «en cualquier proceso sancionatorio» para declarar inconstitucional una norma del Reglamento Disciplinario de Liga Portuguesa de Fútbol que permitía imponer una sanción sin haber oído antes al imputado (sentencia 560/2021); o para anular una sanción impuesta por un partido (sentencia 396/2021)<sup>(46)</sup>.

## 2. LA DOCTRINA DE LA *STATE ACTION* EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

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, a la *state action* (salvo la enmienda XIII, que prohíbe la esclavitud y la servidumbre involuntaria desde 1865).

Los supuestos en los que se ha aplicado esta doctrina jurisprudencial pueden clasificarse en dos grandes apartados. Por un lado, las actividades desarrolladas por

---

no fue manifiestamente desproporcionada. En cambio, la sentencia 126/24 estimó el recurso contra la resolución del órgano de justicia interna de un partido (PAN) que ratificó la sanción de suspensión preventiva impuesta por la Comisión Política Nacional a un miembro del partido. También fue estimatorio el fallo de la sentencia 511/23, que anuló la resolución del órgano del partido por la que se expulsó al demandante.

(46) Vid. asimismo las sentencias 279/2023, 374/2023, 698/2023 y 929/2023. En la sentencia 699/2023, el Tribunal rechazó la impugnación formulada por un militante del Partido Socialista contra el acuerdo de expulsión adoptado por la Comissão Nacional de Jurisdição (CNJ) del Partido, que consideró probadas una serie de conductas que constituyan una infracción grave de los Estatutos. A su juicio, la decisión impugnada debería revocarse, porque desconocía los principios esenciales de Derecho sancionador consagrados en la Constitución. El demandante alega en primer lugar que esos Estatutos no son conformes con la LPP ni con la Constitución (CRP). Para el Tribunal, los estatutos del PS se ajustan en materia disciplinaria a la LPP, que dispone, en su art. 22.2 que corresponde a los órganos propio de cada partido «la aplicación de las sanciones disciplinarias, siempre con garantías de audiencia y defensa y la posibilidad de apelación». Prevé pues la posible existencia de mecanismos internos de revisión, pero no los impone. Al recurrente se le garantizó en todo caso el derecho a ser oído y a defenderse en el curso de un procedimiento contradictorio previo a la decisión, y el derecho a apelar ésta ante el TC. Denuncia también que la prueba documental, que se basa en una serie de publicaciones en su página personal de Facebook, debió declararse nula porque no pueden admitirse pruebas obtenidas mediante una intromisión ilegítima en su vida privada. Recuerda la sentencia que desde el momento en que alguien hace pública una imagen en su página de Facebook, su uso, siempre que sea lícito, no está prohibido por la ley. Se trata por tanto de una prueba válida. Invoca asimismo una presunta violación de su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal no aprecia la existencia de tal violación, porque la libertad de expresión del militante sancionado ha de ser compatible con el derecho a la autonomía y la disciplina interna de los partidos políticos. En este caso, el recurrente, pese a sus responsabilidades dentro del PS, adoptó en plena campaña electoral una actitud contraria los principios del partido, criticando de forma ácida y ofensiva sus decisiones sobre la designación de candidatos. El último de los motivos en que se funda la impugnación era la manifiesta desproporción de la sanción impuesta, la más grave de las previstas en el Reglamento disciplinario. Al analizar este argumento, el Tribunal recupera el mencionado principio de mínima intervención que debe regir su actuación en este terreno, un principio que se extiende también a la intensidad del control que lleva a cabo. Al revisar las sanciones impuestas por los partidos, no le corresponde formular «un juicio sustitutivo» sobre la adecuación de la sanción, sino que debe limitarse al control de las «actuaciones manifiestamente abusivas», esto es, cuando se vulnere de manera «frontal y tosca» el marco normativo (Sentencia 374/2023). Y no parece que la sanción impugnada incurra en una desproporcionalidad «manifiesta, flagrante o intolerable».

actores privados que entrañan materialmente el ejercicio de una «función pública», equiparables por su naturaleza a las encomendadas tradicionalmente al Estado: las primarias dentro del Partido demócrata en las que se excluía a los negros; la gestión de establecimientos penitenciarios o los casos relacionados con el acceso y la utilización de espacios de propiedad privada como un centro comercial o una ciudad propiedad de una empresa (*company town*). Y por otro, aquellas actuaciones aparentemente privadas en las que se detecta una «conexión» o «implicación» estatal significativa (a través de la financiación pública o de licencias administrativas en establecimientos abiertos al público): los tribunales se encargarían de medir la intensidad de los contactos o las complicidades que puedan descubrirse. Son dos enfoques diferentes, pero ambos conducen al mismo resultado: una ampliación del ámbito de protección de las libertades constitucionales. Y esto se consigue mediante una interpretación extensiva del concepto de «poder público» (sin cuestionar en ningún momento la concepción unidireccional<sup>(47)</sup>).

Esta doctrina jurisprudencial, que sirve para trazar la línea divisoria entre lo público y lo privado, lleva mucho tiempo estancada. La Corte Suprema no ha recurrido prácticamente a ella en lo que va de siglo (las últimas decisiones importantes son de los años 80 del pasado siglo). En el caso *American Manufacturers' Mutual Ins. Co. v. Sullivan* [526 US 40 (1999) 51, 119 S.Ct. 977] la Corte Suprema advirtió que para determinar si la conducta supuestamente inconstitucional de un actor privado «es razonablemente atribuible al Estado» se requiere «una cuidadosa atención al contenido de la queja del demandante». El mero hecho de que una empresa privada, como una compañía de seguros, esté sujeta a la regulación estatal «no convierte por sí misma su acción en la del Estado a los efectos de la XIV Enmienda» (52, 119 S.Ct. 977). Debe existir «un vínculo suficientemente estrecho entre el Estado y la acción impugnada de la entidad regulada para que esta última pueda ser tratada como si fuese del propio Estado»<sup>(48)</sup>.

Se ha impuesto asimismo una interpretación muy estricta del concepto de función pública, que se circscribe a las reservadas tradicional y exclusivamente al

---

(47) *Vid. Juan María BILBAO, 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. Sorprendentemente, las relaciones laborales quedan fuera del alcance de los derechos constitucionales. Para la Corte Suprema las conductas de los empresarios lesivas a los derechos de los trabajadores carecen de relevancia constitucional [*Black v. Cutter Laboratories*, 351 US 292 (1956); y *Rendell-Baker vs. Kohn*, 457 US 830 (1982)] Así, un despido por haber realizado determinadas manifestaciones críticas no infringiría la I enmienda [*United States v. Robel*, 389 US 258 (1967)]. Aunque esta indiferencia puede explicarse, al menos en parte, por la existencia de una legislación antidiscriminatoria muy potente, tanto federal como estatal, que brinda suficiente protección en estos casos.

(48) En este caso, el Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito [139 F.3d 158 (1998)] sostuvo que la decisión de una aseguradora privada de suspender el pago de la cobertura médica de un trabajador en virtud de la Ley de Compensación Laboral de Pensilvania constituyía una acción estatal. El Estado regula y controla el sistema de prestaciones públicas en este ámbito y las aseguradoras, aun siendo entidades privadas, actúan al amparo de la ley y se convierten de hecho en «un brazo del Estado». No pueden cancelar dichas prestaciones sin la autorización y participación del Estado, que está así estrechamente involucrado en cualquier decisión de la compañía. Para la Corte, en cambio, la decisión de una aseguradora de retener el pago de las facturas y solicitar una revisión de la razonabilidad y necesidad de un tratamiento médico específico no es atribuible al Estado. Ni la Constitución ni la legislación de Pensilvania obliga al Estado a brindar tratamiento médico o asistencia a los trabajadores lesionados. Esa es una obligación de los empleadores.

Estado<sup>(49)</sup>. Pero el poder de grandes compañías tecnológicas en internet parece que ha removido las aguas y aunque todavía de forma tímida jueces y académicos se plantean recuperar esa corriente jurisprudencial (apelando, en concreto, a la consideración de las redes sociales como foros públicos) para imponer límites derivados de la I o la XIV Enmienda a estas entidades formalmente privadas<sup>(50)</sup>. Algunas decisiones recientes de tribunales federales y varias opiniones disidentes de Jueces del Supremo parecen apuntar en esa dirección.

Pero no es ni mucho menos la tónica dominante. En el caso *Charles Johnson v. Twitter Inc.* (06/06/2018), el Tribunal Superior de California se negó a considerar a Twitter como un «centro comercial privado» [*Robins v. Pruneyard Shopping Center* (1979)<sup>(51)</sup>] que estaba «obligado a tolerar a los manifestantes», de modo que no cabe invocar la I Enmienda en un espacio público que es propiedad de un monopolio privado<sup>(52)</sup>. La compañía demandada alega que optó por cerrar las cuentas del demandante tras publicar éste un tuit en el que invitaba a sus seguidores a hacer donaciones con el fin de eliminar (*to «taking out»*) a DeRay McKesson, un activista de derechos civiles, y tales tuits amenazantes están prohibidos por sus propias reglas de uso.

En febrero de 2020 el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito [9th Cir. 2020) 951 F.3d 991] confirmó la decisión del Tribunal de distrito del Norte de California de desestimar la demanda en el caso *Prager University v. Google LLC*<sup>(53)</sup>, al considerar que YouTube, propiedad de Google, no es actor estatal de acuerdo con el test de la «función pública», porque proporcionar una plataforma de intercambio de videos no es una función tradicional y exclusiva del Estado. Pese a ser la plataforma de videos más grande del mundo y detentar un virtual monopolio en lo relativo a la publicación de videos en Internet (millones de usuarios pueden publicar,

(49) *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U. S. 345, 352 (1974). Son muy pocas las actividades que pueden caracterizarse como funciones exclusivas del Estado [*The Court has stressed that «very few» functions fall into that category, Flagg Bros., Inc. v. Brooks*, 436 U. S. 149, 158 (1978)]. En los últimos años sólo la selección de jurados [*Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 US 614 (1991)] y la gestión de establecimientos penitenciarios [*West v. Atkins*, 487 US 42 (1988)] han merecido esa calificación. En el caso *Medina v. O'Neill* [589 F.Supp. 1028 (1984)], un tribunal de distrito de Texas admitió la demanda interpuesta por un grupo de presos que denunciaban las prácticas lesivas de derechos constitucionales que tenían lugar en un centro de internamiento de inmigrantes ilegales gestionado por una entidad privada.

(50) Vid. J. PETERS, The «Sovereigns of Cyberspace» and State Action: The First Amendment's Application-Or Lack Thereof-To Third-Party Platforms, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 32, nº 2 (2017), pp. 989-1026.

(51) Para el Tribunal, la referencia a esa sentencia (23 Cal.3d 899) está fuera de lugar. En *Robins* sostuvo que la distribución de folletos y la recogida de firmas para una petición al Gobierno en un centro comercial es una actividad protegida por la Constitución de California, porque no interfirió en las operaciones comerciales y no afectó significativamente al derecho de propiedad del demandado. En este caso, el tuit del demandante era amenazante y acosador.

(52) El demandante considera que las redes sociales son «la versión moderna de la antigua plaza pública», por lo que los usuarios deben poder expresar libremente sus opiniones, sin que las empresas puedan decidir qué tipo de discursos pueden circular o no por sus plataformas.

(53) ND Cal. Mar. 26, 2018. La Universidad *Prager*, una organización educativa sin ánimo de lucro, entendía que, al clasificar algunos de sus videos como «contenido restringido» y limitar así el acceso a los mismos, YouTube estaba intentando silenciar los puntos de vista conservadores sobre asuntos públicos, una actuación arbitraria y discriminatoria que viola la I Enmienda. Y solicitó una orden judicial preliminar para obligar a YouTube a desclasificar esos videos.

ver y comentar de forma gratuita esas imágenes), es una entidad privada y no puede considerarse un foro público sujeto a la Primera Enmienda<sup>(54)</sup>.

En el caso *Manhattan Community Access Corporation v. Halleck* (17/06/2019)<sup>(55)</sup> la Corte Suprema tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el estatus de la Manhattan Neighborhood Network (MNN), una cadena de televisión por cable en abierto, que operaba en la ciudad de N. York. En una sentencia respaldada por una ajustada mayoría (5/4) sostuvo que el mero hecho de alojar discursos de otros no es una función pública y no convierte a las entidades privadas en actores estatales sujetos a las restricciones de la Primera Enmienda<sup>(56)</sup>. Para el juez Kavanaugh, que redactó la opinión mayoritaria, las enmiendas I y XIV sólo se aplican frente a limitaciones gubernamentales de la libertad de expresión<sup>(57)</sup>.

---

(54) La Primera Enmienda prohíbe al gobierno, no a una entidad privada, restringir la libertad de expresión y este principio rige también en la era digital. En su blog oficial YouTube declara que su misión es dar voz a todas las personas, pero de acuerdo con los Términos de Servicio y las Pautas de la Comunidad que son aceptadas por los usuarios, se reserva el derecho de eliminar o restringir cierto contenido. Y esa política de moderación de contenidos no puede someterse a un escrutinio constitucional, porque la doctrina de la *state action* lo impide. En general, las plataformas de redes sociales pueden decidir por sí mismas qué contenido publicar y esa capacidad para difundir unos mensajes y no otros está reconocida por la ley federal. Además, YouTube no es una entidad regulada por el gobierno encargada de proporcionar servicios de radiodifusión pública. La Sección 230 de la CDA refleja la decisión del Gobierno de no participar en la regulación o supervisión del discurso en línea. Es más, la intromisión estatal en la facultad discrecional de YouTube para restringir determinados contenidos en su plataforma resulta más preocupante bajo el prisma de la Primera Enmienda que las restricciones impuestas por la empresa demandada.

(55) 587 US - 139 S. Ct. 1921; 204 L. Ed. 2d 405. En 2012, Halleck y Meléndez, empleados de MNN, produjeron un programa en el que criticaban la actuación de su empresa. Sólo se emitió una vez, porque se cancelaron las transmisiones posteriores y se les negó a los dos el acceso a las instalaciones y a los canales de acceso público de MNN. Presentaron entonces una demanda contra MNN y la ciudad, alegando que MNN era un foro público que había violado su derecho a la libertad de expresión al impedir su difusión en razón de su contenido. En 2016, un Tribunal del Distrito de Nueva York la desestimó, amparándose en que no hay un precedente claro que determine que los canales de acceso público son foros públicos. Pero en la apelación ante el Segundo Circuito, 2 de los 3 jueces fallaron a favor de los demandantes.

(56) Recuerda que en su jurisprudencia siempre ha mantenido que los operadores de cable que ofertan algunos canales de acceso público son actores privados y no pueden considerarse foros públicos [*Denver Area Educ. Telecomms. Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727, 737 (1996)]. Y se reafirma en esa tesis: la explotación de canales de acceso público en un sistema de cable no ha sido realizada tradicional y exclusivamente por el gobierno. Desde la década de 1970, diversos operadores privados y públicos han explotado canales de acceso público. Y aunque sea una actividad fuertemente regulada por el Estado, eso no transforma a la MNN en un actor estatal (sería el fin de la libertad individual y la empresa privada). Tampoco el hecho de que sea la ciudad la que haya otorgado la licencia y le haya concedido un monopolio. Muchas entidades privadas obtienen licencias o contratos gubernamentales y eso no les convierte en actores estatales.

(57) En último término, «the state-action doctrine enforces a critical boundary between the government and the individual, and thereby protects a robust sphere of individual Liberty». La Corte ha calificado esa distinción como una «dicotomía esencial», y ha insistido siempre en que «el cumplimiento cuidadoso del requisito de la «acción estatal» preserva un área de libertad individual al limitar el alcance de la ley y los tribunales federales» (*Lugar v. Edmondson Oil Co., Inc.*, 457 U.S. 922, 936). En su voto concurrente en *Peterson v. City of Greenville* (1963), el Juez Harlan II afirmó que debe protegerse contra la interferencia gubernamental «la libertad del individuo para elegir a sus asociados o vecinos, para usar y disponer de su propiedad como mejor le parezca, para ser irracional, arbitrario, caprichoso, incluso injusto en sus relaciones personales» (373 U.S. 244, 250). En favor de esta concepción tradicional, Lillian BEVIER / John HARRISON, *The State Action Principle and its Critics*, *Virginia Law Review*, vol. 96, n.º 8 (2010), pp. 1767-1836. En contra, Cass R. SUNSTEIN, *State Action is*

Pero en su opinión disidente, a la que se adhirieron también Ginsburg, Breyer y Kagan, la jueza Sotomayor argumentó que, al asumir la responsabilidad de administrar el foro, MNN «se puso en los zapatos [en el lugar] de la Ciudad»<sup>(58)</sup>, por lo que sí puede considerarse un actor estatal a los efectos de la I Enmienda. No importa si es la ciudad o una empresa privada la que administra este foro público, porque fueron las leyes de N. York las que ordenaron que los operadores de cable incluyesen en sus plataformas algún canal de acceso público, abierto a todos los interesados (por orden de llegada y sin discriminación). Se trata de una organización contratada por el gobierno local para administrar un foro público, en el que no puede ejercer un control editorial, salvo los contenidos no protegidos como la obscenidad o la violencia. La discriminación en función del punto de vista es inadmisible en foro público<sup>(59)</sup>.

Sotomayor invoca la doctrina establecida en la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso *West v. Atkins* [487 U. S. 42 (1988)]. En una decisión unánime, concluyó que un médico privado contratado para prestar atención médica a los reclusos de una prisión estatal era un actor estatal a los efectos de la sección 1983<sup>(60)</sup>. Fue «la función del médico dentro del sistema estatal» lo que determinó que su conducta se atribuyese al Estado (id., pp. 55-57). A su juicio, *West* resuelve este caso. Aunque los escenarios son diferentes, rige la misma regla: un gobierno no puede eludir la Constitución delegando en un administrador privado. Es verdad que no todos los actos de delegación gubernamental desencadenan necesariamente obligaciones constitucionales, pero este sí lo hizo. MNN se comprometió por contrato a respetar el requisito de programación «por orden de llegada». Podía haber dicho que no, pero aceptó. Vemos, pues, que hay partido, aunque de momento la Corte no parece dispuesta a cambiar de criterio<sup>(61)</sup>.

---

Always Present. Chicago Journal of International Law, vol. 3, n.º 2, 2002 y G. PELLER y M. TUSHNET, State action and a new birth of freedom, *Georgetown Law Journal*, vol. 92 (4), 2004, pp. 779-817: no hay ningún área de la vida social que pueda ser definida como «privada» y libre de regulación gubernamental (p. 789).

(58) «MNN stepped into the City's shoes».

(59) La ciudad le otorgó a la compañía MNN una franquicia de televisión por cable. Una empresa privada no puede entrar en un mercado local de cable sin esa franquicia. Pero el deber de la ciudad de N. York de respetar la I Enmienda no se evaporó cuando subcontrató la administración de ese foro a una entidad privada. Del mismo modo que la ciudad habría estado sujeta a la I Enmienda si hubiera optado por administrar el foro por sí misma, MNN asumió esa misma obligación al aceptar la delegación. La mayoría se centra en el hecho de que Time Warner, propietaria de la red de cable, y MNN, que explota esos canales de acceso público con sus propias instalaciones y equipos, son entidades privadas. Pero el problema no es quién es el dueño de la red de cable o quien opera los canales. La pregunta clave es, más bien, si podemos calificar esos canales como una propiedad puramente privada.

(60) La 42 USC § 1983 (Acción Civil por Privación de Derechos) otorga a una persona el derecho a demandar a empleados públicos y a otras personas que actúen «al amparo de la ley estatal» por la supuesta violación de derechos civiles.

(61) Vid. E. CHEMERINSKY: *Constitutional Law: Principles and Policies* (7th ed.), Aspen Publishing, 2023; y L. M. SEIDMAN, State Action and the Constitution's Middle Band, *Michigan Law Review*, vol. 117, 1, 2018, p. 1 y ss. Para este último autor, no puede considerarse al Estado como responsable de todas las decisiones privadas, aunque estén respaldadas en último término por el poder coercitivo del Estado, porque eso conduciría a la constitucionalización de toda la esfera social. Hay que dejar espacio para «un ámbito privado libre de disciplina constitucional». Pero no podemos correr el riesgo inverso: «la desconstitucionalización de toda la esfera social».

La rigurosa interpretación de la doctrina de la *state action* no impide que recaulen en la Corte Suprema los conflictos entre titulares de derechos constitucionales que se suscitan con motivo de la aplicación de leyes federales o estatales. Sirva de botón de muestra la decisión de 30 de junio de 2023, adoptada con el voto a favor de los 6 magistrados conservadores, en el caso *303 Creative LLC et al. v. Elenis et al.* [600 U.S. 570], que permitió que un negocio abierto al público discriminase a los miembros de la comunidad LGTBI amparándose en su libertad de expresión. Una diseñadora de páginas web cristiana evangélica (Lorie Smith), que solo concebía el matrimonio como una unión de un hombre y una mujer, se negó a prestar ese servicio de diseño gráfico si los contrayentes eran personas del mismo sexo<sup>(62)</sup>. El Tribunal le da la razón con una argumentación que parte de la premisa de que todas las personas son libres de pensar y expresarse como deseen, no como exija o prefiere el Gobierno. Y la I Enmienda prohíbe a Colorado obligar a una diseñadora gráfica a crear un sitio web personalizado (no ofrece un producto comercial ordinario, estándar) que exprese mensajes contrarios a sus creencias<sup>(63)</sup>.

Esta decisión sigue la estela de la sentencia dictada en 2018 en el caso del propietario de una pastelería que se negó a elaborar un pastel para una boda entre personas del mismo sexo apelando a sus creencias religiosas<sup>(64)</sup>. Los contrayentes denunciaron al pastelero ante la Comisión de Derechos Civiles de Colorado, alegando violación de las leyes antidiscriminatorias del Estado, que prohíben la discriminación por razones de orientación sexual en establecimientos abiertos al público, pero la Corte decidió que debería prevalecer la libertad de expresión en conexión con la libertad religiosa.

### 3. LA PUJANTE PROYECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS EN IBEROAMÉRICA

En esta región del mundo la recepción de la *Drittewirkung* fue tardía, pero es hoy una doctrina firmemente arraigada. Un dato que viene a corroborar esa amplia acogida es que cada vez son más los ordenamientos que admiten expresamente el

---

(62) Como se indica en alguna de las opiniones disidentes, el litigio tenía algo de prefabricado. Smith no había puesto en marcha aún su negocio y ninguna pareja homosexual había encargado una página web. Pero ella alegaba que quería publicitar su oferta con la advertencia de que no atendería a parejas homosexuales, algo que prohíbe la ley de Colorado. La CADA prohíbe que un establecimiento público niegue "el disfrute pleno e igualitario" de sus bienes y servicios a cualquier cliente en función de su raza, credo, discapacidad, orientación sexual u otro rasgo especificado por ley [Coló. Rev. Stat. §24-34-601(2)(a)]. La ley define "establecimiento público" de manera amplia para incluir prácticamente todos los negocios de cara al público. La Sra. Smith solicitó una orden judicial para impedir que el Estado la obligara a diseñar sitios web para matrimonios homosexuales. El Tribunal de distrito rechazó su demanda y el Décimo Circuito confirmó el fallo desestimatorio.

(63) Colorado trataba de "extirpar ciertas ideas o puntos de vista del diálogo público". En concreto, al aplicar su ley a la Sra. Smith y negarle el derecho a elegir el contenido de su propio mensaje, buscaba eliminar las ideas disidentes sobre el matrimonio. La Primera Enmienda no permite nada de eso. Y cuando la ley de establecimientos públicos de Colorado y la Constitución chocan, no puede haber duda de cuál debe prevalecer: la Constitución de los Estados Unidos.

(64) *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n*, 584 U.S. \_\_\_ 2018. Craig y Mullins, los contrayentes, pidieron simplemente un pastel de bodas, sin ningún mensaje ni nada que distinguiera el pastel de cualquier otro que Phillips hubiera vendido.

recurso de amparo o la acción equivalente contra particulares. El ejemplo más emblemático es la acción de tutela colombiana, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, «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».

No puedo desgranar aquí los hitos jurisprudenciales más destacados, pero los hay y bien ilustrativos en diversos países. Me limitaré a dar cuenta de algunas resoluciones recientes en dos ordenamientos muy relevantes en el contexto latinoamericano.

#### **A. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia: en la vanguardia desde 1992**

En cumplimiento de la previsión constitucional, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 especifica que la acción de tutela procederá contra particulares cuando aquél contra quien se dirige el recurso (i) esté encargado de la prestación de algún servicio público<sup>(65)</sup>; (ii) sea una organización privada, que controla efectivamente o es el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización; (iii) desconozca las prohibiciones de la esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos o el derecho al *habeas data*; (iv) actúe en ejercicio de funciones públicas; y (v) se encuentre en una posición de jerarquía, de tal modo que el actor esté en situación de subordinación o indefensión.

La Corte ha ido perfilando los conceptos de subordinación e indefensión. En ambos supuestos un sujeto asume una posición de autoridad respecto de otro, es más fuerte que el otro, por lo que quiebra la presunción de igualdad que impera entre los particulares<sup>(66)</sup>. La principal diferencia entre ambas figuras radica en el origen de esa relación desigual. La Sentencia T-290 de 1993 las diferenció de la siguiente manera: «la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica

---

(65) Procede una acción de tutela contra una Universidad privada porque presta el servicio público de educación (Sentencia T-106/19).

(66) La tutela contra particulares «extrae su fundamento socio-político del desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado que caracteriza a la comunidad contemporánea; el fenómeno de la indefensión está encaminado a proteger a las personas de los abusos provenientes de cualquier poder: económico, social, religioso, cultural, etc.» (Sentencia T-140/21). Es evidente que «determinados individuos u organizaciones públicas o privadas ostentan posiciones de supremacía o predominio, ... con posibilidad de afectación de los derechos ajenos en grados que escapan al alcance del ciudadano común» (Sentencia T-219/09). En un Estado Social de Derecho, «todas las relaciones jurídicas deben garantizar que las personas no sean objeto de actuaciones arbitrarias e injustificadas» (Sentencia T-131/23), de modo que «la parte más débil de la relación no quede necesariamente sometida a la voluntad de quien ejerce cierto nivel de autoridad o tiene una ventaja sobre ella» (Sentencia T-425/22). Como observó en la temprana sentencia T-611 de 1992, «no parece necesario demostrar el estado de indefensión en que se encuentra la persona frente a los medios de comunicación. Es suficiente recordar que .... cuentan con la capacidad de la presentación unilateral de cualquier acontecimiento; gozan de la ventaja que representa la posibilidad de repetición y ampliación de las informaciones sin límite alguno; manejan potentes instrumentos que pueden orientar y condicionar las reacciones psicológicas del público, resaltar u opacar datos e informaciones». El potencial impacto de sus noticias «confiere a los medios incalculables posibilidades de apabullar al individuo, dejándolo inerme frente a los ataques de que pueda ser objeto».

de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos...<sup>(67)</sup>, en tanto que la indefensión.... no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate». Es necesario verificar en cada caso concreto «si la asimetría en la relación entre agentes privados se deriva de interacciones jurídicas, legales o contractuales (subordinación)» (Sentencia T-583/17), o si por el contrario, ésta es consecuencia de una situación fáctica en la que determinada persona se encuentra en un estado de manifiesta debilidad y no dispone de medios jurídicos de defensa para resistir o repeler la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales frente a otro particular (indefensión) (Sentencias T-030/017, T-062/18 y SU-075/18)<sup>(68)</sup>.

En la esfera laboral la casuística es inagotable. En relación con la prohibición de discriminación por motivos de salud, podemos destacar dos sentencias de 2021 que amparan a un infectado de SIDA excluido de un proceso de selección laboral<sup>(69)</sup> y a un trabajador de una empresa minera despedido tras ser diagnosticado como enfermo de ELA<sup>(70)</sup>. Pero son muchas las decisiones que protegen el derecho al trabajo y la estabilidad laboral reforzada de los empleados que padecen alguna

---

(67) La subordinación hace referencia a la situación en la que se encuentra una persona «cuando tiene la obligación jurídica de acatar las órdenes de un tercero, como consecuencia de un contrato o relación jurídica determinada que ubica a ambas partes en una situación jerárquica» (Sentencia T-694/13). No existe subordinación entre compañeros de trabajo (Sentencia T-417/19). Pero sí, por ejemplo, en las relaciones entre los vecinos de un conjunto residencial y la junta administradora del mismo (Sentencia T-722/17). La pertenencia a un club social (una sociedad masónica) «no involucra una situación de subordinación», pero puede dar lugar a una situación de indefensión si un miembro es expulsado ignorando su derecho al debido proceso (Sentencia T-720/14).

(68) Debe ser el juez constitucional quien verifique si el actor se encuentra en situación de indefensión respecto del demandado en el contexto específico de cada caso. En la sentencia T-275/21, por ejemplo, la Corte reitera que la publicación y divulgación de fotografías o información en redes sociales que afectan al honor de un individuo configura «una situación fáctica de indefensión» cuando el afectado no tiene la posibilidad de denunciar o reclamar directamente ante la propia plataforma por conculcar las normas de la comunidad (Sentencia SU-420/19) y, por tanto, «no puede eliminar de la red el contenido que considera lesivo» (Sentencias SU-355/19 y T-031/20). En este supuesto, el afectado se encuentra en un estado de inferioridad, porque el emisor es quien «controla la forma, el tiempo y la manera como se divulga el mensaje» (Sentencias T-121/18 y T-243/18), «detenta el poder de acceso y el manejo del sitio en el que se realiza la publicación» (Sentencia T-117/18); y en la mayoría de los casos no cuenta con herramientas idóneas y efectivas para lograr que el contenido lesivo deje de difundirse (Sentencias SU-355/19 y T-031/20).

(69) Sentencia T-031/21. La Corte considera que este caso deja en evidencia el escenario de desprotección al que se enfrentan las personas que padecen VIH o SIDA en el marco de un proceso de selección laboral, en el que son objeto de tratos excluyentes y discriminatorios que terminan siendo invisibilizados. Para la Sala, quedó acreditado el hecho de que la demandada no logró desvirtuar la presunción de discriminación que opera en favor del actor.

(70) La Sentencia T-187 de 2021 estima procedente la acción de tutela promovida por un trabajador para garantizar la estabilidad laboral reforzada en el caso de personas que se encuentran en situación vulnerable, como las que padecen una discapacidad o una debilidad manifiesta por motivos de salud. La Sala recuerda que si un empleador pretende despedir a una persona que se halla en esta situación, debe contar con autorización de la autoridad laboral, toda vez que la omisión de dicho trámite «acarrea la presunción de despido injusto», por lo que se invierte la carga de la prueba y le corresponde acreditar una causa objetiva para liquidar la relación laboral. La Corte otorga el amparo por violación de varios derechos (vida digna, igualdad, trabajo...), declara la nulidad del despido y ordena el reintegro del demandante.

enfermedad o discapacidad<sup>(71)</sup>. O que han sido víctimas de la violencia de género<sup>(72)</sup>. Esa protección se extiende a todos los despidos discriminatorios. En su Sentencia SU-067 de 2023, la Corte anuló el despido de una mujer trans y afrodescendiente por razón de su identidad de género y ordenó al empleador la reintegración a su puesto de trabajo.

En la Sentencia T-171/22, la acción de tutela fue promovida por una pareja de hombres homosexuales contra un laboratorio clínico que había rechazado su donación al banco de sangre que gestionaba por la orientación sexual de los potenciales donantes. Para la Sala, se trata de una entidad privada que presta un servicio público, sujeta por tanto al mandato constitucional de no discriminación<sup>(73)</sup>.

La prohibición de discriminación se proyecta sobre todo tipo de relaciones entre particulares<sup>(74)</sup>. En la sentencia T-335/19 la Sala consideró que el reproche que hizo el encargado de un local comercial abierto al público a la demandante por las manifestaciones de afecto con su pareja del mismo sexo (que no fueron en ningún caso obscenas) vulneró sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y constituyó un acto de discriminación por la orientación sexual diversa<sup>(75)</sup>.

En la Constitución colombiana el derecho de petición de información se consagra en el artículo 23, que prevé que «toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución», pero añade a renglón seguido que «el legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos

---

(71) Vid., por ejemplo, las Sentencias T-020/21 y SU-304/24. Fuera del ámbito laboral, la Sentencia SU-475/23 tuteló el derecho fundamental a la educación inclusiva de un niño con trastorno del espectro autista, que requería de un docente de apoyo personalizado en una institución educativa privada.

(72) En su sentencia T-140/21, la Corte declaró que se habían vulnerado los derechos fundamentales a no ser discriminada por razones de género y a gozar de un ambiente de trabajo libre de violencias de una periodista por la reacción del periódico en el que trabajaba ante la denuncia que ella presentó por la presunta agresión sexual cometida por un compañero de trabajo. El periódico incumplió sus deberes de prevenir, investigar y sancionar la violencia de la que fue víctima la demandante.

(73) A pesar de su intención solidaria de donar sangre, se les sometió a un trato indigno por el simple hecho de tener sexo entre hombres, sin tener en cuenta que usan preservativos en sus relaciones sexuales. La medida no resulta necesaria para reducir el riesgo transfusional y tampoco supera un juicio de proporcionalidad, porque sus efectos discriminatorios son significativamente mayores que la supuesta (y no acreditada) reducción del riesgo. Hace tiempo que la literatura científica ha reemplazado la noción de grupo de riesgo por la de prácticas de riesgo.

(74) La Corte parte de la convicción de que «en el camino hacia una sociedad igualitaria no solo el Estado tiene obligaciones afirmativas, sino que ésta es una tarea que le compete a todos los habitantes del país, quienes a través del lenguaje y de sus acciones concretas pueden y deben, contribuir a la eliminación de todas las formas de discriminación». Hace esta afirmación en la Sentencia T-243/18, en la que da un paso más y resalta la importancia de «incorporar la solidaridad consagrada como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en las relaciones entre particulares, pues este valor y principio es sin duda la base indispensable para una sociedad incluyente». En ese caso, la conducta de la demandada «se separa de ese valor de solidaridad, y perpetúa dinámicas sociales injustas frente a un colectivo tradicionalmente discriminado y marginado, como lo son las empleadas domésticas».

(75) La Sala concedió el amparo, ordenó al demandado que presentase excusa escrita y privada a la demandante y adoptase las medidas necesarias para permitir el acceso y la estancia de la actora en el local comercial, sin restricciones o prohibiciones derivadas de su condición sexual diversa.

fundamentales»<sup>(76)</sup>. Pues bien, la Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 1755 de 2015, dispone en su artículo 32 que toda persona podrá ejercer el derecho de petición «ante organizaciones privadas con o sin personería jurídica, tales como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes». Salvo norma legal especial, se tramitarán y resolverán con arreglo a los mismos principios y reglas que rigen para las presentadas ante las autoridades. Este derecho también podrá ejercerse «ante personas naturales cuando frente a ellas el solicitante se encuentre en situaciones de indefensión, subordinación o la persona natural se encuentre ejerciendo una función o posición dominante frente al peticionario». Y se extiende asimismo a los usuarios de las entidades financieras y las empresas que prestan servicios públicos y se ríjan por el Derecho privado.

En consonancia con esta regulación legal, la Corte viene reconociendo la procedencia de la acción de tutela por la supuesta vulneración de este derecho por particulares<sup>(77)</sup>. En esa línea, es sumamente interesante la sentencia T-534 de 2024. El demandante es un periodista que en el curso de una investigación sobre las zonas grises de trazabilidad de la carne que proviene de áreas deforestadas en la Amazonía solicitó a la empresa Olímpica S.A. información sobre sus prácticas en los procesos de comercialización de carne de res y la deforestación de zonas protegidas y Parques Nacionales Naturales de Colombia. A juicio de la Corte, la empresa no contestó de manera completa el cuestionario, escudándose en que los procedimientos para verificar el origen de su carne eran un secreto empresarial<sup>(78)</sup>. La información solicitada, lejos de ser reservada, es de relevancia constitucional y de interés público<sup>(79)</sup>. Además, los periodistas tienen una protección constitucional especial en cuanto al acceso a la información se refiere, debido a la importancia de su actividad profesional para la democracia, el escrutinio ciudadano y la formación de la opinión pública. Por eso, las peticiones de información formuladas por los periodistas deben tramitarse de forma preferencial (art. 20 del Código de Procedimiento Administrativo), si existe respecto de la misma un interés general. La Sala considera que en este caso la respuesta proporcionada por la compañía demandada vulneró los derechos de petición y de acceso a la información del actor y le ordena que en el término de diez días responda a una serie de preguntas muy concretas

En una sentencia dictada en diciembre de 2023, la T-553/23, la Corte aborda otro asunto de indudable alcance: los derechos fundamentales (al debido proceso y

---

(76) La Corte ha insistido en que esta garantía resulta determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, por cuanto materializa otros derechos, como el acceso a la información, la libertad de expresión y la participación política. Y comprende el derecho a obtener una respuesta clara, precisa, oportuna y de fondo, esto es, un pronunciamiento congruente y completo en relación con los asuntos planteados en la petición.

(77) Sentencias T-268 de 2013, T-726 de 2016, T-451 de 2017, T-490 de 2018 y T-103 de 2019 y SU-191 de 2022.

(78) La respuesta «resulta insuficiente para verificar las acciones que están realizando para evitar la deforestación como consecuencia de la ganadería ilegal». La empresa demandada tenía la obligación de tramitar la petición de forma preferencial. Más aún cuando ocupa un importante eslabón dentro de la cadena de producción, suministro y comercialización de la carne de res en Colombia. Cuando se niega la información existe la obligación de señalar de modo concreto y veraz el fundamento de tal negativa.

(79) El principal catalizador de la deforestación mundial es la producción de carne de res y la conversión de tierras para el pastoreo de ganado.

a la representación política efectiva) de los miembros de corporaciones públicas frente al poder disciplinario de los partidos políticos. El demandante era un diputado de la asamblea del departamento de Nariño por el partido Cambio Radical. El partido le abrió un procedimiento disciplinario por doble militancia a raíz de una fotografía en la que aparece con su hermano en el acto de inscripción de la candidatura de éste al Senado por otro partido y le impuso finalmente como sanción la pérdida total de sus derechos a voz y voto como diputado, hasta que expirase su mandato. Aunque el demandante impugnó la decisión ante el Consejo Nacional Electoral y éste suspendió la sanción como medida provisional, por lo que la acción de tutela carecía de objeto (por hecho superado), la Sala se pronunció sobre el contenido y alcance de los derechos invocados, y concluyó que el partido vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la representación política efectiva del diputado, al imponerle una sanción no prevista e incongruente con los Estatutos del partido político<sup>(80)</sup>.

Ampliando el foco a los procedimientos disciplinarios en general, la Corte tiene muy claro que la garantía del debido proceso, reconocida a toda persona frente a quien juzga o evalúa su conducta, no vincula únicamente al Estado: «también los particulares, cuando se hallen en posibilidad de aplicar sanciones o castigos, están obligados por la Constitución a observar las reglas del debido proceso» (Sentencia T-470/99)<sup>(81)</sup>. El ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de las entidades privadas «debe atender los contenidos mínimos del debido proceso, tales como: (i) el principio de legalidad, es decir, que las conductas que originan una sanción, al igual que el procedimiento disciplinario aplicable y las sanciones impoñibles estén determinadas previamente en la ley o en la normativa que rige la institución; (ii) la debida motivación de la decisión...; (iii) el respeto por la competencia estatutaria del organismo decisorio; (iv) la garantía del ejercicio del derecho de defensa y de contradicción; y (v) el respeto a principios como la presunción de inocencia, buena fe, publicidad, imparcialidad y proporcionalidad de la sanción» (Sentencia T-131/23). Pero en este contexto disciplinario no sólo pueden conculcarse las garantías de defensa del sancionado. Los órganos de gobierno de una asociación u organización privada pueden vulnerar también derechos sustantivos, como la libertad de expresión<sup>(82)</sup>.

---

(80) Y no desaprovechó la oportunidad para reiterar que los procedimientos disciplinarios que los partidos aplican a sus afiliados «deben respetar las siguientes garantías fundamentales: (i) tipicidad de las conductas sancionables y de las sanciones; (ii) proporcionalidad de la sanción prevista frente a la conducta realizada; (iii) presunción de inocencia; (iv) ejercicio del derecho de defensa y de contradicción; y (v) facultad de impugnar la decisión sancionatoria» (Sentencia T-009 de 2017).

(81) Y eso significa, por ejemplo, que «para evitar que la autonomía se convierta en arbitrariedad» los reglamentos de un centro educativo privado «deben contener, por lo menos, (i) las faltas disciplinarias, así como sus correspondientes sanciones o consecuencias; y (ii) el procedimiento a seguir antes de imponer una sanción o tomar una decisión» (Sentencia T-301/96). En aplicación de esta doctrina la Corte ha constatado la violación de esta garantía en diversos supuestos: cuando se acusa y sanciona a un estudiante sin procedimiento alguno; cuando la institución educativa aplica retroactivamente su nuevo reglamento en perjuicio de los estudiantes; cuando se expulsa de la institución a un estudiante por fraude, mediante una decisión inmotivada; o cuando una universidad cambia las condiciones para cancelar la matrícula y como consecuencia impide la continuidad de los estudios de los alumnos (Sentencia T-106/19).

(82) En la sentencia T-131/23 la Corte estimó que al expulsar a dos socios que se habían pronunciado públicamente en contra de una reforma estatutaria y habían acudido a los tribunales para

Llama también la atención en la jurisprudencia más reciente de la Corte Constitucional el reconocimiento explícito de la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia. Como proclama el artículo 29 de la Constitución, «toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable», por lo que el trato a las personas bajo investigación por un delito debe ser acorde con este principio. Esta garantía no sólo ha de preservarse por el Estado, tanto en los procesos penales como en los administrativos sancionadores, sino que también «debe ser respetada por los particulares y, en concreto, por los medios de comunicación y periodistas, cuandoquiera que estos publiquen información o denuncias que vinculen a un individuo con la comisión de hechos delictivos» (Sentencias T-145/16 y SU-274/19). Y eso implica que los emisores de información deben «abstenerse de sustituir a las autoridades de la República en la adjudicación de responsabilidades de orden legal» (Sentencia T-342/20). La Constitución protege ciertamente la potestad de denunciar públicamente la comisión de un hecho delictivo, pero los emisores no pueden afirmar que un individuo fue declarado penalmente responsable si éste no ha sido condenado mediante una sentencia firme. De ahí la obligación de «adoptar formas lingüísticas condicionales o dubitativas, que denoten la falta de seguridad sobre la culpabilidad» (sentencias SU-274/19 y T-342/20).

Si este principio exige prudencia a la hora de acusar, con más razón proscribe el acoso, la persecución o el hostigamiento a través de los medios de comunicación y las redes sociales, esto es, la publicación de forma reiterada y sistemática de denuncias que no están razonablemente basadas en fuentes confiables y, sin embargo, vinculan de forma inequívoca al acusado con la comisión de delitos (Sentencias SU-420/19<sup>(83)</sup> y T-342/20). Estas campañas en contra de la persona investigada (juicios paralelos) pueden afectar al «juicio que se forman los ciudadanos sobre los hechos de público conocimiento», e incluso a los propios jueces o jurados a la hora de determinar la responsabilidad del afectado<sup>(84)</sup>. En último término, pueden indu-

---

cuestionar esa decisión, la Cruz Roja desconoció el derecho fundamental a la libertad de expresión, porque sancionó «una conducta razonable dentro de un proceso de democracia interna: el disenso». Y es que «un elemento fundamental del principio democrático, que no puede ser limitado en ningún escenario privado, pese a la amplia autonomía que en la materia se le reconoce a este tipo de entidades, es lo que se puede denominar como un derecho al disenso bajo el cual los asociados pueden manifestar su inconformidad de manera amplia y deliberativa». Es necesario que se habiliten espacios de discusión de ideas «que permitan un control al ejercicio del poder por parte de las mayorías», sin que esas manifestaciones de puedan ser objeto de censuras previas o sanciones posteriores. Dado que el principio democrático «desborda el campo meramente político y electoral y cobija relaciones entre particulares», «la exigencia de garantizar una adecuada deliberación e impedir la sanción de la simple disidencia, también tiene una fuerza expansiva que debe ser protegida con fervor por los jueces constitucionales». La sentencia ordena la reintegración a la Cruz Roja Colombiana de los sancionados.

(83) En este asunto, la Corte recuerda que la información sobre procesos judiciales en curso puede provocar graves distorsiones en el mismo, comprometiendo la limpieza del mismo. Aunque en principio no puede restringirse la libertad de los medios para opinar sobre procesos judiciales, excepcionalmente es posible tal restricción cuando exista un riesgo grave, cierto y actual de afectación del derecho a un juicio imparcial o a la presunción de inocencia que no pueda justificarse por la importancia de divulgar información relativa al proceso.

(84) «Reconocido el enorme poder social que ejercen los medios masivos de comunicación, así como los potenciales efectos devastadores que sobre una persona puede tener la publicación de una información que la implique sin fundamento en la comisión de hechos delictivos, la jurisprudencia nacional y comparada ha fijado límites al ejercicio de la libertad de prensa en aras de compatibilizarlo

cir a un veredicto de culpabilidad por parte de la opinión pública, antes de que se celebre el juicio, «por el solo hecho de haber sido señalados como posibles responsables por uno o varios particulares» (Sentencias T-342/20 y T-275/21).

## B. La apertura del amparo en México y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia

Con la reforma de la Ley de Amparo en 2013 cayó uno de los últimos baluartes de la concepción tradicional. Este recurso puede interponerse ahora frente a normas, actos u omisiones de particulares «en los casos señalados en la presente Ley». La referencia a «leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales» (que apuntaba inequívocamente a la autoridad pública), es reemplazada por «por normas generales, actos u omisiones de autoridad» que violen esas garantías (art. 1). Con la supresión del artículo determinado «la», se abre la puerta a un giro de 180 grados en el sistema de protección de los derechos fundamentales<sup>(85)</sup>.

El artículo 5, fracción II, de la Ley precisa aún más el concepto de autoridad responsable al establecer que tiene 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». Y añadir seguidamente que «para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general». En definitiva, para que los actos de particulares puedan ser considerados equivalentes a los de autoridad, deben reunir las características de unilateralidad, imperio y coercitividad, además de derivar de una relación de supra o subordinación<sup>(86)</sup>.

---

con la garantía del debido proceso y ... el derecho fundamental a un juicio imparcial y justo (...) La presión de la opinión pública tiene la potencialidad de incidir sobre la evaluación de la situación afectando el juicio de los jurados o jueces, de forma que no sea posible garantizar un juicio público imparcial y justo, lo cual cobra especial importancia en materia penal» (Sentencia T-1225 de 2003).

(85) Antes de la reforma de 2013, la Suprema Corte de Justicia (SCJN) había reconocido en su sentencia de 11 de octubre de 2000 (Amparo en Revisión 2/2000) la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en un proceso de divorcio. El demandante alegaba que su esposa había cometido adulterio y, como prueba, entregó grabaciones de conversaciones telefónicas entre la demandada y un tercero. Los tribunales civiles no admitieron finalmente tal prueba y el esposo presentó un recurso de revisión alegando, entre otras cosas, que la Constitución no protege a los particulares frente a otros particulares porque sólo las autoridades tienen la obligación de respetar los derechos fundamentales. La Corte confirmó la resolución impugnada, rebatiendo ese argumento de forma contundente: los derechos fundamentales también rigen las relaciones entre particulares y éstos pueden cometer, por tanto, ilícitos constitucionales (al vulnerar, por ejemplo, el principio universal de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, establecido en el artículo 16 de la Constitución). La admisión y valoración como prueba de grabaciones telefónicas obtenidas de manera ilegal vulnera esa garantía constitucional. Vid. en este mismo sentido, la sentencia de 15 de junio de 2011 (Amparo Directo en Revisión 1621/2010), que declaró la ilegitimidad de los correos electrónicos presentados como prueba en un proceso de divorcio. Y las que resolvieron los ADR 2934/2011, AD 8/2012, AD 16/2012 y ADR 6175/2018.

(86) Es paradigmático el caso de las empresas concesionarias de un servicio público. Pero también de las «asociaciones deportivas nacionales» (equiparables a nuestras Federaciones deportivas), quienes dictan actos de autoridad cuando ejercen su potestad disciplinaria. Las funciones públicas de carácter administrativo delegadas a dichas asociaciones están determinadas en una norma general, de modo que sus decisiones están revestidas de imperatividad; pueden dictar, ordenar o ejecutar de forma unilateral y obligatoria actos que afecten derechos creando, modificando o extinguendo situaciones

En la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema podemos encontrar algunas decisiones que corroboran esta tesis de que cuando actúan «como si fueran» un poder público, los particulares están directamente obligados a respetar los derechos fundamentales. En algunos casos asoma como *obiter dicta* (en relación con la procedibilidad del juicio de amparo) y en otros emerge como *ratio decidendi*. Pero no con la misma determinación y audacia de la Corte Constitucional colombiana.

El estándar para considerar al acto de un particular como de autoridad a los efectos del juicio de amparo está integrado por dos pasos. El primero es constatar si alguna norma autoriza al particular responsable a afectar los derechos fundamentales de otro particular (nexo de esa prerrogativa con una potestad normativa estatal). El segundo es evaluar si el acto implica un interés público diferenciado, esto es, un privilegio propio del ejercicio de la autoridad, pero delegado al particular.

En el caso resuelto por la sentencia de la SCJN de 27 de noviembre de 2019 (Amparo en Revisión 327/2017), un niño que cursaba el quinto año de primaria en una escuela privada fue expulsado porque sus padres no pagaron la matrícula durante dos meses. La causa de expulsión estaba prevista en el contrato de prestación de servicios educativos que celebró la madre del niño con la escuela y en el reglamento de la institución. La madre le solicitó a la escuela que le entregara las evaluaciones de su hijo, pero ésta se negó. La Primera Sala aplica dos criterios diferentes: por un lado, una escuela privada de educación básica no es autoridad responsable cuando expulsa a un estudiante por falta de pago, porque se trata de un acto derivado de un contrato de prestación de servicios educativos; pero por otro, sí lo es cuando decide no entregar las calificaciones de los estudiantes expulsados a los padres, porque como prestador de un servicio público está habilitado para hacer esas evaluaciones y ejercer la función pública de validar los estudios de las personas para garantizar el derecho a la educación básica<sup>(87)</sup>.

En la sentencia de 30 de octubre de 2019 (ADR 4865/2018), la Primera Sala no dudó en afirmar que «el respeto de derechos como el de igualdad y no discriminación no sólo vincula a las autoridades del Estado, sino que tiene plena eficacia también en las relaciones entre sujetos privados». En este caso, el demandante era un hombre al que nada más incorporarse a su puesto de trabajo le informaron que no trabajaría más en la empresa porque se habían percatado de que tenía un tatuaje en forma de cruz esvástica en su oreja izquierda y el dueño de la empresa era judío. Se le ofreció como opción para poder continuar en su empleo borrarse o taparse el tatuaje, pero el demandante se negó. El asunto, que dio lugar a resoluciones dispa-

---

jurídicas (Pleno en Materia Administrativa del Primer Circuito al resolver la Contradicción de tesis 4012015).

(87) "La generación de documentos que certifican las evaluaciones de los destinatarios del servicio de educación es una prerrogativa que encuentra su origen y fundamento en la ley, por lo que la escuela privada, al retenerlos, luego de generarlos, no despliega esa actuación en ejercicio de una acción particular regulada únicamente por el contrato de prestación de servicios». A través de dicha documentación la autoridad educativa valida grados académicos, como parte de su responsabilidad de garantizar el derecho a la educación, por lo que debe considerarse que la prerrogativa otorgada a las escuelas privadas es una actividad estrechamente vinculada con esa función pública, participando, en consecuencia, de esa naturaleza pública. En el mismo sentido, la SCJN de 24 de mayo de 2023, en relación con una Universidad privada que no entregó a un egresado ni su certificado de estudios ni el título profesional.

res en los tribunales inferiores, recaló en la Suprema Corte, que sostuvo que, si bien tener un tatuaje no debe generar discriminación en el ámbito laboral, en este caso el símbolo se asociaba con un mensaje antisemita, que podía generar reacciones emocionales y un clima de hostilidad, temor e indignación entre los trabajadores. Por lo tanto, las medidas adoptadas por la empresa para tutelar la igualdad, dignidad y seguridad de sus empleados y directivos y mantener la armonía en la convivencia dentro del centro de trabajo fueron razonables y proporcionales

En la sentencia de la Primera Sala de 10 de marzo de 2021 (Queja 40/2020), la cuestión que se plantea es si la negativa de una aseguradora privada a incluir a un niño debido a su condición de discapacidad en la póliza de gastos médicos de sus padres tiene el carácter de acto de una autoridad a efectos del juicio de amparo<sup>(88)</sup>. Para la Suprema Corte, esa decisión de negar la cobertura del seguro de sus padres al hijo es equiparable al de una autoridad, porque en la contratación de esa clase de seguros, las empresas no ejercen sólo una actividad privada, sino que desarrollan de manera indirecta una carga propia del Estado (una «política pública»): garantizar el derecho a la salud de las personas<sup>(89)</sup>

La sentencia dictada también por la Primera Sala el 29 de septiembre de 2021 (AD 9/2021) puso el foco en los límites del principio de autonomía de la voluntad. La controversia tiene su origen en un convenio de divorcio, validado judicialmente, en cuya virtud la madre tendría la guarda y custodia de los hijos y el padre se olvidaba a donar a sus hijos la propiedad de un inmueble y constituir un usufructo vitalicio en favor de la madre. Pero en este documento acordaron además que la mujer debía permanecer soltera, no podía recibir visitas masculinas en la casa, a menos que fueran familiares, y en el inmueble sólo vivirían ella y sus hijos. Si la mujer incumplía esas condiciones, tendría que desocupar el inmueble. Más adelante, el padre supo que quienes vivían en el inmueble no eran sus hijos ni su expareja, e inició un juicio civil para anular la donación. Y logró que en apelación la Sala Civil resolviera dicho contrato. Contra esa sentencia, la exesposa promovió juicio de amparo, alegando, entre otras cosas, que las cláusulas del convenio de divorcio son abusivas porque solo le imponen normas de conducta a ella por ser mujer.

---

(88) Cuando la madre estaba embarazada, los padres del niño contrataron una póliza de gastos médicos mayores. Después del nacimiento de su hijo, la mujer pidió el alta del niño en la póliza. Veinte días después, la empresa les informó que no era posible aplicar la cláusula "cobertura automática del recién nacido" porque la asegurada no cumplía con el periodo de aportación previsto en la cobertura, dado que el niño tenía antecedentes de bajo peso y padecimientos sistémicos (síndrome de Down) y su estado de salud era un riesgo que no podía asumir. El padre promovió una demanda de amparo alegando que la decisión de la aseguradora constituye un caso claro de discriminación por razón de discapacidad. El juzgado de distrito desechó la demanda de plano porque la aseguradora no tiene el carácter de autoridad y se trata de una relación entre particulares que no se rige por los principios y derechos constitucionales. Contra esta última decisión, el demandante interpuso un recurso de queja, aduciendo que la aseguradora sí tiene el carácter de autoridad a estos efectos, porque actuó de manera unilateral en el ejercicio de sus potestades.

(89) La eficacia horizontal del derecho a la igualdad y a la no discriminación «justifica la inclusión de las medidas relativas a las personas con discapacidad en el ámbito de contratación de seguros, sobre todo considerando que uno de los bienes jurídicos protegidos mediante la celebración de estos contratos es el derecho a la salud de las personas». Sin llegar al extremo de excluir los principios de libertad de contratación y autonomía de la voluntad, esa eficacia impone «ajustes razonables... que buscan la plena aplicación del principio de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad». La Corte declaró fundado el recurso de queja y ordenó al juzgado de distrito la admisión de la demanda.

La respuesta de la Corte no deja lugar a dudas: «Aun cuando se trata de actos celebrados entre particulares, no es posible para éstos soslayar el deber jurídico que los vincula a hacer latente la eficacia normativa directa de la Constitución». Y recuerda que aunque «las normas del derecho civil presuponen la igualdad de capacidad y condiciones entre las partes contratantes..., en aquellos ámbitos en los cuales se asume la existencia de asimetrías de poder o la vulnerabilidad de ciertos sujetos... el principio de autonomía de la voluntad tiene una menor resistencia frente a la injerencia externa»<sup>(90)</sup>.

### III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS VIOLACIONES COMETIDAS POR PARTICULARES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.

Para cerrar mi intervención, quería aludir brevemente a una cuestión a la que he prestado atención últimamente<sup>(91)</sup>. Me refiero a cómo se ha ido construyendo en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo esa responsabilidad (por omisión) de los Estados parte del Convenio por violaciones cometidas por particulares. Dejo fuera del foco la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>(92)</sup> o del TJUE<sup>(93)</sup>.

---

(90) En este caso, se pactaron una serie de condiciones resolutorias cuya estipulación no se justifica dentro del marco constitucional vigente. So pretexto del ejercicio de la autonomía de la voluntad se vulneró el derecho fundamental de la demandante al libre desarrollo de la personalidad, intimidad y libre autodeterminación. En un contexto de discriminación histórica y estructural puede resultar "comprendible" que la actora haya "consentido" la celebración del convenio en esos términos, a pesar de colocarla en una situación de evidente desventaja en relación con la otra parte. Quien fuera su esposo se valió de «su capacidad (estructural) de otorgar o negar bienes, estatus o valor a la parte quejosa, esperando que esta última cumpliera con una serie de normas y órdenes ... cuya formulación sólo a él beneficien, y que van encauzadas a perpetuar su posición de dominio». Se atribuye así a la demandante un «rol de sumisión», limitándose su libertad para "relacionarse con otras personas". La Suprema Corte concedió el amparo, anulando las cláusulas inconstitucionales del convenio.

(91) J.M. BILBAO, «La vis expansiva de las obligaciones positivas y la protección frente a las violaciones cometidas por particulares en la jurisprudencia del TEDH», en M. Aragón, J.J. Solozabal y J.L. Requejo (dirs.): *El Estado constitucional democrático. Libro en homenaje a Javier Jiménez Campo*, CEPC, 2024, pp. 459-485.

(92) La Corte reconoció tempranamente la responsabilidad del Estado por los crímenes cometidos por particulares o sujetos no identificados, una doctrina que no ha dejado de aplicarse desde entonces y buena prueba de ello es la sentencia de 26 de marzo de 2021 en el caso *Vicky Hernández y otras c. Honduras*, que atribuye al Estado la responsabilidad por la muerte de una mujer y activista trans, un crimen que permanece impune por la falta de diligencia de las autoridades en la investigación del mismo. Vid. Alexei J. ESTRADA, «La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en A.D. MATEOS (coord.): *El efecto horizontal...*, cit., p. 195 y ss.

(93) Me limitaré a recordar que los propios Tratados constitutivos de la UE incluyen disposiciones antidiscriminatorias en el empleo o el acceso a los servicios públicos. El principio de igualdad y no discriminación es uno de los valores fundamentales de la UE y se proyecta en los artículos 2 y 3.3 del TUE, los artículos 8, 10, 19, 153 y 157 del TFUE y en los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Son varias las Directivas adoptadas para aplicar este principio de igualdad de trato: la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que incluye en su ámbito el acceso al empleo, las condiciones de trabajo, el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda; la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general

Los artículos 33 y 34 del Convenio de Roma excluyen la posibilidad de promover una demanda contra un sujeto distinto de los Estados contratantes. Pero esto no significa que las disposiciones del Convenio sean irrelevantes en las relaciones entre particulares. La imputación al Estado de la violación cometida por un particular puede articularse de varias maneras. De hecho, el Tribunal ha explorado diferentes alternativas en la búsqueda de un criterio o título válido de imputación. En un primer momento, se fundó esa responsabilidad en la existencia de normas que dan cobertura legal al comportamiento del particular<sup>(94)</sup>. Pero tras una etapa de titubeos, el Tribunal descubrió el filón de las obligaciones positivas de los Estados como opción estratégica para extender la garantía de los derechos reconocidos en el Convenio a las relaciones regidas por el Derecho privado. En virtud de este canon jurisprudencial las autoridades nacionales deben adoptar las medidas más adecuadas para prevenir, impedir y en su caso sancionar las injerencias de terceros, de modo que se hace responsable al Estado (por omisión) de actos ilícitos cometidos por particulares cuando se acredita un déficit de protección o una falta de diligencia para prevenir o impedir la violación o para investigar los hechos, sancionar

---

para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Sirva como botón de muestra la Sentencia dictada el 11 de septiembre de 2018 por la Gran Sala del TJUE (Asunto C-68/2017) en relación con el despido de un médico católico de un hospital también católico por haber contraído segundas nupcias, tras divorciarse de su primera esposa, sin anular su primer matrimonio canónico. A pesar de ser entidades privadas, que pueden legítimamente exigir requisitos profesionales adicionales vinculados a la ética de la organización, ello no excluye un control judicial con arreglo a la normativa comunitaria. Y en este caso se aprecia una diferencia de trato con respecto a otros compañeros protestantes o agnósticos que no fueron despedidos en situaciones análogas. Además, concebir al matrimonio religioso como sagrado e indisoluble no parece que sea un requisito esencial en la actividad profesional del directivo, que ejerce funciones de asesoramiento y asistencia médica. Otra sentencia de la Gran Sala, fechada el 15 de julio 2021, avala la prohibición de cualquier signo o forma visible de expresión de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo por motivos de "neutralidad". En una decisión sobre dos conflictos relacionados con el uso del pañuelo islámico por dos trabajadoras, considera que una prohibición general puede estar "justificada por la necesidad del empresario de presentarse de manera neutra ante los clientes o de prevenir conflictos sociales". Si se acredita esa necesidad, no constituiría una discriminación por motivos de religión o convicciones, siempre que afecte indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trate por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles de forma general e indiferenciada una neutralidad indumentaria.

En cuanto a la eficacia entre particulares de determinadas disposiciones de la Carta, las sentencias de 6 de noviembre de 2018 en los casos Willmeroth (C-570/16) y Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (C-684/169), el TJUE se pronunció sobre la invocabilidad del artículo 31.2 de la Carta («Derecho a vacaciones anuales retribuidas») frente a un empresario privado. Basándose en la sentencia de abril de ese mismo año en el caso Egenberger (C-414/16), el Tribunal afirmó que se trataba de un derecho formulado en términos imperativos que puede ser invocado por cualquier trabajador en un litigio con su empresario.

(94) En el asunto *Young, James y Webster c. Reino Unido* (1981), los demandantes trabajaban en la British Rail, una empresa pública que en 1975 había llegado a un acuerdo con tres sindicatos, supeditando el acceso y la permanencia en el empleo a la afiliación a uno de esos sindicatos. Al no cumplir esa condición, fueron despedidos. A pesar de que la causa inmediata de la violación del artículo 11 (libertad negativa de asociación) fueron los acuerdos entre la empresa y los sindicatos, se atribuye la responsabilidad al Estado porque la legislación británica vigente entonces permitía la cláusula de exclusión (*closed shop*) pactada entre sindicatos y empresas, en cuya virtud todos los trabajadores deberían afiliarse al sindicato contratante.

y reparar dicha violación. Porque esa pasividad o tolerancia puede interpretarse como una aprobación tácita de esas injerencias.

No hace falta recordar las numerosas condenas por la vulneración del artículo 2 (derecho a la vida) o 3 (prohibición de tortura y malos tratos) que tienen su origen en la agresión de un particular. Una de las más emblemáticas es seguramente la impuesta por la Gran Sala en el caso *O'Keeffe c. Irlanda* (2014), porque trae causa de los abusos sexuales de un profesor en una escuela gestionada por la Iglesia católica y se justifica por la inexistencia de mecanismos de detección y denuncia útiles<sup>(95)</sup>. Pero no faltan ejemplos relacionados con otros preceptos. El impacto de la doctrina jurisprudencial de las obligaciones positiva es muy relevante. Podríamos decir que es un arma de intervención o revisión masiva.

Pero en ocasiones el Tribunal ejerce un control más intenso de las decisiones de los tribunales internos en el ámbito de los conflictos entre particulares. Revisa a fondo la ponderación efectuada en las resoluciones impugnadas y comprueba si se ha logrado un justo equilibrio entre los intereses en juego. Y en este escrutinio el Tribunal ha ido un poco más lejos de la versión estándar de la doctrina de las obligaciones positivas y ha venido a reconocer abiertamente la eficacia *inter privatos* de los derechos del Convenio. Es muy reveladora, por ejemplo, la sentencia recaída en el caso *Khurshid Mustafa y Tarzibachi c. Suecia* (2008), porque el Tribunal consideró que la rescisión de un contrato de arrendamiento motivada por la decisión de los arrendatarios, una pareja de origen iraquí, de instalar en la fachada y no retirar una antena parabólica destinada a captar las emisiones de televisión de su país de origen constituyó una injerencia desproporcionada en el derecho de los demandantes a la libertad de recibir información. En respuesta a la alegación del Gobierno de que la demanda era inadmisible porque el asunto se refería a un litigio contractual entre dos particulares, el Tribunal indica que la rescisión y el consiguiente desalojo fue consecuencia de una decisión judicial, por lo que el Estado demandado podía ser considerado responsable de la eventual infracción del artículo 10.

También constata la vulneración de este precepto en la sentencia de 20 de febrero de 2024 dictada en el asunto *Dede c. Turquía*, a raíz del despido de un empleado de un banco por haber enviado un correo electrónico interno desde su cuenta profesional al departamento de recursos humanos en el que además de quejarse de la sobrecarga de trabajo y la reducción de derechos y ayudas, criticaba los métodos de gestión del accionista principal. Considera el Tribunal que la decisión de los tribunales turcos de desestimar los recursos contra el despido no se basó en un justo equilibrio entre el derecho del demandante a la libertad de expresión y el derecho de su empleador a proteger sus intereses legítimos. El Tribunal afirma expresamente que «el ejercicio real y efectivo de la libertad de expresión... puede requerir medidas positivas de protección incluso en las relaciones de las personas entre sí y, en ciertos casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión, incluso contra los ataques de particulares»<sup>(96)</sup>.

(95) Más reciente es la Sentencia de 7 de abril de 2022 en el asunto *Landi c. Italia*, que aprecia la falta de medidas preventivas frente a la violencia doméstica recurrente que condujo al intento de asesinato de la demandante por parte de su pareja y al asesinato de su hijo.

(96) El Tribunal recuerda que la buena fe que debe respetarse en el contrato de trabajo no implica un deber de lealtad absoluta hacia el empleador o una obligación de reserva que entraña la subordinación del trabajador a los intereses del empleador. En el correo se formulan duras críticas al máximo

Pero es en el ámbito del artículo 8 donde podemos encontrar más ejemplos de esta tendencia del Tribunal a ponderar directamente los derechos en conflicto enmendando la plana a los tribunales nacionales. En esta línea se inscribe la sentencia dictada en el caso *I.B. c. Grecia* (2013), que estima la demanda presentada por un trabajador seropositivo despedido por la presión ejercida por los otros empleados de la empresa que se negaron a trabajar con él<sup>(97)</sup>. Pero el *leading case* es el asunto *Barbulescu c. Rumanía*, resuelto definitivamente por una decisión de la Gran Sala de 5 de septiembre de 2017. La sentencia tiene por objeto la decisión de una empresa privada de rescindir el contrato de un empleado tras haber accedido al contenido de sus correos electrónicos. Es verdad que el Tribunal no se pronuncia, porque no tiene competencia para ello, sobre la actuación empresarial, pero lo que se plantea es, en realidad, si el trabajador puede invocar el secreto de las comunicaciones o su derecho a la intimidad cuando la empresa accede a los equipos que le ha facilitado para desarrollar la actividad laboral. Lo más significativo de esta sentencia es la rotunda afirmación de la vigencia del derecho a la vida privada y la confidencialidad de la correspondencia en el marco de una relación laboral: el artículo 8 es aplicable en este asunto y «las instrucciones de un empleador no pueden reducir a la nada el ejercicio de la vida privada en el lugar de trabajo». La Gran Sala admite que las empresas pueden revisar el contenido de las comunicaciones de sus trabajadores durante el horario laboral si se realizan a través de dispositivos de la compañía, una vigilancia que estaría justificada en este caso porque la normativa interna de la compañía había prohibido expresamente ese uso personal no relacionado con la actividad laboral. Pero se debe avisar antes a los trabajadores<sup>(98)</sup>. La sentencia concluye que las autoridades no lograron un justo equilibrio entre los intereses en juego y no protegieron el derecho del demandante al respeto de su vida privada y al secreto de su correspondencia<sup>(99)</sup>.

---

directivo de la compañía (un estilo de gestión poco moderno y autoritario, entre otras) y se utiliza un lenguaje sarcástico, en el contexto de un conflicto de intereses provocado por la retirada de ayudas a los trabajadores, pero no se incluyen expresiones gratuitamente insultantes, injuriosas o denigrantes. En cualquier caso, el correo en cuestión se envió a un pequeño grupo de destinatarios dentro de la empresa (su impacto negativo fue muy limitado) y los tribunales turcos no precisaron cuáles fueron concretamente las molestias o inconvenientes que supuestamente causó en el lugar de trabajo.

(97) Para el Tribunal, "no cabe ninguna duda de que las cuestiones relativas al empleo, así como a las situaciones que afectan a personas portadoras del VIH entran en el campo de aplicación de la vida privada". Está claro, añade, que el despido del demandante conduce a estigmatizar a una persona que, si bien es portadora del VIH, no presenta ningún síntoma de la enfermedad. Esta medida tiene graves repercusiones sobre su vida privada, a lo que hay que sumar la pérdida del empleo. El Tribunal constata la violación del artículo 8, al considerar que los tribunales griegos no justificaron suficientemente las razones por las que hicieron prevalecer los intereses del empleador sobre los del demandante, que fue víctima, además, de una discriminación fundada en su estado de salud (art. 14).

(98) La sentencia insiste en que los tribunales internos no verificaron si el demandante había sido advertido por su empleador de la posibilidad de que sus comunicaciones fueran vigiladas y de la puesta en marcha de la actividad de vigilancia y su alcance. Tampoco verificaron suficientemente la existencia de razones específicas que justificasen las medidas de vigilancia ni consideraron la posibilidad de que el empleador hubiera alcanzado el objetivo perseguido aplicando métodos menos intrusivos como el uso de filtros que bloqueen el acceso a determinadas páginas web. Y, por último, no consideraron tampoco el hecho de que se le impusiera la sanción más severa.

(99) En algunos comentarios se rebaja un poco la trascendencia del pronunciamiento del Tribunal. Así, Sara KAENI (*European Human Rights Law Review*, issue 6, 2017, p. 603-609) reconoce que supone un paso adelante, pero es "una victoria de alcance reducido", porque no precisa cuál es el alcance de la protección ofrecida por el artículo 8 frente a medidas de vigilancia abusivas, aunque se

Hay que reconocer, no obstante, que la jurisprudencia del Tribunal en este punto no es lineal y en su evolución se registran oscilaciones<sup>(100)</sup>. Así, en el asunto *López Ribalda y otras c. España*, suscitado a raíz de la videovigilancia encubierta de cinco cajeras de un supermercado ante la sospecha fundada de hurtos, la Sala constató en la primera sentencia dictada el 9 de enero 2018 la violación del derecho invocado por las demandantes<sup>(101)</sup>. A su juicio, las imágenes grabadas eran datos personales y en virtud de la legislación española sobre protección de datos tendría que haberse informado a las demandantes que estaban sometidas a vigilancia y se estaban tratando esos datos, pero no se hizo así. La videovigilancia llevada a cabo por el empresario no cumplió, por tanto, los requisitos establecidos en la legislación interna, en particular la obligación de información previa, explícita, precisa e inequívoca a los afectados sobre la existencia y las características de un sistema de recogida y tratamiento de datos personales. Pero esta Sentencia fue revocada por otra dictada por la Gran Sala en 2019, que consideró que los tribunales españoles sí habían ponderado cuidadosamente los derechos en juego: la videovigilancia no informada de las zonas de caja, ante la constatación de pérdidas que podían atribuirse a hurtos, fue una medida proporcionada que tenía por objeto proteger la actividad empresarial<sup>(102)</sup>.

Más recientemente, en el caso *Semenya c. Suiza* (la sentencia es de 11 de julio de 2023), la demandante, una atleta sudafricana que presentaba diferencias en el desarrollo sexual (DSD), denunció que el Reglamento de la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (IAAF), ahora Word Athletics, con sede en Mónaco, le exigía reducir sus niveles naturales de testosterona a través de tratamientos hormonales para poder participar en competiciones internacionales en categoría femenina. Al negarse a someterse a ese tratamiento, no pudo participar en

---

hayan notificado previamente. En este mismo sentido, Sofía GALANI alberga dudas sobre el grado de protección que esta sentencia ofrece realmente a los trabajadores, porque, dada la desigualdad propia de una relación laboral, pueden verse forzados a aceptar métodos intrusivos de vigilancia por el mero hecho de conocerlos previamente ("Case and comment: selected decisions from the European Court of Human Rights from September and October 2017", *European Human Rights Law Review*, issue 1, 2018, p. 82).

(100) El compromiso del Tribunal en la defensa del derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral se vio un tanto desdibujado por una sentencia posterior, la dictada el 22 de febrero de 2018 en el asunto *Libert c. Francia*.

(101) El Gobierno español alegó que se trataba de un conflicto entre particulares: la videovigilancia se llevó a cabo siguiendo las instrucciones del empleador de las demandantes, una empresa privada cuya actividad no podía comprometer la responsabilidad del Estado con arreglo al Convenio. Rebatiendo esta argumentación exculpatoria, el Tribunal reitera una vez más que, "si bien la finalidad del artículo 8 es esencialmente proteger a la persona contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas... además de este compromiso fundamentalmente negativo, pueden existir obligaciones positivas" que «pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones personales».

(102) Recuerda la Gran Sala que, a fin de garantizar la proporcionalidad de las medidas de grabación en el lugar de trabajo –en este caso de imágenes–, los tribunales nacionales deben tener en cuenta, entre otros aspectos, (i) si se ha notificado al empleado la posibilidad de que se adopten estas medidas de vigilancia y su aplicación efectiva; (ii) si el empleador ha dado razones legítimas para justificar la vigilancia y el alcance de la misma; (iii) la utilización por el empleador de los resultados de la vigilancia y si esos resultados se han utilizado para lograr el objetivo declarado de la medida; y (iv) si se han proporcionado al empleado las medidas apropiadas, que pueden consistir en el suministro de información a los empleados interesados o a los representantes del personal en cuanto a la instalación y el alcance de la vigilancia o la posibilidad de presentar una denuncia (§ 116).

varias competiciones. Sus recursos contra el reglamento en cuestión fueron rechazados por el Tribunal de Arbitraje Deportivo y el Tribunal Federal Suizo. La demandante considera que ha sido víctima de una discriminación por sus características sexuales (por sus elevados niveles de testosterona concretamente). El TEDH recuerda que los tribunales nacionales «están obligados a garantizar una protección real y efectiva contra las discriminaciones cometidas por particulares» y en este caso no lo hicieron, porque no examinaron a fondo si la disposición reglamentaria aplicada a la demandante era una medida necesaria y proporcionada al objetivo perseguido por la IAAF, que no es otro que garantizar una competencia limpia y equitativa. Consta por tanto la violación del artículo 14 del Convenio.

En resumen, las demandas que se presentan ante el Tribunal de Estrasburgo se dirigen contra un Estado parte y es el Estado el que resulta condenado, pero lo que desencadena la responsabilidad del Estado es la violación cometida previamente por un particular y lo que se dilucida realmente en el proceso ante el TEDH es la adecuación al Convenio de la conducta de un particular o entidad privada.

#### **IV. NUEVOS FRENTE: LAS POLÍTICAS DE MODERACIÓN DE CONTENIDOS DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET Y SU RESPONSABILIDAD POR LOS CONTENIDOS ILÍCITOS QUE CIRCULAN POR SUS REDES**

Si uno mantiene las antenas desplegadas en todas las direcciones observa sin demasiado esfuerzo que en esta materia se abren incesantemente nuevos frentes. Pensemos, por ejemplo, en el desafío que supone la protección los datos personales que acaban en manos de entidades privadas que trafican con ellos. Pero quería detenerme en uno que me parece especialmente relevante y controvertido. Me refiero a la censura privada («al poder censor que se reservan contractualmente las redes sociales» por utilizar la expresión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestro TS en su sentencia de 28/02/2022) que pueden ejercer las grandes plataformas como X, Facebook, TikTok o Instagram, que amparándose en su política de moderación de contenidos –prevista en normas o estándares comunitarios o en sus términos de servicio– pueden eliminar un mensaje o cerrar una cuenta. Y a la otra cara de esa moneda: la eventual responsabilidad de estas empresas por los contenidos ilícitos que circulan por sus redes.

Internet ha irrumpido en nuestras vidas y nos movemos en un escenario disruptivo, muy incierto. Estamos ya muy lejos de la imagen canónica de la libertad de prensa o de información que giraba en torno a unos medios con una determinada línea editorial, que responden del contenido de lo que publican<sup>(103)</sup>.

Ante esta realidad que nos interpela, en Estados Unidos la doctrina y la jurisprudencia consideran que estas plataformas con decenas de millones de usuarios o los motores de búsqueda, pese a ocupar una posición de monopolio u oligopolio, no son un foro público de intercambio de opiniones sujeto a la I Enmienda. Es más, son ellas mismas titulares del derecho a la libertad de expresión. Esta concepción

(103) V. VÁZQUEZ, «La censura «privada» de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión», *Teoría & Derecho*, núm. 32, 2022, pp. 108-129.

se consagra normativamente en la sección 230 de la *Decency Act* de 1996 que otorga inmunidad a las plataformas en línea frente a la eventual exigencia de responsabilidad basada en el contenido difundido por terceros o frente a solicitudes de eliminación de contenido. Una inmunidad que los tribunales han interpretado generosamente. En definitiva, las empresas no responden por el contenido que transmiten y tampoco por los contenidos que censuran. Gozan de plena libertad para moderar el contenido –para discriminar o censurar discursos– y para hacerlo además con escasa transparencia. No deja de ser algo paradójico o contradictorio: se les reconoce la capacidad para cerrar cuentas o eliminar contenidos como parte de su libertad editorial, pero no responden como los medios tradicionales de la posible ilicitud de lo que se difunde por sus redes. Por tanto, cuando Twitter o X cancela una cuenta (Twitter le cerró a Trump su cuenta personal en enero de 2021 a raíz del asalto al Capitolio, ante el riesgo de que siguiera incitando a la violencia) no lo hace invocando la libertad de empresa sino apelando directamente a la I Enmienda.

En *Twitter c. Taamneh* [598 U.S. 471 (2023)] la Corte Suprema confirmó la exención de responsabilidad de estas grandes empresas tecnológicas por los contenidos que publican sus usuarios. Los jueces liberaron de responsabilidad a Twitter, Google y Facebook en dos casos en los que los demandantes eran familiares de víctimas de atentados terroristas que denunciaban el uso de sus plataformas por terroristas. La Corte concluyó que no se les puede responsabilizar a los proveedores de comunicaciones de una supuesta complicidad o cooperación con el terrorismo. Puede que organizaciones criminales como el ISIS utilicen plataformas como la de los demandados para fines ilegales. Pero lo mismo podría decirse de los teléfonos móviles o el correo electrónico.

La Corte volvió a avalar en julio de 2024<sup>(104)</sup> este modelo de autorregulación. Las redes sociales son libres para fijar sus propias políticas de moderación de contenidos, eliminando contenidos que consideren inapropiados o expulsando usuarios. Las tecnológicas (Facebook, Instagram, X, TikTok y YouTube) ganaron la batalla contra dos Estados bajo control republicano, Florida y Texas, que quisieron limitar legalmente esa libertad editorial, porque consideraban que tendían a silenciar voces conservadoras, como las que defendían el bulo de que a Trump le robaron las elecciones o las que publicaban desinformación sobre las vacunas<sup>(105)</sup>. La Corte reconoce que el objetivo último de estas leyes es que el público tenga acceso a una amplia gama de puntos de vista. Y ese es precisamente uno de los objetivos de la I Enmienda. Pero la forma en que la I Enmienda logra ese objetivo es impiidiendo que el Gobierno incline el debate público en una determinada dirección. Recuerda que siempre ha sostenido que el Gobierno no puede restringir o suprimir la libertad de expresión de ciertos sectores de la sociedad con el fin de promover o favorecer el discurso de otros grupos, con más dificultades para hacer oír su

---

(104) En la sentencia de 1 de julio que resolvió los casos *Moody, Attorney General of Florida, et al. v. Netchoice, LLC.*, y *NetChoice, LLC et al. v. Paxton, Attorney General of Texas* [603 U. S. 707 (2024)]

(105) En 2021, Florida y Texas aprobaron sendas leyes que restringían la capacidad de las plataformas para moderar contenidos, es decir, para priorizar y etiquetar los variados mensajes, videos y otros contenidos que sus usuarios desean publicar. También incluyen disposiciones de explicación individualizada, que exigen que la plataforma exponga las razones que justifican la eliminación o alteración de las publicaciones de los usuarios. NetChoice recurrió ambas leyes invocando la Primera Enmienda.

voz. Texas y Florida pretenden un mayor equilibrio en los contenidos de las principales plataformas, de modo que se incluyan mensajes que ahora están excluidos, y apelan a la jurisprudencia de la propia Corte para sostener que lo que tratan de evitar es la «discriminación por el punto de vista» (*viewpoint discrimination*). Pero cuando emplea esa expresión la Corte se refiere a lo que los gobiernos no pueden hacer: no pueden prohibir que los actores privados expresen ciertas opiniones. Aquí en cambio se pretende imponer a los actores privados lo que pueden o no pueden hacer: «A Texas no le gusta la forma en que esas plataformas seleccionan y moderan el contenido, y quiere que creen un producto expresivo diferente, que comunique valores y prioridades diferentes. Pero bajo la Primera Enmienda, esa es una preferencia que Texas no puede imponer»<sup>(106)</sup>.

El modelo europeo es bien distinto, como en tantos otros aspectos relacionados con la libertad de expresión. Está mucho más extendida la convicción de que estas compañías no pueden actuar libres de todo control. La Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico (DCE) de 8 de junio de 2000 ya fue toda una declaración de intenciones. Esta Directiva establece un régimen de exención de la responsabilidad de los proveedores si cumplen ciertas condiciones en función del servicio que prestan, siempre que se trate de prestadores pasivos, esto es, que su actividad sea meramente técnica, automática y neutral (los contenidos son creados por terceros). Para que los proveedores puedan acogerse a esta exención de responsabilidad, la Directiva exige dos condiciones: que no tengan «conocimiento efectivo» de que la actividad o la información es ilícita y que en cuanto lo tengan actúen con prontitud para retirar esos contenidos o impedir el acceso a los mismos<sup>(107)</sup>. En todo caso, no pesa sobre estos proveedores de servicios de alojamiento una obligación general de supervisar la información que transmiten o almacenan ni de buscar activamente comentarios ilícitos.

En esa misma tendencia se inscribe la Ley de Servicios Digitales de 2022, que es un reglamento de la UE que actualiza la Directiva de Comercio Electrónico y se propone «regular las prácticas de moderación de contenido de las plataformas de redes sociales». Mantiene el criterio de que estas plataformas digitales son responsables desde el momento en que se les informa de que han alojado mensajes ilícitos.

(106) «But it cannot prohibit speech to improve or better balance the speech market [...] But a State may not interfere with private actors' speech to advance its own vision of ideological balance» (p. 741)

(107) Sobre la base de esta Directiva, el TJUE ha afirmado que el juez de un Estado miembro puede ordenar a una de estas plataformas que elimine información almacenada con contenido equivalente a otra información previamente declarada ilícita y extender los efectos de la medida a todo el mundo (*Glawischning-Piesczek c. Facebook Ireland Ltd.*, C-18/18, decisión de 3 de octubre de 2019). A esa corriente de fondo responde asimismo el reconocimiento jurisprudencial (STJUE de 13 de mayo de 2014 en el asunto *Google Spain, S.L. y Google Inc. C. AEPD y Mario Costeja*) y después legal (en el Reglamento (UE) 2016/679) del «derecho al olvido» frente a los motores de búsqueda en Internet.

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo abrió también la puerta a la imputación de responsabilidad a las empresas proveedoras de servicios de comunicación en la sentencia dictada el 16 de junio de 2015 en el asunto *Delfi AS c. Estonia*. Delfi AS era una plataforma en la que se difundieron mensajes ofensivos, incluso amenazantes, contra una compañía naviera. La empresa solicitó al portal la retirada de los comentarios, así como una compensación por los daños y perjuicios causados. Los tribunales estonios consideraron que era responsable y le condenaron al pago de una indemnización a los demandantes. En una decisión unánime, el TEDH declaró que la atribución de la responsabilidad estaba perfectamente justificada porque Delfi no impidió que esos mensajes que no duda en calificar como discurso de odio se difundieran, permitió que los autores de los mensajes no se identificaran y tardó 6 meses en suprimirlos.

tos. Las empresas que no cumplan esa obligación de eliminar esos contenidos cuando tienen conocimiento de su ilicitud se arriesgan a multas de hasta el 6% de su facturación anual global<sup>(108)</sup>.

Esta apuesta por la regulación también se puede observar en los ordenamientos nacionales. Alemania, por ejemplo, aprobó en 2017 la llamada «ley de aplicación de la red» [Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG], que amenaza a las empresas de redes sociales con multas de hasta 50 millones en caso de que no se eliminen los contenidos ilegales en un plazo determinado. Y la jurisprudencia ha advertido que la violación de los términos de servicio no siempre es suficiente para justificar la eliminación de una cuenta o mensaje si está protegido por el artículo 5.1 GG (libertad de expresión). En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo Federal en una sentencia de 29 de julio de 2021: Facebook tenía derecho a desarrollar sus propias normas comunitarias y hacerlas cumplir, pero tiene que tener en cuenta al hacerlo el derecho a la libertad de expresión de sus usuarios, ha de formular reglas que sean claras y objetivas y garantizar el debido proceso a los usuarios cuyos mensajes o cuentas se eliminan, incluida la notificación, una motivación, la oportunidad de responder y una segunda revisión.

En una sentencia de 22 de mayo de 2019 [1 BvQ 42/19] el TCF ordenó a Facebook como medida cautelar que permitiera a un partido de extrema derecha (*Der III. Weg*, La Tercera Vía) acceder de nuevo a su perfil (inhabilitado el 30 de enero) y reanudar sus publicaciones, con el argumento de que se le negaba «una oportunidad esencial para difundir sus mensajes políticos y participar activamente en el diálogo con los usuarios de la red social», lo que «impediría significativamente» su visibilidad, especialmente durante el período previo a las elecciones europeas. El principio de igualdad del artículo 3.1 GG debe interpretarse en estos casos como un mandato que obliga a poderosos actores privados a respetar esa igualdad de trato en sus relaciones contractuales<sup>(109)</sup>.

(108) Además de las sanciones impuestas a las *big tech* por infringir las normas de defensa de la competencia de la UE o de protección de datos (en 2024 impuso una multa de casi 800 millones por prácticas monopolísticas y este mismo año ha multado a Apple y Meta con 500 y 200 millones de euros por vulnerar la Ley de Mercados Digitales de 2023) el año pasado la UE abrió una investigación a Meta –la empresa matriz de Facebook e Instagram– ante la sospecha de que no está haciendo suficientes esfuerzos para controlar ciertos contenidos de carácter político en sus plataformas. La Comisión considera que su sistema de moderación no es lo suficientemente ágil a la hora de evitar la proliferación de noticias falsas. También cuestiona la decisión de la plataforma de silenciar determinadas voces –la llamada prohibición en la sombra– sin conocimiento de los usuarios. Estas sanciones han generado un profundo malestar en la compañía. En enero de 2025, Mark Zuckerberg anunció que ponía fin a su programa de verificación de datos porque se había ido «demasiado lejos», los profesionales encargados de esa tarea tienen sus propios sesgos y cometen demasiados errores y el sistema de moderación de contenidos se ha convertido en una herramienta para censurar y limitar la libertad de expresión.

(109) El Tribunal recordó que, de acuerdo con una jurisprudencia consolidada, los derechos fundamentales pueden tener un efecto horizontal indirecto en un litigio entre particulares en determinados supuestos, limitando en este caso el alcance de las facultades legales de una red social como Facebook, que tiene una cuota de mercado significativa en Alemania. Pero aclaró que el derecho y la obligación de Facebook de supervisar la conformidad del contenido con sus condiciones de uso, el Derecho penal y los derechos fundamentales de terceros seguía intacto. De hecho, desestimó la solicitud del partido demandante para obligar a Facebook a desbloquear o restaurar el artículo que había provocado la suspensión de conformidad con el § 1 (3) de la NetzDG en relación con el § 130 del Código Penal alemán, que castiga la incitación al odio (afirmaba que «mientras que cada vez más solicitantes de asilo extranjeros, culturalmente extraños, que a veces expresan su gratitud mediante la violencia y la comisión de delitos, eran alojados en apartamentos en los rascacielos prefabricados,

En España, la DCE fue incorporada al ordenamiento interno mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Esta ley también obliga a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos a retirar contenidos si tienen conocimiento efectivo de que son ilícitos o lesionan bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización<sup>(110)</sup>.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la responsabilidad de estas empresas en su sentencia 83/2023. En este caso la entidad mercantil Menéame Comunicaciones S.L. recogió en su página web una noticia obtenida de un medio de comunicación que afectaba negativamente a un concejal. Inmediatamente varios usuarios de esa página web comenzaron a dejar comentarios y mensajes insultantes de forma anónima. El concejal contactó con la página web solicitando su retirada, así como la identificación de sus emisores, algo que, tras no obtener respuesta, repitió días después. Optó finalmente por

---

muchos alemanes de este barrio no tenían ninguna perspectiva)], porque no se había acreditado que el bloqueo del artículo le causara un perjuicio grave.

El 11 de diciembre de ese mismo año un Tribunal mercantil de Roma dictó en el asunto *CasaPound c. Facebook* una medida cautelar ordenando la restitución de la cuenta de otra asociación de ultraderecha suspendida semanas antes y lo hizo aduciendo que Facebook había alcanzado un nivel de relevancia sistémica por lo que respecta a la participación política, un derecho que en este caso podría verse menoscabado de forma irreparable. Meta había eliminado de las plataformas que controla (Facebook e Instagram) todas las páginas y perfiles vinculados a CasaPound por violación del estándar comunitario (SdC) relativo al «discurso de odio y la incitación a la violencia». El Tribunal no se centró en los derechos y obligaciones contractuales derivados de la suscripción por el actor de las condiciones de uso, sino en las obligaciones que se derivan directamente del art. 49 de la Constitución, que consagra el derecho a la participación política. Ese «rol prominente» justificaba su sujeción a los principios constitucionales. Al argumento de Meta de que la supresión de las páginas era una medida destinada a impedir la promoción de un partido que perseguía fines contrarios a la Constitución, el Tribunal respondió que Meta no podía atribuirse el papel de «guardián de la Constitución», con capacidad para excluir de facto de la vida política del país a un movimiento que operaba dentro de la legalidad (no había sido disuelto por las autoridades competentes). Sin embargo, esa orden cautelar fue revocada por la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2022 por el Tribunal Ordinario de Roma (sección Derechos Humanos) apelando al derecho a la libertad de expresión tal y como ha sido interpretado por el TEDH (no comprende el discurso de odio hostil y discriminatorio). En cuanto al papel sistémico de Meta, es verdad que desarrolla una actividad de indudable importancia social y asume una gran responsabilidad ante el riesgo de difusión viral de mensajes de odio, pero no deja de ser una entidad privada y por tanto «la relación entre las partes implicadas está regulada, además de por la ley, también por las condiciones contractuales a las que la parte se adhiere cuando solicita registrarse en la red social». Esas condiciones de uso otorgan a Meta el derecho a eliminar dicho contenido. Para determinar si la actuación de CasaPound encaja dentro de las cláusulas contractuales relativas al discurso de odio, el Tribunal analiza los contenidos difundidos a través de la página de Facebook y concluye que esta asociación promueve la ideología fascista, aunque no genere un peligro de reconstrucción del partido fascista (su conducta carece de relevancia penal) ni resulte adecuada para socavar el orden democrático. Lo que importa es que la publicación de símbolos fascistas está prohibida por las normas contractuales de Facebook y el Derecho de la UE impone a Meta la obligación de retirar los contenidos cuando tenga conocimiento de su carácter ilícito.

(110) El conocimiento será efectivo «cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse» (art. 16.1, apartado 2º). En ese caso, han de actuar con diligencia para retirar esa información o esos datos o hacer imposible el acceso a ellos.

demandar a la entidad por intromisión ilegítima en su derecho al honor. Los tribunales declararon la existencia de intromisión ilegítima, y consideraron que Menáme Comunicaciones no actuó con la diligencia exigible, siendo condenada al pago de una indemnización al afectado. Esta decisión fue confirmada en casación por la Sala de lo Civil del Supremo, y el recurso de amparo ante el Constitucional fue desestimado. Pero tiene interés el Voto particular concurrente de los magistrados Ramón Sáez y Laura Díez. Están de acuerdo con el fallo, pero consideran que «la motivación de la sentencia no debiera convalidar el marco jurídico de restricción de la responsabilidad de la demandante por la difusión de contenidos ilícitos, en el que operaron las sentencias objeto del recurso, y su sola obligación de retirarlos después del aviso del titular del derecho afectado». Hay que ir más allá y exigir al menos más transparencia y la posibilidad de alegar y reclamar. No pueden actuar de cualquier manera: tienen que motivar sus decisiones, permitir las alegaciones de los afectados y la presentación de un ulterior recurso, además de proporcionar una reparación adecuada<sup>(111)</sup>.

En resumidas cuentas, asistimos en este terreno, que tiene una indiscutible dimensión pública, a una cierta abdicación o claudicación del Estado, que renuncia a esa labor de monitorización y control de contenidos y delega esa función en entidades privadas, con más herramientas tecnológicas y conocimientos científicos. Los poderes públicos no pueden asumir esa tarea. Ciertamente, en una encrucijada en la que la soberanía se desplaza en dos dimensiones: del espacio público al privado y del nacional al transnacional, el control de contenidos en redes sociales es muy problemático. Constitucionalizar el Ciberleviatán, haciendo frente a «los soberanos del ciberespacio»<sup>(112)</sup>, es un empeño que llevará años, como ha ocurrido siempre que se ha intentado limitar algún poder, público o privado. En todo caso, debemos reivindicar la legitimidad del Estado para regular la actividad de estas grandes empresas, de modo que su comportamiento se ajuste a determinadas reglas<sup>(113)</sup> (y no sea un poder salvaje<sup>(114)</sup>).

(111) A diferencia de lo que hemos visto en Alemania o Italia, en la jurisprudencia ordinaria no se razona en clave constitucional, no se invoca el derecho fundamental a la libertad de expresión como criterio determinante. Así, la SAP (Palma de Mallorca) de 26 de marzo de 2020 rechazó el recurso de apelación interpuesto por un usuario de Twitter que publicó en su cuenta un tuit que vinculaba o asociaba la pederastia con la homosexualidad. Se le suspendió la cuenta definitivamente por incumplir el «acuerdo de usuario de Twitter» suscrito entre ambos. La Audiencia comparte la conclusión de la sentencia recurrida: la cancelación de la cuenta obedeció a un motivo, el incumplimiento del acuerdo, que en ningún caso crea un desequilibrio entre las partes, puesto que en dicho acuerdo se contempla igualmente la posibilidad de que el usuario pueda cancelar en cualquier momento sus cuentas. Este enfoque estrictamente contractual nos parece insuficiente, porque las normas internas de estas compañías (las cláusulas a las que se adhiere el cliente o usuario) no pueden estar por encima de las leyes, la Constitución y los derechos fundamentales.

(112) J. PETERS, The «Sovereigns of Cyberspace...», cit., p. 989 y ss. Vid. J.M. LASSALLE, *Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Arpa, 2019.

(113) Como advierte Víctor VÁZQUEZ (op. cit., p. 15) «los espacios de discusión que se generan en las redes de las grandes corporaciones son foros cuya naturaleza es híbrida, público-privada», pero «al mismo tiempo, sobre todo en determinados contextos, se ponen en juego principios básicos de nuestro sistema democrático». Su regulación no puede permanecer al margen de la intervención política de los Estados.

(114) I. VILLAVERDE, *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BEVIER, L. / HARRISON, J., «The State Action Principle and its Critics», *Virginia Law Review*, vol. 96, núm. 8 (2010)
- BILBAO, J.M., «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittewirkung*: una visión de conjunto», *AFDUAM*, núm. 21 (monográfico sobre Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares), UAM / BOE, 2017.
- *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.
- «La vis expansiva de las obligaciones positivas y la protección frente a las violaciones cometidas por particulares en la jurisprudencia del TEDH», en ARAGÓN, M., SOLOZABAL, J. J. y REQUEJO, J. L. (dirs): *El Estado constitucional democrático. Libro en homenaje a Javier Jiménez Campo*, CEPC, 2024.
- BILCHITZ, D. / DEVA, S., «The Horizontal Application of Fundamental Rights in India: «Kishor» (Baby) Steps in the Right Direction?» *IACL-AIDC Blog* (25/04/2023).
- CHEMERINSKY, E., *Constitutional Law: Principles and Policies* (7th ed.), Aspen Publishing, 2023.
- DURIG, G., «Grundrechte un Zivilrechtsprechung», en MAUNZ, T. (ed.): *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, Isar Verlag, München, 1956
- GALANI, S., «Case and comment: selected decisions from the European Court of Human Rights from September and October 2017», *European Human Rights Law Review*, issue 1, 2018.
- HELLGARDT, A., «Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittewirkung», *JuristenZeitung*, núm. 19, 2018.
- HONER, M., Die Grundrechtswirkung zwischen Privaten, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 2023.
- LEHNART, T. / SCHNEIDER, A., Drittewirkung staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten im Individualarbeitsrecht, *Vierteljahrsschrift für Sozial und Arbeitsrecht (VSSAR)* 2021
- MATEOS, A.D. (coord.), *El efecto horizontal de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, 2022
- MOLINA NAVARRETE, C., «El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?», *Temas Laborales*, núm. 145, 2018
- NIPPERDEY, H.C., «Grundrechte und Privatrecht: eine Universitätsrede», *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, 3. Oktober 1961*, C.H. Beck, München, 1962.
- PELLER, G. / TUSHNET, M., «State action and a new birth of freedom», *Georgetown Law Journal*, vol. 92, núm. 4, 2004.
- PETERS, J., The «Sovereigns of Cyberspace» and State Action: The First Amendment's Application-Or Lack Thereof-To Third-Party Platforms, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 32, núm. 2, 2017,
- RUFFERT, M., «Privatrechtswirkung der Grundrechte. Von Lüth zum Stadionverbot – und darüber hinaus?», *Juristische Schulung*, núm. 1, 2020.
- SEIDMAN, L. M., «State Action and the Constitution's Middle Band», *Michigan Law Review*, vol. 117, núm. 1, 2018.
- SHRIVASTAVA, A., «Indian Supreme Court's Judgment on 'Horizontal Application' of Fundamental Rights: An 'Unconstitutional Informal Constitutional Change'?», *IACL-AIDC Blog* (31/01/2023).

- SINGH, M. P.: «Fundamental Rights, State Action and Cricket in India», *Asia Pacific Law Review*, vol. 13, núm. 2, 2005.
- SMETS, C., «Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grunderichtssicherung au Private», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, núm. 1, 2019
- SUNSTEIN, C.R., «State Action is Always Present», *Chicago Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2, 2002.
- VÁZQUEZ, V., «La censura «privada» de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión», *Teoría & Derecho*, núm. 32, 2022.
- VILLAVERDE, I., *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios*, Marcial Pons, 2020.

