

LA CONSOLIDACION DOGMATICA Y JURISPRUDENCIAL DE LA DRITTWIRKUNG: SU EXPANSION EN IBEROAMERICA

THE DOGMATIC AND JURISPRUDENTIAL CONSOLIDATION OF THE DRITTWIRKUNG: ITS EXPANSION IN LATIN AMERICA

Juan María Bilbao Ubillos¹

Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho UVA -
Valladolid - España

ÁREA(S) DEL DERECHO: derecho constitucional; derechos fundamentales; derechos humanos.

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

la acogida que ha tenido en las últimas décadas en Iberoamérica.

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

¹ Doctor en Derecho, Facultad de Derecho de Valladolid, España. E-mail: juanmaria.bilbao@uva.es. Currículo: <http://www.der.uva.es/constitucional,-procesal-y-eclesiastico>.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales; eficacia frente a particulares (*drittwirkung*); poderes privados; autonomía privada; distinción público-privado; doctrina norteamericana de la *state action*; recurso de amparo.

KEYWORDS: *fundamental rights; effect on private relationships (drittwirkung); private powers; contractual autonomy; public-private distinction; state action doctrine; judicial guarantees.*

SUMARIO: Introducción; 1 Los derechos públicos subjetivos en la teoría liberal; 2 Argumentos para una reconsideración de la doctrina tradicional; 3 Las propuestas doctrinales; 4 La expansión de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales.

SUMMARY: *Introduction; 1 The subjective public rights in liberal theory; 2 Arguments for a reconsideration of the traditional doctrine; 3 The doctrinal proposals; 4 The expansion of drittwirkung of fundamental rights.*

INTRODUCCIÓN

Hace veinte años terminaba el epílogo de mi monografía sobre la *Drittwirkung* con esta afirmación: “Ninguna construcción es, a mi juicio, plenamente convincente, ninguna está exenta de problemas. En todas podemos encontrar puntos vulnerables. Se trata simplemente de ver si, en la práctica, una determinada propuesta interpretativa resuelve más problemas o más perplejidades de las que crea y si las resuelve mejor que otras”. Pensaba entonces y sigo pensando ahora que de todas las soluciones propuestas, la que explica de una forma más coherente y honesta lo que realmente ocurre todos los días en los tribunales civiles y laborales es la que reconoce la eficacia de la mayoría de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Una tesis que sigue encontrando más resistencia en los círculos académicos que entre los aplicadores del Derecho. Una resistencia que muchas veces se sustenta en un prejuicio, en un estereotipo, en virtud del cual se presenta a los defensores de la eficacia frente a terceros como enemigos del modelo liberal, de la autonomía privada, y partidarios de la ocupación de la sociedad por el Estado. En mi caso les aseguro que mi análisis no responde a una determinada militancia política o ideológica. Ninguna limitación inadmisibles de la libertad individual se deriva, como fatal consecuencia, de la mera afirmación de que los derechos fundamentales también rigen, *ex Constitutione*, en las relaciones jurídico-privadas. A mi juicio, admitir esa operatividad según y cómo frente a posibles arbitrariedades cometidas por sujetos privados no implica una

apuesta ideológica en favor del paternalismo estatal. Nadie debería malgastar sus energías en combatir fantasmas. ¿Por qué no centrar el esfuerzo en fijar límites razonables a esa eficacia pluridireccional?. Por lo pronto, la defensa de los derechos individuales frente a los órganos de gobierno de las asociaciones o los imperativos de la organización productiva es una propuesta genuinamente liberal. Al menos, si entendemos la libertad como no sumisión, como un espacio real de autodeterminación.

1 LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS EN LA TEORÍA LIBERAL

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

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

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

2 ARGUMENTOS PARA UNA RECONSIDERACIÓN DE LA DOCTRINA TRADICIONAL

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

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

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

A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo más fecundo de la teoría de la *Drittwirkung* haya tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Como organización estructurada jerárquicamente, la empresa genera una situación de poder y, correlativamente,

otra de subordinación. Los poderes del empresario (el poder de dirección y el disciplinario) representan, por tanto, una amenaza potencial para los derechos fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de éste en la prestación laboral.

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

Un segundo argumento sería el arraigo en las democracias contemporáneas del concepto de Constitución como norma jurídica suprema sobre la que se asienta la unidad del ordenamiento. La Constitución ha dejado de ser, simplemente, el estatuto del poder público para convertirse en el “orden jurídico fundamental de la comunidad” (K. Hesse²). En un Estado social son también materialmente constitucionales los principios reguladores de las relaciones sociales. Este enfoque unitario impide que el Derecho constitucional y el Derecho privado puedan concebirse como compartimentos estancos, como mundos separados que discurren en paralelo y están gobernados por lógicas radicalmente diferentes. Además, la reconstrucción del ordenamiento en clave constitucional implica que todas las normas del Derecho privado deben reinterpretarse a la luz de la Constitución.

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

² *Escritos de Derecho Constitucional*, C.E.C., 1983, pp. 16-17. El constituyente no renuncia a configurar la sociedad civil con arreglo a determinadas pautas constitucionales. No se desentiende del modo en que se organiza la vida social. El propio Hesse ha matizado posteriormente estas afirmaciones sobre la influencia de la Constitución en el Derecho privado: la Constitución es ciertamente el orden jurídico fundamental de la comunidad, pero no lo regula todo, sino aquellos aspectos particularmente importantes de la vida estatal y social. El Derecho constitucional proporciona, en suma, “directrices e impulsos” al Derecho privado, además de preservar y garantizar algunas instituciones básicas del Derecho privado preexistente (matrimonio, propiedad) y establecer directamente algunos mandatos, como el de igualdad entre los cónyuges (*Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, 1995, p. 82-84).

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

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

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

3 LAS PROPUESTAS DOCTRINALES

Es a partir de la década de los cincuenta del pasado siglo cuando en Alemania comienzan a oírse voces que defienden la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Esta doctrina fue formulada por primera vez por Nipperdey, presidente del Tribunal Federal de Trabajo. Es en concreto una sentencia de la Sala Primera de este Tribunal del año 1954 la que afirma por primera vez que los derechos fundamentales contienen “principios ordenadores para la vida social” de carácter vinculante, que tienen una significación inmediata para el tráfico jurídico privado³.

³ Curiosamente, la jurisprudencia y los autores que se expresan en lengua alemana rechazan mayoritariamente los argumentos de Nipperdey, con algunas excepciones.

3.1 CONCEPCIONES QUE NIEGAN TERMINANTEMENTE LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS

Son pocos los autores que niegan la incidencia, cualquier tipo de incidencia, de los derechos fundamentales en la esfera del Derecho privado. Pero todavía hay quien considera que esa extensión, *contra natura*, de su ámbito tradicional de aplicación es innecesaria. Las amenazas procedentes de los particulares se contemplan en las leyes civiles y penales y no en la Constitución, que sólo traza los límites que el poder público no puede franquear. Esta es la posición de quienes creen que la Constitución no juega ningún papel en la regulación de las relaciones jurídico-privadas. Para este sector, el reconocimiento de la *Drittwirkung* no aporta nada, porque los mismos resultados podrían alcanzarse mediante los tradicionales instrumentos del Derecho civil. Y tiene, en cambio, un coste muy alto: la irremisible degradación de la autonomía privada, criterio de referencia exclusivo y excluyente a la hora de enjuiciar la licitud de los actos privados. Late en el fondo de esta postura la convicción de que la *Drittwirkung* puede ser una especie de “caballo de Troya” que destruya el sistema construido sobre la base del citado principio.

3.2 LA EFICACIA MEDIATA O INDIRECTA

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

3.2.1 La mediación del legislador

No cabe duda de que al legislador le incumbe, en primer término, la función de concretar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares mediante la regulación del contenido y las condiciones de ejercicio de los mismos en ese ámbito. La ley es el instrumento más apropiado para esta función, el que ofrece más garantías desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Obviamente, el legislador está sujeto en esta operación de concreción a ciertas limitaciones. Ninguna ley puede suprimir las libertades básicas del

Derecho privado. El legislador tiene que lograr un equilibrio, una acomodación razonable entre los derechos en conflicto. El problema es que el cumplimiento por parte del legislador de ese mandato, de ese deber de protección derivado de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, no es justiciable, porque no cabe en nuestro ordenamiento el control de las omisiones legislativas.

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

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

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

ejercicio legítimo de dicha libertad. No hubo que esperar a que el legislador tomara cartas en el asunto.

Y es que un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal, simplemente. Pero el derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador, porque su vigencia no queda en manos de éste. No parece compatible con esa caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (frente a particulares) cuando el legislador así lo decide.

Yo me pregunto, por ejemplo, si hace falta que el legislador regule la libertad de las asociaciones para seleccionar a sus miembros, prohibiendo la discriminación en el acceso a aquellas asociaciones que ostenten una posición de dominio, para resolver un caso como el de la Comunidad de Pescadores de El Palmar⁴. En los Estados Unidos, las leyes de derechos civiles tratan de erradicar la segregación social en diversos ámbitos (laboral, vivienda, establecimientos abiertos al público), pero tampoco hay una ley federal que regule políticas de admisión discriminatorias en las asociaciones privadas (asociaciones cuyos estatutos impiden la adhesión de mujeres o no admiten homosexuales) y contamos con una copiosa jurisprudencia, incluso de la Corte Suprema, sobre el alcance de la Enmienda XIV.

Me pregunto igualmente si hace falta una ley para resolver el conflicto entre la libertad ideológica del profesor y el ideario del centro docente privado en el que presta sus servicios. Porque la STC 47/1985 lo resolvió con la Constitución en la mano⁵. Como tantos otros. Los tribunales resuelven constantemente estos

⁴ Vid. la STS (Sala de lo Civil) de 8 de febrero de 2001, que resolvió el asunto aplicando el artículo 14 CE, y el ATC de 20 de septiembre del mismo año. Es verdad, se dice en este Auto, que el derecho a asociarse conlleva la potestad autoorganizatoria, pero el ejercicio de esa potestad está sujeto a límites, entre otros los establecidos directamente en la propia Constitución, y “no puede suponer en ningún caso la lesión de derechos fundamentales de terceros”. El Tribunal afirma que “no puede ampararse en la autonomía de la voluntad de las asociaciones privadas una decisión como la enjuiciada..., consistente en denegar u obstaculizar el ingreso a la Comunidad de Pescadores por razón de sexo, cuando esta Comunidad ocupa una posición privilegiada, al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola...”.

⁵ Al estimar el recurso de amparo interpuesto por una profesora despedida de un colegio privado, no concertado, por no ajustarse en su actividad profesional al ideario del centro, el Tribunal recuerda que los profesores están obligados a respetar el ideario educativo propio del centro y en consecuencia, no pueden dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, de modo que una actividad docente hostil o contraria al mismo puede ser causa legítima de despido, siempre que empresario pruebe tales hechos. Pero el respeto a la libertad ideológica impide que la simple disconformidad de un profesor

litigios interpretando las normas constitucionales que reconocen derechos, que son de aplicación directa, y eso no significa “la abolición práctica del principio de legalidad” ni implica, creo yo, que “la libertad del sujeto” quede “a merced de la discreción judicial”.

Insisto en que la intervención del legislador es muy saludable y a veces se echa de menos. En España, la Ley 33/2006 zanjó la controversia sobre la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de sexo a la sucesión regular mortis causa en los títulos nobiliarios, suprimiendo la preferencia del varón, pero la STS (Sala de lo Civil) de 8 de marzo de 2016, rescatando o invocando la doctrina de la polémica STC 126/1997, concluyó que la exclusión de los hijos extramatrimoniales – en este caso, la única hija del Conde, fruto de una relación extramatrimonial, cuya filiación fue declarada judicialmente – no afecta al principio constitucional de igualdad por la propia naturaleza de las distinciones nobiliarias⁶.

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

Su intervención sí es indispensable, en cambio, en aquellos casos en los que no se pueda predicar la eficacia inmediata de un derecho constitucional en las relaciones entre particulares, como sucede, por ejemplo, con las medidas

respecto al ideario del centro sea causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del centro. En ese caso, la recurrente fue despedida, al parecer, por haber declarado en privado a la dirección del centro no ser católica. También son problemáticos los casos de despido de profesores por determinados comportamientos en la esfera de su vida privada (divorcio, matrimonio civil, relaciones homosexuales).

⁶ Tesis rebatida en el Voto Particular que formulan los Magistrados D. F. Javier Arroyo y D. Xavier O’Callaghan. En su opinión, si el legislador ha entendido que se viola el principio de igualdad al posponer a las mujeres en la sucesión de los títulos nobiliarios, no hay ninguna razón para que un tribunal mantenga la discriminación de los hijos no matrimoniales, cuando la aplicación de los artículos 14 y 10 de la Constitución, en la interpretación que deriva de los tratados internacionales, exigiría una interpretación que preservase los derechos fundamentales de la hija. Para impedir que la Carta de Concesión de un título nobiliario suponga la perpetuación de una odiosa discriminación (en contra de los hijos habidos fuera del matrimonio) no es necesario aguardar una ley que lo establezca, sino que basta con la aplicación directa de los mandatos constitucionales y/o de los textos internacionales que vinculan al Juez como órgano del Estado que suscribió dichos Tratados [...] No podemos admitir espacios blindados frente a la Constitución, por antigua que sea su data». Se comparta o no este criterio, parece aconsejable la intervención del legislador.

de acción positiva. Cabe la posibilidad de que el legislador decida extender esa eficacia, con las debidas cautelas por supuesto, a ese tipo de relaciones. La LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres abrió brecha en este sentido al imponer a los particulares (empresas, partidos políticos, sindicatos: presencia en Consejos de Administración) obligaciones positivas con el fin de promover y hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres. Obligaciones legales no derivadas directamente de la Constitución.

3.2.2 La mediación del juez

Se ha sugerido una segunda vía de penetración de los derechos fundamentales en el Derecho privado: a la hora de interpretar las normas que rigen las relaciones entre particulares, los jueces han de tomar en consideración estos derechos, que van a llenar de contenido preciso las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados típicos del Derecho común (orden público, buenas costumbres, buena fe...). O a la hora de aplicar institutos propios del Derecho privado como la responsabilidad extracontractual (por daños). Bajo esta perspectiva, estos derechos, además de ser derechos subjetivos de defensa, oponibles frente al Estado, operan como normas objetivas que incorporan valores dotados de una especial fuerza expansiva, el llamado “efecto de irradiación”, que se proyecta sobre todos los sectores del ordenamiento.

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

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

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

3.2.3 Los deberes estatales de protección: una tercera vía

Una tercera variante o modalidad de la eficacia mediata (algo más refinada o sofisticada) sería la representada por autores como C.W. Canaris⁷ en Alemania o Novais⁸ en Portugal. Sobre la base del reconocimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales como imperativos de tutela, esta corriente dogmática pone el acento en la obligación que recae en los poderes públicos de proteger esos derechos. Ese deber de protección se proyecta también sobre las relaciones entre particulares, sobre el campo del Derecho privado: el ordenamiento tiene que proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a posibles agresiones o amenazas de otros ciudadanos, y lo tiene que hacer sin disolver o liquidar el principio de autonomía privada (para no incurrir en prohibición de exceso). Esta función de protección le compete en primer lugar al legislador ordinario (penal en primer lugar, pero también laboral o civil) que estaría obligado a intervenir si esa protección no se obtuviese de forma satisfactoria a través de la interpretación judicial de los derechos (efecto de irradiación) u otras vías.

Pero hay que preguntarse de nuevo qué sucede si el legislador no cumple adecuadamente esa obligación (el problema de las omisiones del legislador). Y los propios autores que defienden esta construcción o enfoque tienen que admitir que esa pasividad abre la posibilidad de que finalmente sea el juez, destinatario también de los deberes constitucionales de protección (incumbe a todos los poderes del Estado), el que determine al resolver un conflicto concreto el grado de vinculación de un particular a los derechos fundamentales, apelando directamente a la Constitución. El juez estaría autorizado a hacerlo, a suplir la inactividad del legislador, de forma excepcional, porque de lo contrario se verificaría un déficit de protección inconstitucional y no se garantizaría la vigencia real de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

⁷ *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, 2003.

⁸ *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006.

En último término, como apunta lúcidamente Jorge Pereira da Silva⁹, no es difícil apreciar una contradicción insoluble o insubsanable entre las premisas o presupuestos de los que parte esta construcción (sólo los poderes públicos estarían vinculados directamente por los derechos fundamentales¹⁰) y los resultados prácticos que alcanza, porque termina por reconocer la necesidad (puntual) de una vinculación inmediata a través del juez.

En el fondo se acude a esta figura de los deberes estatales de protección como una estrategia argumentativa de disolución del complejo problema de la vinculación de las entidades privadas en el problema, bastante más pacífico, de la vinculación de los poderes públicos. Pero esta estrategia falla cuando se convoca a los tribunales, aunque sea de modo supletorio y excepcionalmente, para concretizar en casos *sub iudice* los deberes de protección. A no ser que se quiera defender la cuadratura del círculo, conferir a los jueces este poder (exorbitante) de poder vincular a los particulares a las obligaciones de respeto por los derechos de sus congéneres que no se derivarían de las normas constitucionales ni de ninguna otra fuente normativa previa, ese llamamiento a los tribunales a la tarea en cuestión, al margen del legislador, disloca inapelablemente la posición doctrinal en causa hacia el campo de la eficacia inmediata (un campo en el que nunca se excluyen formas paralelas de eficacia mediata). El juez estaría obligado a tutelar el derecho precisamente (y en la medida en que) los particulares se encuentran constitucionalmente vinculados al respeto por los derechos fundamentales de los otros: esa vinculación previa, preexistente, es la que genera el deber de protección (es su presupuesto lógico). La intervención del legislador o del juez no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo o concretizador: el empresario está obligado a respetar el derecho a la intimidad del trabajador no porque así lo disponga una ley que prohíba y sancione esas intromisiones, sino porque el derecho a la intimidad opera *erga omnes* y vincula también (y sobre todo) a los particulares ex Constitutione. El legislador no decide libremente si el derecho opera o no en las relaciones *inter privatos*.

⁹ "A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados. Um problema de geometria variável", en *Fundamentos*, n° 9/2016. La era de los derechos, pp. 103 y ss; en especial, p. 129 y ss.

¹⁰ Para J. Novais (op. cit., p. 108-111), la eficacia directa es intrínsecamente perversa porque conduce a irremisiblemente a la instrumentalización de los derechos fundamentales contra la libertad; se caricaturiza como un modo de entregar en bandeja al arbitrio de los jueces, en detrimento del legislador democrático, la resolución de los conflictos entre particulares.

3.3 LA DOCTRINA DE LA *STATE ACTION*: LA ALTERNATIVA NORTEAMERICANA A LA DRITTWIRKUNG

Una solución alternativa es la ensayada en los Estados Unidos en aplicación de la doctrina de la *state action*¹¹. Desde mediados del siglo XX, y siguiendo distintas vías, la Corte Suprema ha ampliado con carácter excepcional el radio de acción de las garantías constitucionales, que en principio sólo establecen límites a la actuación del Estado (*state action*), de modo que las conductas de los particulares quedan fuera del alcance de estas garantías. Esta construcción jurisprudencial, conviene insistir en ello, no pone en cuestión en ningún momento el principio, comúnmente aceptado en aquella cultura jurídica, de que los derechos proclamados en la Constitución sólo vinculan a los órganos e instituciones del Estado. Con la única excepción de la Enmienda XIII (1865), que prohíbe la esclavitud.

Los supuestos en los que se ha aplicado esta doctrina jurisprudencial pueden clasificarse en dos grandes apartados: por un lado, los relacionados con actividades que entrañan materialmente el ejercicio de una “función pública”, y por otro, aquéllos en los que se detecta una “conexión” o “implicación” estatal significativa en una actuación aparentemente privada.

Simplificando mucho, la cuestión que se plantea es, en la primera hipótesis, si la actividad desarrollada por actores privados puede considerarse, analógicamente, una función propia del Estado¹²; y en la segunda, si el poder público está suficientemente involucrado en esa actividad: los tribunales se encargarían de medir la intensidad de los contactos o las complicidades que puedan descubrirse. Son dos enfoques diferentes, aunque en muchas decisiones aparecen yuxtapuestos, pero ambos conducen al mismo resultado: una ampliación del ámbito de protección de las libertades constitucionales, de tal suerte que determinadas controversias surgidas entre particulares, excluidas en principio de este ámbito, quedan comprendidas finalmente en el mismo. Y

¹¹ Vid. J.M. Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (La noción de «state action» en la jurisprudencia norteamericana)*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

¹² La teoría de la “función pública” se ha aplicado por la Corte en dos áreas principalmente: en relación con las elecciones primarias, por un lado, y en respuesta a los problemas suscitados por las reglas de acceso y utilización de ciertos espacios de propiedad privada, como parques o centros comerciales, por otro. El conflicto surge cuando los responsables de uno de estos complejos comerciales privados impiden el acceso o expulsan de las “zonas abiertas” («open areas») del recinto a un piquete de trabajadores o a un grupo de personas que pretenden manifestarse, distribuir información o recoger firmas en apoyo de una determinada causa.

esto se consigue mediante una interpretación extensiva del concepto de “poder público”, que se dilata hasta cubrir un gran número de actividades en apariencia privadas.

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

Lo cierto es que, pese al tenor literal de las cláusulas constitucionales y al peso de una cultura jurídica y política profundamente liberal, los jueces norteamericanos llegaron en la práctica bastante más lejos que sus colegas en otros ordenamientos en los que la eficacia unidireccional de las normas que reconocen derechos fundamentales ha sido objeto, al menos, de discusión. Salvo en el terreno de las relaciones laborales, un ámbito en el que la jurisprudencia ha mantenido sin fisuras la irrelevancia constitucional de las lesiones de los

derechos de la persona del trabajador por parte del empleador privado, que puede contratar o despedir libremente¹³.

En los últimos tiempos, son pocas las decisiones en las que se ha aplicado esta doctrina, pero el debate doctrinal sigue siendo intenso. Se sigue escribiendo mucho sobre esta cuestión y podemos encontrar posturas para todos los gustos (jurisprudencia errática o área de desastre conceptual). No faltan incluso quienes defienden abiertamente la aplicación horizontal de las normas constitucionales¹⁴.

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

3.4 LA EFICACIA INMEDIATA

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

¹³ En *Black vs. Cutter Laboratories* [351 US 292 (1956)], la Corte Suprema confirmó la validez de un despido producido como consecuencia de la aplicación de un convenio colectivo que había previsto, como causa de desistimiento, la afiliación de los trabajadores al partido comunista. En *Rendell-Baker vs. Kohn* [457 US 830 (1982)] sostuvo que la decisión de un colegio privado de despedir a un grupo de profesores, contratados con fondos federales, por haber enviado una carta a un periódico local criticando a los responsables del centro, no vulneraba la libertad de expresión consagrada en la I Enmienda.

¹⁴ Cass R. Sunstein publicó en 2002 un artículo titulado *State Action is Always Present* (*Chicago Journal of International Law*, Vol. 3: No. 2, Article 15). En su opinión, la verdadera cuestión no es si hay o no *state action* sino si esa *state action* relevante es inconstitucional. Y subraya el hecho de que muchos de los llamados derechos negativos no requieren sólo la abstención del Estado sino su asistencia (obligaciones positivas de protección): no puede existir propiedad privada sin la protección de la ley, que sanciona la intromisión en un dominio privado, ni libertad contractual sin unos tribunales que hagan cumplir los contratos. Plantea el caso de un empleador que despide a un trabajador por ser homosexual o se niega a contratar mujeres. Es el Estado el que con su legislación autoriza al empleador a adoptar esa decisión, el que le confiere esa facultad.

A diferencia de la Constitución portuguesa, cuyo artículo 18.1 dice que “los preceptos constitucionales concernientes a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a las entidades públicas y privadas”, en el articulado de la Constitución española no hay puntos de apoyo sólidos, concluyentes, para acoger la tesis de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales con carácter general, aunque tampoco los hay, a nuestro juicio, para rechazarla rotundamente.

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

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

En los demás casos la cuestión está abierta y tendrá que dilucidarse atendiendo a la naturaleza del derecho y a las circunstancias del caso¹⁵. En principio, todos ellos pueden conjugar ambas dimensiones y ser omnidireccionales, aunque se concibieran originariamente como derechos de defensa frente al Estado. La libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 fue una conquista histórica frente a la intolerancia estatal, pero su ejercicio no puede ser hoy causa de despido (excepto en las empresas de tendencia) y no cabe duda de que la cláusula del art. 16.2 (“Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”) puede invocarse frente a cualquier intromisión ilegítima, porque se formula como una prohibición absoluta que concierne tanto a los poderes públicos como a los particulares. Esa ampliación del círculo de sujetos obligados se observa también en otros derechos, como la libertad personal o la libertad de expresión.

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

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

La teoría de la eficacia inmediata implica que, con legislación de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como regla de decisión. Dada la confusión que reina en torno a este tema, conviene aclarar que la habitual contraposición entre eficacia mediata e inmediata, como si fueran conceptos

¹⁵ En esa dirección parece apuntar el Estatuto de Cataluña de 2006, cuando dispone en su artículo 37.1 que “los derechos reconocidos... vinculan a todos los poderes públicos de Cataluña y, de acuerdo con la naturaleza de cada derecho, a los particulares”.

excluyentes, es una falsa disyuntiva. Ambas modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente.

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

Eficacia directa, sí, por qué no, pero siempre matizada, atenuada, con un alcance que tendrá que ser graduado o modulado en cada caso atendiendo al peso relativo de los derechos o intereses con los que aquéllos entran en colisión [eficacia de “geometría variable” (Pereira)] Habrá que recurrir a la técnica de la ponderación para medir su alcance en cada caso. Porque esa eficacia encuentra, ya lo hemos señalado, límites. Lo que sucede es que son límites distintos, específicos, derivados de los principios estructurales y los valores propios del Derecho privado¹⁶. Lo que está en juego es el frágil equilibrio entre estos derechos y el principio de autonomía negocial. Este principio vertebrador del sistema del Derecho privado no puede concebirse hoy como un dogma, ni como una patente de corso o salvoconducto para justificar imposiciones arbitrarias. Se ve sometido ahora a nuevas limitaciones, pero no se disuelve, ni mucho menos. Es más, tiene un claro anclaje constitucional. Este principio, ha dicho Hesse, “peligraría si a los hombres, en sus relaciones entre ellos, no les fuera permitido apartarse de los principios constitucionales que en la esfera de la

¹⁶ La existencia de determinados límites no tiene nada de extraordinario. Los derechos fundamentales tampoco son ilimitados cuando se esgrimen frente al poder público. En esta dimensión, ningún derecho se impone de forma absoluta e inapelable, automáticamente, en cualquier circunstancia. Y, sin embargo, nadie discute su eficacia inmediata. Son los propios defensores de esa eficacia los primeros en subrayar que ésta no es indiscriminada. Gomes Canotilho, por ejemplo, propone la aplicación de “soluciones diferenciadas”, que estén en consonancia con la naturaleza del derecho o derechos en juego y el contenido concreto de la relación (*Direito Constitucional*, 6ª ed. rev., Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 595 y ss).

actuación estatal son irrenunciables". A nadie se le puede obligar a organizar su vida privada con arreglo a los valores constitucionales. Es el precio que hay que pagar por preservar una sociedad de hombres libres.

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

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

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ya dijo en su Sentencia 108/1989, que la autonomía de los sujetos privados sí está limitada "por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE". Si se parte del convencimiento de que la discriminación es un fenómeno social antes que jurídico, es evidente que no basta con desterrar la discriminación legal. Porque no estamos ante episodios aislados de tratamiento desigual, sino ante una

práctica sistemática, generalizada, que muchas veces no viene impuesta por una norma jurídica sino que es el resultado de un patrón o pauta de conducta social implícita, de estereotipos muy arraigados, como el de la inferioridad de la mujer o de ciertas etnias. Hay que combatir, por tanto, la discriminación social, los usos o conductas discriminatorias privadas que tengan una proyección social, y resulten, por ello, intolerables. De poco sirve acabar con la discriminación ante la ley o con la imputable en general a los poderes públicos si no se consiguen erradicar las diversas formas de segregación social, si no se ataca la raíz del problema, que es el prejuicio social.

Hay dos criterios que podrían ser útiles a la hora de medir la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico-privado. Dos criterios que pueden ayudar al juez a decidir, por ejemplo, en qué medida el consentimiento del afectado excluye la inconstitucionalidad de la autorregulación privada. En primer lugar, la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra o cuando la propia relación jurídico-privada constituya en sí misma un bien escaso, dadas las dificultades objetivas que encuentra el particular para satisfacer los objetivos que persigue a través de una relación alternativa. Cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor será la necesidad de protección¹⁷. En segundo lugar, esa incidencia será más intensa cuando es la propia dignidad de la persona humana la que se ve afectada. Todo el orden jurídico, el público y el privado, se funda en el respeto al valor absoluto de la dignidad humana, como núcleo intangible e indisponible que debe ser preservado frente a cualquier agresión. La vulneración de la dignidad está directamente relacionada en algunos casos con la repercusión pública o trascendencia social del acto lesivo.

Asumida la necesidad de dilucidar en cada caso y mediante la correspondiente ponderación el alcance del derecho en el concreto conflicto surgido entre particulares, ninguna objeción insuperable puede hacerse a esta modalidad de *Drittwirkung*. La cuestión no es tanto si hay o no eficacia (así, en *abstracto*, como si se tratase de una disputa metafísica o teológica), sino la medida o intensidad de esa eficacia (cuánta eficacia). Ese es el verdadero debate.

¹⁷ Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible, porque falla entonces el presupuesto o fundamento de la protección de esa autonomía. Dicho de otro modo, el grado de autonomía real de las partes puede ser un criterio válido y útil para resolver los posibles conflictos. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, una cláusula contractual no resulta válida “por el solo hecho de haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad” (STC 241/1988).

El procedimiento a seguir es bien sencillo. Habrá que determinar primero si en una determinada relación jurídico-privada rige un concreto derecho (no existe, por ejemplo, un derecho de acceso a los medios de comunicación privados o a ser admitido en una asociación) y, despejada esa incógnita, precisar, en un segundo momento, hasta qué punto ha de ser respetado por un particular.

La solución de la vigencia inmediata, así entendida, parece una respuesta apropiada a las exigencias de la libertad en el momento presente. Una aproximación a las experiencias del Derecho comparado pone de relieve, en efecto, la práctica universalidad de la polémica y la predisposición a aceptar de hecho, con una cobertura dogmática más o menos convincente, la polivalencia de algunos derechos fundamentales, aunque sea en muy contados casos¹⁸.

4 LA EXPANSIÓN DE LA *DRITTWIRKUNG* DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La idea de que los derechos fundamentales despliegan eficacia, de un modo u otro, en las relaciones entre particulares se ha abierto paso en muchos ordenamientos de tradiciones muy distintas. Y también en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos. Dejo fuera del foco la evolución experimentada en Europa para detenerme únicamente en la consolidación de la *Drittwirkung* en los países de América Latina.

4.1 LA RECEPCIÓN DE LA *DRITTWIRKUNG* EN IBEROAMÉRICA

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

Cada vez son más los ordenamientos de la región que admiten expresamente el recurso de amparo o la acción equivalente contra particulares: es el caso de Paraguay (artículo 134 de la Constitución de 1992), Venezuela (desde 1988), de Perú (artículo 200.2 de la Constitución de 1993), de Ecuador (artículo 88 de la Constitución de 2008), de Bolivia (artículo 128 de la Constitución de

¹⁸ M. Tushnet, "The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 79-98; y Barak, A., "Constitutional. Human Rights and Private Law", en D. Friedmann y D. Barak-Erez (dirs.), *Human Rights in Private Law*, Hart, Oxford-Portland, 2001, pp. 13-42; y G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi, G. Comandé (eds.): *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. I (A Comparative Overview), Cambridge Univ. Press, Cambridge /N. York, 2010.

2009) o de Costa Rica (desde 1989, pero sólo cuando actúen en el ejercicio de funciones o potestades públicas o se encuentren, de hecho o de derecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes son claramente insuficientes o tardíos). En otros países de Centroamérica como El Salvador o Guatemala, la Corte Constitucional ha admitido también amparos contra particulares cuando estos ocupan una posición de supremacía. En la República Dominicana, la Constitución de 2010 prevé en su artículo 78 que la acción de amparo para reclamar la protección de los derechos fundamentales pueda promoverse “cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares”¹⁹. Y la Constitución colombiana de 1991 prevé en su artículo 86 que la acción de tutela procede en determinados supuestos frente a violaciones imputables a particulares: “La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión”. La Corte Constitucional ha precisado que “la acción de tutela contra particulares es viable cuando se intente proteger, dentro de las tres situaciones fácticas que contempla la norma constitucional, cualquier derecho constitucional fundamental, sin discriminación alguna”²⁰.

En todo caso, una determinada regulación procesal no determina la respuesta que haya de darse al problema de fondo. No es un factor decisivo, aunque puede proporcionar alguna pista o indicio. En España, por ejemplo, se excluyen las posibles violaciones cometidas por particulares del ámbito objetivo del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero se garantiza su tutela ante la jurisdicción ordinaria a través del amparo (de los procedimientos preferentes y sumarios a los que se refiere el artículo 53.2 CE). El amparo judicial se despliega en todos los órdenes jurisdiccionales²¹.

¹⁹ La LOTCPC de 2011 dispone en su artículo 65 que “la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de una autoridad pública o de cualquier particular, que en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta lesione, restrinja, altere o amenace los derechos fundamentales consagrados en la Constitución”.

²⁰ El artículo 42 del Decreto nº 2591, de 19 noviembre 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela, concreta más los casos en los que procede la acción de tutela contra acciones u omisiones de particulares e incluye, por ejemplo, el ejercicio del derecho de rectificación de informaciones inexactas o erróneas y aquellos supuestos en que el particular actúe en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

²¹ El artículo 41.2 de la LOTC es inequívoco: el legislador optó por reservar este cauce a las demandas dirigidas contra actos de los poderes públicos y excluir las interpuestas frente a violaciones causadas

En cuanto a los principales hitos jurisprudenciales, nos limitaremos a destacar algunos que pueden servir de botón de muestra. Por orden cronológico, habría que recordar, en primer lugar, la conocida afirmación contenida en sentencia de la Corte Suprema de la Nación argentina en el caso *Kot* (1958): “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos [...] esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad” Y añade: “Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico... Estos entes colectivos representan una fuente de amenazas para el individuo y sus

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

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

derechos esenciales...”²². Una declaración temprana, pero aislada. Ese mismo año, el Código Procesal Civil y Comercial introdujo el amparo contra actos de particulares y fueron varias las Constituciones provinciales que incorporaron el amparo contra particulares. En la actualidad, la Constitución Nacional de la República Argentina de 1994 señala en su artículo 43 que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

En la jurisprudencia chilena, la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1983 marca un precedente cuando afirma que “los preceptos de esta Constitución [se refiere en concreto al artículo 6] obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Más recientemente, tiene especial interés la sentencia de ese mismo Tribunal de 26 de junio de 2008, en el caso ISAPRE (en relación con el derecho a la salud).

Más contundente aún se mostró el Tribunal Constitucional del Perú en su Sentencia de 13 de marzo de 2003, en el caso Llanos Huayco, que representa la culminación de una línea jurisprudencial en relación con los despidos arbitrarios que entrañan una violación de derechos constitucionales, que sigue la estela de la doctrina del despido radicalmente nulo acuñada en su día por el Tribunal Constitucional español²³. Aunque se trata de una controversia laboral entre particulares, la Sentencia analiza extensamente la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. A su juicio, el art. 38 de la Constitución peruana (“Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir [...] la Constitución”), establece la vinculatoriedad *erga omnes* de la Constitución, de manera que la fuerza normativa de la Constitución se proyecta también sobre las relaciones entre particulares, por lo que cualquier acto proveniente de una persona natural o jurídica de Derecho privado que pretenda

²² Sentencia de 5 de septiembre de 1958 en los autos “Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus”. La Corte ordena la devolución a la firma propietaria de una empresa textil de la fábrica ocupada ilegítimamente por los trabajadores.

²³ En virtud de esta doctrina, acogida posteriormente en la legislación laboral, se impone al empresario la carga de acreditar que la decisión de despedir obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate, siempre que el trabajador haya aportado previamente indicios razonables de que el acto empresarial responde a una oculta motivación discriminatoria o contraria a un derecho fundamental.

conculcarlos deviene inexorablemente inconstitucional. Y el afectado puede reclamar su restablecimiento a través de los procesos constitucionales previstos. En efecto, la acción de amparo procede contra actos u omisiones de particulares y eso significa que “los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones *inter privados*”.

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

En Bolivia, la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de abril de 2006 estimó la demanda de amparo presentada por Ana Marconi, una camarera que alegaba que como consecuencia de la información proporcionada por la Caja Nacional de Salud a su empleador, que tuvo conocimiento por esa vía de su condición de portadora del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), fue objeto de discriminación por los responsables del hotel donde venía trabajando, que le despidieron mientras se encontraba en situación de baja médica. Esta revelación fue considerada por el Tribunal como una evidente vulneración de normas nacionales e internacionales que protegen a las personas portadoras de VIH, así como un incumplimiento de la normativa interna sobre el particular, que prescribe la estricta confidencialidad que deben observar los respectivos seguros sociales, a los que les está vedado informar al empleador sobre el estado de salud de los pacientes. Se había vulnerado, pues, su derecho a la privacidad²⁴.

²⁴ El Tribunal invoca como precedente la Sentencia 505/1992, dictada por la Corte Constitucional de Colombia, en la que ya se decía que “el infectado o enfermo de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas. Sin embargo, debido al carácter de la enfermedad, las autoridades están en la obligación de darles a estas personas protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y su dignidad. En particular, el Estado debe evitar toda medida discriminatoria o de estigmatización contra estas personas en la provisión de servicios, en el empleo y en su libertad de locomoción. Los derechos a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, a la salud, entre otros, pueden ser objeto de vulneración o amenaza por parte de las autoridades o de los particulares, en muchos casos, como consecuencia exclusiva del temor que despierta el SIDA”.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, se asume la opción constitucional por la eficacia frente a terceros desde sus primeros fallos y esa postura se ha mantenido inalterada hasta la fecha. De hecho, en la primera oportunidad en la que se analizó la cuestión, la Sentencia T-009 de 1992, la Corte hizo referencia expresa a la recepción de la doctrina alemana. La Corte ha explicado que la esencia de la tutela es el control a los excesos de poder, lo que resulta aplicable no sólo cuando se trata de autoridades públicas sino también cuando están de por medio entes privados que lo ejercen de manera arbitraria (Sentencia T-251 de 1993, al conceder la acción de tutela interpuesta contra una empresa privada)

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

En la Sentencia, la Corte Constitucional colombiana protegió la libertad de cátedra de un profesor de un centro privado de ideario católico, a quien se despidió por haber recomendado a sus alumnas del último año de bachillerato la lectura de El Decamerón. Según el colegio, la decisión del profesor resultaba contraria al ideario del centro por tratarse de un libro no apropiado para menores de edad, por su contenido erótico. Sin embargo, la Corte consideró que al tratarse de una obra de la literatura universal, su lectura resultaba adecuada en el contexto de la clase de Filosofía y la elección de la obra por el profesor se enmarcaba en el ejercicio de su derecho a la libertad de cátedra y no vulneraba

la libertad ideológica del centro ni de las alumnas, que tenían la edad suficiente para leer esta clase de literatura, sin que se hiriera su sensibilidad. Es más, la Corte no creyó necesario proceder a la ponderación de los derechos en conflicto para declarar la nulidad del despido, al entender que no se había lesionado la libertad de conciencia de nadie y no había, por tanto, colisión de derechos, sino violación de los derechos del profesor por parte del centro. Una interpretación más que discutible.

En esta misma sentencia, la Corte constató también la violación del derecho fundamental al debido proceso, por no haber dado al profesor la oportunidad de conocer previamente la causa del despido y poder refutarla. La potestad disciplinaria del empleador “se encuentra sometida al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, específicamente al debido proceso” (Sentencia 593/2014). En otras palabras, cuando un particular tiene la posibilidad de aplicar sanciones o castigos, está obligado por la Constitución a observar las reglas del debido proceso. En efecto, la Corte Constitucional viene sosteniendo desde sus primeras sentencias que el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución es directamente aplicable en este tipo de procedimientos disciplinarios²⁵.

En la Sentencia 535/2003, la Corte amparó la libertad de expresión de un profesor universitario, cuyo contrato anual no fue renovado por publicar en la prensa críticas al rector de su universidad²⁶. La Corte sostuvo que la crítica a los superiores jerárquicos forma parte del ejercicio de este derecho y no puede dar pie a represalias. En otra sentencia posterior, la 434/2011, al abordar concretamente la libertad de expresión de los sindicatos, dijo que “la empresa puede regular, mas no anular” un derecho que incide directamente en el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores. En este caso, la empresa había infringido la libertad de expresión del sindicato al prohibir en el reglamento interno de trabajo la distribución de panfletos, volantes y demás material propagandístico en la empresa.

En su Sentencia T 160/2010, la Corte concedió el amparo a una joven que suscribió un contrato de exclusividad con una agencia de modelos, en cuyo

²⁵ El principio de tipicidad exige, por ejemplo, que la conducta del presunto infractor, las sanciones a imponer, los criterios para la determinación de las mismas y los procedimientos previstos para su imposición, consten previamente por escrito y se formulen de forma clara, expresa e inequívoca.

²⁶ Se trataba en este caso del rector de una influyente universidad privada, antiguo Ministro de Hacienda y candidato por entonces a la alcaldía de Bogotá.

desarrollo se vio afectado su mínimo vital y su derecho a escoger libremente profesión u oficio, lo que obligó a la Corte a dar por terminado el contrato por vía de tutela. En dicha Sentencia se dice textualmente: “En Colombia, la Constitución Política de 1991 zanja de una vez la cuestión al establecer en el inciso final del artículo 86 la procedencia de la acción de tutela contra particulares, de este modo el Constituyente al definir una cuestión procesal – la legitimidad pasiva del mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales – resolvió un asunto sustancial cual es la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones inter privadas”. No a la inversa.

En la Sentencia C-378/2010: “la Corte considera que la acción de tutela contra particulares encargados de la prestación de cualquier servicio público se sustenta en el hecho de que en todos los casos existe una ruptura en las condiciones de igualdad bajo las cuales normalmente interactúan los particulares en sus relaciones de derecho privado. En efecto, el operador que brinda un servicio público, cualquiera que sea, dispone de una sólida infraestructura técnica, económica y humana que le sitúa en una instancia de poder y evidente asimetría frente al usuario, quien para tales efectos se halla en condiciones objetivas de indefensión”.

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

la vulneración de las garantías procesales en el procedimiento de expulsión (en el que el afectado no tuvo la oportunidad de defenderse) acaba restringiendo su libertad de ejercicio profesional²⁷. En la misma dirección se inscriben numerosas

²⁷ Al lector español no se le escapa el paralelismo con el caso de la Comunidad de pescadores de El Palmar, en la Albufera (Valencia), que venía negando a las mujeres la posibilidad de integrarse en ese colectivo y ganarse la vida como pescadoras. Esta Comunidad, una asociación de Derecho privado creada en el año 1238 para la explotación económica de la pesca en la Albufera valenciana se regía por normas consuetudinarias, que regulaban entre otras cosas los requisitos para ingresar como miembro de la misma: el principal era el ser hijo de alguno de los pescadores que la integraban. En 1997, cinco mujeres, hijas de pescadores miembros de la Comunidad, solicitaron mediante requerimiento notarial su ingreso en la Comunidad, siendo rechazada su candidatura por la Junta Directiva de la asociación, al no reunir los requisitos exigidos, porque la candidatura no era individual y no venían avaladas por dos pescadores en activo (una simple excusa). Las cinco mujeres interpusieron entonces una demanda contra dicho acuerdo alegando la vulneración del artículo 14 CE. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valencia, mediante Sentencia de 5 de octubre de 1998, estimó la demanda y declaró el derecho de las actoras a ser miembros de pleno derecho de la Comunidad en las mismas condiciones que los hijos de los pescadores que ya lo eran, acordando la modificación de las normas de admisión para adecuarlas a las exigencias del art. 14 CE y condenando a la Comunidad al pago de una indemnización. Dicha sentencia fue confirmada íntegramente en apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, mediante una sentencia dictada el 24 de junio de 1999. La Comunidad recurrió en casación, recayendo Sentencia desestimatoria de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el 8 de febrero de 2001. A juicio de la Sala, lo que pretendían las solicitantes era poder pescar en la Albufera, esto es, trabajar. So pretexto de deficiencias formales en las solicitudes, no se admitió a las actoras por el único hecho de ser mujeres.

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

decisiones de los tribunales laborales en asuntos relacionados con la prohibición de discriminación²⁸, el acoso moral o el derecho a la intimidad del trabajador. Decisiones que se vienen adoptando con el viento a favor de una doctrina que mayoritariamente se decanta por la eficacia inmediata *prima facie* de los derechos fundamentales en todos los sectores del ordenamiento²⁹.

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

Así, la Suprema Corte, en su Sentencia de 11 de octubre de 2000, respaldada de forma unánime por todos los integrantes de la Sala 2ª, se preguntó si el derecho al secreto de comunicaciones puede ser conculcado por el marido que graba una conversación telefónica mantenida por su esposa con un tercero y presenta la cinta como prueba en el proceso de divorcio. La Sala sostiene que del

el ingreso a la Comunidad de Pescadores por razón de sexo, cuando esta Comunidad ocupa una posición privilegiada, al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola, de modo que sólo se puede ejercer la actividad pesquera en ese lugar si se es miembro de dicha Comunidad. Por consiguiente, el ingreso en la Comunidad de Pescadores de "El Palmar", en cuanto medio para el acceso al trabajo y al disfrute de una concesión administrativa, no puede regularse por normas o prácticas que, de forma directa o indirecta, discriminen a las mujeres".

²⁸ La aplicación del principio de igualdad en las relaciones laborales fue reconocida por el STF en la sentencia que resolvió el recurso extraordinario 161.243-6/DF, de 1996, en el caso de una empresa multinacional (Air France) que discriminaba a los empleados brasileños, que no disfrutaban de las mismas condiciones que los trabajadores extranjeros de la compañía.

²⁹ La expresión es de Ingo W. Sarlet ("Neoconstitucionalismo e influencia dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira", en Ingo W. Sarlet (org.): *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 3. ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 13 y ss.). Para este autor, esa eficacia directa *prima facie*, no absoluta (no sujeta en principio a la lógica del tipo "todo o nada") sino "flexible y gradual", no se ve obstaculizada por la ausencia o la insuficiencia de la regulación legal (p. 28). Vid, asimismo, D. Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2003.

que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil”.

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

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

Un sector de la doctrina reclama también una revisión de la concepción tradicional³¹. El proyecto de Ley de Amparo de la Suprema Corte de Justicia presentado en 2001, elaborado, entre otros, por el maestro Hector Fix-Zamudio, José Ramón Cossío y Arturo Zaldívar, proponía cambios de gran calado, y muy especialmente en el concepto de autoridad responsable³². En concreto, se proponía modificar el artículo 103 de la ley reguladora del amparo, que se refiere a “leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales” (apuntando inequívocamente a la autoridad pública), para darle una nueva redacción: “Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías”. Con la sutil supresión del artículo determinado “la”, se abre la puerta a un giro de 180 grados en el sistema de protección de los derechos fundamentales.

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

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

En este punto, la Corte Interamericana ha seguido la estela del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La inadmisibilidad de una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo que se funde exclusivamente en una supuesta violación cometida por un particular, sin que se atribuya ninguna responsabilidad a los poderes públicos del Estado correspondiente, no significa que las disposiciones del Convenio sean irrelevantes en las relaciones entre particulares³³. La

³¹ Vid. Javier Mijangos, *Los Derechos Fundamentales en las Relaciones Entre Particulares. Análisis del caso mexicano*. México, Porrúa, 2007; y Diego Valadés, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 12, 2011, pp. 439-470.

³² En la Exposición de Motivos del proyecto se dice que son muchos los supuestos en los que “personas particulares, realizan funciones que originariamente prestaba el Estado y que en su actividad pueden afectar a esfera jurídica de los particulares”.

³³ Sobre esta cuestión, vid. Alkema, E. A., “The third-party applicability or *Drittwirkung* of the European Convention on Human Rights”, en F. Matscher y H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The*

imputación de la violación al Estado puede articularse de dos maneras. En primer lugar, por la existencia de normas que dan cobertura legal al comportamiento del particular³⁴. La otra vía es la de las obligaciones positivas de los Estados, que deben prevenir y en su caso sancionar las violaciones de los derechos del Convenio cometidas por terceros. El Tribunal apreciará, por tanto, la existencia de una violación del Convenio cuando se acredite un déficit de protección imputable al Estado demandado, ya sea por la omisión del legislador interno, de los órganos judiciales o de las autoridades administrativas³⁵.

European Dimension - Studies in honour of Gérard J. Wiarda, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1988, pp. 33-45; Clapham, A., "The Drittwirkung of the Convention", en R. St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 163-206; Ellger, R., "The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law", en D. Friedmann y D. Barak-Erez (dirs.), *Human Rights in Private Law*, Hart, Oxford-Portland, 2001, pp. 161-178; y Spielmann, D., "L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 1995 y "Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», en F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 154-165.

³⁴ Esa eficacia "horizontal" se reconoció, por ejemplo, en la Sentencia de 13 de agosto de 1981 dictada en el asunto *Young, James y Webster contra Reino Unido*. Los demandantes trabajaban en la British Rail, una empresa pública que en 1975 había llegado 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. De acuerdo con el artículo 1 del Convenio, "cada Estado contratante "debe asegurar a cada persona, dentro de su jurisdicción, los derechos y las libertades definidas en [...] la Convención"; por tanto, si la violación de uno de esos derechos y libertades es el resultado de la inobservancia de esa obligación en cuanto a la legislación doméstica, existe responsabilidad para el Estado que consiente la violación. A pesar de que la causa inmediata de los hechos que dan lugar a esta causa fueron los acuerdos entre la empresa British Rail y los sindicatos... fue la ley interna aplicable en ese momento la que hizo legal el perjuicio que los demandantes sufrieron". En este caso, legislación británica permitía la cláusula de exclusión (*closed shop*) pactada entre el sindicato y la empresa, en cuya virtud todos los trabajadores deberían afiliarse al sindicato contratante. En el asunto *Costello-Roberts contra Reino Unido* (Sentencia de 25 de marzo de 1993) el Tribunal declaró que el Reino Unido era responsable del castigo corporal infligido a un alumno de un colegio privado, al considerar que las escuelas privadas forman parte del sistema público de enseñanza en el Estado en cuestión.

³⁵ Estas obligaciones son especialmente intensas en el ámbito de los artículos 2, 3 y 8 del Convenio. En relación con el derecho a la vida, es evidente que los poderes públicos no sólo no pueden causar la muerte, mediante un uso desproporcionado de la fuerza o la imposición de la pena capital, sino que están obligados a establecer sistemas efectivos de protección jurídica de la vida en sus respectivos ordenamientos, que sancionen cualquier agresión a la vida y brinden protección ante posibles riesgos para la vida. Esta última dimensión permite al TEDH enjuiciar no sólo las acciones, sino también las omisiones estatales. El *leading case* en este punto es el asunto *Osman contra Reino Unido* (1998). En el caso *X and Y contra Holanda* (1985), el Tribunal de Estrasburgo consideró que aun cuando el objeto del artículo 8 del Convenio (derecho a la vida privada) es esencialmente la protección del individuo contra intromisiones de las autoridades públicas, de él se derivan obligaciones positivas que pueden

En el ámbito de las relaciones laborales, la reciente Sentencia de la Gran Sala, fechada el 5 de septiembre de 2017, en el asunto *Barbulescu contra Rumanía* es muy ilustrativa. El asunto tiene por objeto la decisión de una empresa privada de poner fin al contrato de trabajo de un empleado tras haber vigilado sus comunicaciones electrónicas y haber tenido acceso a su contenido, así como el supuesto incumplimiento por los tribunales nacionales de su obligación de proteger el derecho del interesado a su vida privada y al secreto de su correspondencia. El comunicado de prensa oficial del propio Tribunal es bien elocuente: “La medida litigiosa, a saber, la vigilancia de las comunicaciones del Sr. Barbulescu que condujo a su despido, fue adoptada ciertamente por una empresa privada, pero fue validada por los tribunales nacionales. El Tribunal estima por tanto que procede analizar la queja bajo el ángulo de las obligaciones positivas del Estado. Las autoridades nacionales estaban obligadas a sopesar (*mettre en balance*) los intereses concurrentes en juego, a saber, el derecho del Sr. Barbulescu al respeto de su vida privada, por un lado, y el derecho del empleador a tomar medidas para asegurar el buen funcionamiento de la empresa, por otro”. Es verdad que el TEDH no se pronuncia concretamente, 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 o medios que le ha facilitado para desarrollar la actividad laboral³⁶.

implicar la adopción de medidas para asegurar el respeto efectivo a la vida privada incluso en las relaciones entre particulares.

En la sentencia dictada en el asunto Plataforma Médicos por la Vida contra Austria, de 21 junio de 1988, el Tribunal sostuvo, en respuesta a la demanda promovida por una asociación de médicos contrarios al aborto, que la tutela efectiva de la libertad de reunión no comporta sólo una obligación negativa de no intromisión por parte de los poderes públicos, que consistiría en permitir y no impedir u obstaculizar la celebración de reuniones pacíficas, sino que implica también una deber positivo de protección frente a intromisiones de terceros. El derecho de manifestación quedaría vacío de contenido si las autoridades públicas abdicasen de su responsabilidad en orden a la adopción de las medidas más idóneas para protegerlo de las eventuales agresiones procedentes de otros sujetos privados.

³⁶ La sentencia dictada previamente, el 12 de enero de 2016, sobre este mismo asunto por una Sala del Tribunal había avalado la tesis de que una empresa puede vigilar y leer los correos electrónicos y mensajes instantáneos de sus trabajadores para verificar si los trabajadores cumplen sus tareas. Barbulescu trabajaba en una empresa privada como ingeniero responsable de ventas. A petición de la compañía, creó una cuenta de Yahoo Messenger con el fin de responder a peticiones de información de los clientes. En julio de 2007, la empresa le informó de que sus comunicaciones a través de Yahoo Messenger habían sido vigiladas durante diez días y que el historial mostraba que había usado Internet para fines personales. Barbulescu negó los hechos pero entonces la compañía le mostró una transcripción de sus comunicaciones, que incluía mensajes que había intercambiado con su hermano y su novia sobre cuestiones personales como su salud o su vida sexual. La empresa le despidió alegando

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 aparatos o herramientas 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. Eso sí, se debe avisar antes a los trabajadores, un matiz importante. La sentencia concluye, por 11 votos contra 6, que las autoridades rumanas “no han alcanzado un justo equilibrio entre los intereses en juego” y “no han protegido correctamente” el derecho del demandante al respeto de su vida privada y a su correspondencia.

El Tribunal insiste en que los tribunales no verificaron si el demandante había sido previamente advertido por su empleador de la posibilidad de que sus comunicaciones fueran vigiladas, ni de la naturaleza y el alcance de esa vigilancia ni del grado de intromisión en su vida privada y su correspondencia. Sólo había sido advertido de que no podía utilizar los recursos de la empresa para fines personales. Pero no, por ejemplo, de la puesta en marcha de esa actividad de vigilancia y su alcance. Los tribunales nacionales no verificaron suficientemente la existencia de razones específicas que justificasen la puesta en marcha de medidas de vigilancia³⁷. En segundo lugar, tampoco consideraron la posibilidad de que el empleador hubiera alcanzado el objetivo perseguido aplicando medidas menos

que había vulnerado la normativa interna que prohibía el uso de recursos de la empresa para fines personales. Tras perder todos los recursos interpuestos ante los tribunales nacionales, el trabajador rumano acudió al TEDH para pedir que se anulara su despido. Alegó en particular que sus correos electrónicos están protegidos por el artículo 8 del CEDH, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia.

En esta primera sentencia, el Tribunal concluye que no se ha vulnerado el artículo 8 CEDH porque la vigilancia del empresario fue “limitada en su alcance y proporcionada”. La sentencia considera que “no es descabellado que un empleador quiera verificar que los trabajadores estén completando sus tareas profesionales durante las horas de trabajo”. En este sentido, apunta que la empresa “accedió a la cuenta del señor Barbulescu creyendo que contenía comunicaciones relacionadas con clientes”, ya que sí lo había dicho el propio trabajador. Por eso concluye que la compañía actuó “dentro de sus poderes disciplinarios”, ya que además sólo examinó las comunicaciones en la cuenta de Yahoo Messenger y no el resto de datos y documentos almacenados en su ordenador. El Juez Pinto de Alburquerque discrepó del fallo y formuló una opinión disidente: “Los trabajadores no abandonan su derecho a la privacidad y a la protección de datos cada mañana a las puertas de su lugar de trabajo”. El juez cree que, al revisar su correo electrónico, la empresa buscaba “una justificación oportunista para deshacerse de un empleado no deseado al que no había sido capaz de despedir por medios legales”. Barbulescu solicitó que se reexaminase su caso y la Gran Sala corrigió la doctrina establecida en la resolución anterior.

³⁷ El tribunal departamental mencionó la necesidad de evitar un ataque a los sistemas informáticos de la empresa o la posible exigencia de responsabilidades a la empresa en caso de una actividad ilícita

intrusivas para la vida privada del trabajador (téngase en cuenta que grabó en tiempo real todas las comunicaciones del trabajador en ese periodo de vigilancia, y accedió e imprimió su contenido sin su consentimiento); y en tercer lugar, no examinaron la gravedad de las consecuencias de la medida de vigilancia y del procedimiento disciplinario seguido contra el trabajador, es decir, el hecho de que el demandante fuese despedido, siendo objeto de la sanción más severa. Pero lo más significativo, a mi juicio, 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: “las comunicaciones del Sr. Bărbulescu en su lugar de trabajo estaban cubiertas por las nociones *vida privada* y *correspondencia*, por lo que 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 social en el lugar de trabajo”.

Pues bien, la necesidad de una protección *erga omnes* se ha abierto camino también en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casi siempre en relación con la desaparición de personas o con masacres protagonizadas por grupos o agentes no estatales)³⁸. No deja de ser significativo que en el primer asunto contencioso que tiene que enjuiciar, el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (1988), que tiene su origen en la ejecución extrajudicial de un estudiante secuestrado, torturado y asesinado por miembros de la policía secreta hondureña y paramilitares que actuaban bajo su dirección, la Corte sostuviera (en la línea marcada por el Tribunal de Estrasburgo) que los Estados que son parte del Convenio de San José asumen una doble obligación: una de carácter negativo, la de no infringir ellos mismos, por medio de sus agentes u órganos, los derechos reconocidos, y otra de carácter positivo, la de adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar que todos los sujetos sometidos

en la red. Pero son especulaciones teóricas, porque no se ha demostrado en ningún momento que Barbulescu hubiera expuesto efectivamente a la empresa a tales riesgos.

³⁸ Vid. Javier Mijangos, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007, pp. 583-608. Y Christian Courtis, “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, en Ingo W. Sarlet (org.): *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 345 y ss. Recuerda este último que la Convención incluye algunos derechos que explícitamente imponen obligaciones a los sujetos privados, como el derecho de rectificación o respuesta que pueden ejercer las personas afectadas por informaciones inexactas o agraviantes frente a los medios de comunicación privados (art. 14).

a su jurisdicción respeten esos derechos, también el ámbito de las relaciones entre particulares (obligación de respetar y hacer respetar los derechos)³⁹.

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

La cuestión se plantea de nuevo en 1996, con el asunto *Blake contra Guatemala*, a raíz del asesinato de dos ciudadanos norteamericanos a manos de un grupo paramilitar. La Corte consideró que estas patrullas de autodefensa actuaban como agentes del Estado porque recibían recursos, armamento, entrenamiento y en ocasiones órdenes de Ejército guatemalteco. La aquiescencia del Estado en relación a las actividades de estos grupos paramilitares permite extender la responsabilidad a las autoridades guatemaltecas. Pero en el voto razonado emitido en este caso por el juez brasileño Cançado Trindade se defiende abiertamente la eficacia *erga omnes* de los derechos consagrados en el Convenio⁴⁰.

³⁹ Artículo 1. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁴⁰ A juicio de Cançado, es necesario desmitificar la presentación, frecuente e indebida, de ciertos postulados como verdades eternas e inmutables, cuando son, más bien, producto de su tiempo, o sea, soluciones jurídicas encontradas en una determinada etapa de la evolución de derecho, conforme a las ideas prevalecientes en la época. Una de estas ideas es la que representa a los tratados internacionales como normas que limitan únicamente la actuación de los poderes públicos. Los tratados de derechos humanos, por el contrario, consagran obligaciones de carácter objetivo y representan estándares de comportamiento dirigidos a la creación de un orden público internacional. En su opinión, el carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas del *jus cogens*, como son los derechos fundamentales previstos en la CADH, que se configuran como obligaciones *erga omnes* de protección y, en consecuencia, son el contenido mínimo de expresión de todas las relaciones jurídicas de los ordenamientos nacionales, incluidas aquellas que se suceden entre

Esta tesis será asumida por todos los jueces en el año 2002 en un asunto similar (*Comunidad de Paz de San José de Apartadó contra Colombia*)⁴¹ y en la opinión consultiva 18/03, solicitada por México en relación con los derechos de los trabajadores inmigrantes indocumentados, que afirma rotundamente que “los derechos fundamentales [en ese caso, el principio de no discriminación] son límites directos al actuar de los particulares”⁴². Esta afirmación es reiterada en la jurisprudencia posterior de la Corte. Así, en los casos *El Nacional* y *Así es la Noticia* y *Globovisión contra Venezuela*⁴³, que versan sobre el acoso padecido

actores no estatales [Caso *Personas haitianas y dominicanas de origen haitiano en la República Dominicana*, voto razonado del Juez Cañado a la solicitud de medidas provisionales de 7 de agosto de 2000, fundamento 25].

⁴¹ Caso *Comunidad de Paz de San José de Apartadó contra Colombia*, resolución sobre medidas provisionales de 18 de junio de 2002, fundamento 11, y resolución sobre medidas provisionales de 17 de noviembre de 2004, fundamento 13. En este asunto, revelador de la tragedia a la que vivía sometida entonces la sociedad colombiana, resulta incuestionable que los autores de más de cincuenta asesinatos en un periodo de nueve meses, son miembros de un grupo paramilitar denominado Autodefensas Unidas de Colombia. A juicio de la Corte, la obligación general de respeto de los derechos fundamentales, prevista en el artículo 1.1 de la Convención, para ser eficaz, “se impone no sólo en relación con el poder del Estado, sino también en las relaciones entre particulares (grupos clandestinos, paramilitares, u otros grupos de particulares)”. Esta doctrina se reitera en casos posteriores: *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó contra Colombia, del Pueblo indígena de Kankuamo contra Colombia, o Pueblo indígena de Sarayaku contra Ecuador*. En todos ellos, la Corte insiste en que los Estados parte se encuentran conminados a atender “al amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección [...], caracterizadas por el *ius cogens*, del cual emanan, como normas de carácter objetivo que abarcan a todos los destinatarios de las normas jurídicas, tanto a los integrantes de los órganos del poder público estatal como a los particulares”. En la parte resolutive de estas sentencias la Corte condena a los Estados a adoptar las medidas necesarias para la protección y garantía de los derechos fundamentales violados. La imputación instrumental de la violación a los órganos públicos nacionales cumple una función procesal, a fin de articular correctamente el procedimiento contencioso previsto en los artículos 61 y 62 de la CADH. Sin embargo, el juicio que realiza la Corte versa realmente sobre la adecuación de las actuaciones de los particulares a los derechos reconocidos en la Convención.

⁴² En las relaciones laborales, los empleadores deben respetar los derechos humanos de los trabajadores. La Convención Americana impone obligaciones de protección *erga omnes*. La propia Corte asume que la Opinión 18/03 se inscribe en “la doctrina jurídica denominada *Drittwirkung*, que se encuentra presente en buena parte de la jurisprudencia internacional”. Y tiene una trascendencia respecto al sistema interamericano semejante a la que tuvieron en su día los casos *Young, James and Webster v. Reino Unido* (1981), o *X and Y v. Holanda* (1985) en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En la misma dirección apuntan los votos razonados concurrentes de los jueces Cañado Trindade, García Ramírez y Salgado Pesantes. Para este último, “un punto de particular importancia en esta Opinión Consultiva es el de establecer claramente la eficacia de los derechos humanos frente a terceros”. Los particulares son también destinatarios de estos derechos y están obligados a respetarlos y “el ámbito de la autonomía de la voluntad, que predomina en el derecho privado, no puede ser un obstáculo para que se diluya la eficacia vinculante *erga omnes* de los derechos humanos”.

⁴³ Caso *Diarios El Nacional y Así es la Noticia contra Venezuela*, resolución sobre medidas provisionales de 6 de julio de 2004, y caso *Emisora de Televisión Globovisión contra Venezuela*, resolución sobre medidas provisionales de 4 de septiembre de 2004.

por los medios de comunicación independientes por parte de simpatizantes de la revolución bolivariana, la Corte no puso el foco en la tolerancia y aquiescencia del régimen comandado entonces por Hugo Chávez en relación con las actividades de estos grupos. La argumentación se basa en la idea de que la libertad de expresión, como norma imperativa del sistema interamericano, es un límite directo a la actuación de los particulares y así lo han de entender los órganos judiciales de los Estados miembros.

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

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

Submissão em: 01.12.2017

Aceito em: 04.12.2017

