

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

CITLALIN CASTAÑEDA DE LA MORA

**LOS DERECHOS HUMANOS Y LA POSIBILIDAD
DE SU EFICACIA EN LAS RELACIONES PRIVADAS**

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., Marzo de 2005.



57798



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

CITLALIN CASTAÑEDA DE LA MORA

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA POSIBILIDAD DE SU EFICACIA EN LAS RELACIONES PRIVADAS



Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en **UNIVERSIDAD PANAMERICANA**
Derecho con Reconocimiento de Validez
SEDE GUADALAJARA
Oficial de Estudios de la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,**
BIBLIOTECA
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., Marzo de 2005.

CLASIF: TE DR 2005 CAS

ADQUIS: 57798 ej. 1

FECHA: 02/08/05

DONATIVO DE _____

\$ _____

500. 195 h.; 28 cm. + 1 disco de computadora; 3 1/2 plg.
323.08 CAS 2005

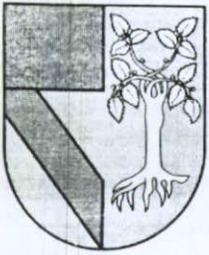
40 Publicado también en forma electrónica en formato PDF a través de World Wide Web

502 Tesis (Licenciatura) - Universidad Panamericana Campus Guadalajara, 2005

503 Bibliografía: h. 187 - 195

1 Tesis y disertaciones académicas - Universidad Panamericana Campus Guadalajara

2 Derechos humanos



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

ESCUELA DE DERECHO

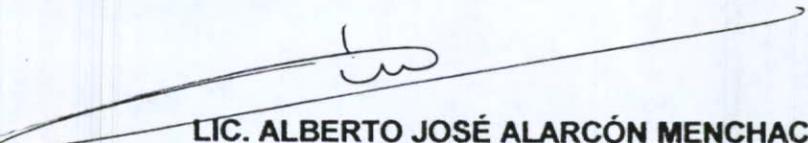
DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. CITLALIN CASTAÑEDA DE LA MORA
Presente

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **“LOS DERECHOS HUMANOS Y LA POSIBILIDAD DE SU EFICACIA EN LAS RELACIONES PRIVADAS”** presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar ocho ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA

México, D.F., septiembre de 2004.

Mtro. Gustavo Gómez
Coordinador Académico
Escuela de Derecho
Universidad Panamericana
Sede Guadalajara
Presente

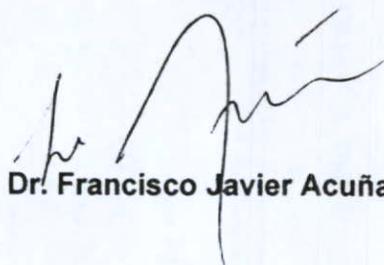
Estimado Mtro. Gómez:

Por este medio me permito manifestarle que la Srita. Citlalin Castañeda de la Mora ha concluido satisfactoriamente su trabajo de investigación titulado "*Los derechos humanos y la posibilidad de su eficacia en las relaciones privadas.*"

En virtud de lo anterior y por considerar que dicho documento reúne los requisitos necesarios, le expreso mi anuencia para que el mismo sea presentado como tesis para optar por el título de licenciado en Derecho.

Sin más por el momento, reciba un cordial saludo.

Atentamente,



Dr. Francisco Javier Acuña Llamas

*"Por su libertad, la persona humana trasciende
las estrellas y todo el mundo natural."
Jacques Maritain*

A Dios.

*A Jaime Alfredo y Leticia, mis padres, en honor a su lucha incansable motivada
por su capacidad de concebir una sociedad más libre y democrática.
Por su lealtad al amor, a la justicia y a la verdad.*

A mis hermanos Pablo, Viviana y Lavinia.

A Francisco Javier Acuña Llamas, por su amistad y valiosa orientación.

A Mariclaire Acosta, Fernando Coronado y Gonzalo Abad-Ortiz.

A Héctor Díaz-Santana por sus consejos, apoyo y comprensión.

A mis amigas, por los momentos compartidos.

ÍNDICE

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCIÓN..... | 6 |
|-------------------|---|

I. LOS DERECHOS HUMANOS: UNA APUESTA POR FUNDAMENTAR EN LA HISTORIA SU EFICACIA EN LAS RELACIONES PRIVADAS

| | | |
|----|---|----|
| 1. | La Edad Antigua..... | 11 |
| 2. | La Edad Media..... | 16 |
| 3. | La Edad Moderna..... | 20 |
| | A) El iusnaturalismo clásico..... | 21 |
| | B) El iusnaturalismo racionalista..... | 24 |
| | a) Grocio y el derecho natural..... | 24 |
| | b) El iusnaturalismo contractualista..... | 25 |
| | C) Los modelos históricos de aparición de los derechos humanos..... | 28 |
| | a) Las declaraciones inglesas..... | 30 |
| | b) Las declaraciones angloamericanas..... | 32 |
| | c) Las declaraciones francesas..... | 34 |
| 4. | La Edad Contemporánea..... | 37 |
| | A) La internacionalización..... | 37 |
| | B) La especificación..... | 44 |
| | C) La responsabilidad internacional del individuo..... | 45 |

II. APROXIMACIÓN A LAS NOCIONES DE EFICACIA Y DERECHOS HUMANOS

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Aproximación conceptual a la eficacia de las normas jurídicas..... | 48 |
| | A) Relación entre eficacia y validez..... | 53 |
| 2. | Aproximación conceptual a los derechos humanos..... | 56 |
| | A) Fundamentación..... | 62 |
| | B) Características..... | 66 |
| | C) Limitaciones..... | 77 |
| 3. | La eficacia de los derechos humanos frente al Estado y frente a los particulares..... | 79 |
| | A) Eficacia frente al Estado..... | 81 |
| | a) El deber de protección..... | 87 |
| | b) La supremacía constitucional..... | 89 |
| | B) Eficacia frente a los particulares..... | 92 |
| | a) Los sujetos pasivos..... | 97 |
| | b) La alteridad y la teoría de Emmanuel Lévinas..... | 105 |
| | c) La autonomía de la voluntad..... | 110 |

III. PRINCIPALES APORTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE PARTICULARES

| | |
|--|-----|
| 1. Antecedentes..... | 112 |
| 2. La socialización del derecho y el derecho social..... | 114 |
| 3. La doctrina alemana de la <i>Drittwirkung der grundrechte</i> | 120 |
| A) La eficacia directa..... | 124 |
| B) La eficacia indirecta..... | 132 |
| a) El fallo Lüth..... | 133 |
| 4. La jurisprudencia argentina..... | 138 |
| 5. La solución colombiana..... | 142 |
| 6. La postura peruana..... | 151 |
| 7. La teoría de la irradiación..... | 157 |
| 8. Algunos aportes constitucionales y legales..... | 160 |
| | |
| CONCLUSIONES | 165 |
| | |
| PROPUESTAS | 185 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | |

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de la presente tesis entraña tres líneas de investigación que en diversos momentos convergen y se complementan. Dichas líneas –que a su vez se corresponden con los tres capítulos- son las siguientes: a) el estudio de los derechos humanos desde la perspectiva histórica; b) la aproximación conceptual a las nociones de eficacia y derechos humanos y c) el análisis de los que consideramos los aportes doctrinales y jurisprudenciales más significativos sobre el tema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

En ese sentido, con base en los aportes históricos, conceptuales, doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema, trataremos de resolver la pregunta sobre ¿cuáles son los supuestos en los que se justifica hablar de eficacia de los derechos humanos en las relaciones privadas? Este objetivo pretende verse cristalizado en el apartado de *Propuestas* incluido al final del presente trabajo.

El Capítulo I, *Los derechos humanos: Una apuesta por fundamentar en la historia su eficacia en las relaciones privadas*, fue concebido con un doble afán: adentrar al lector en la comprensión de los derechos humanos a partir de aquellos acontecimientos históricos que han contribuido a su reconocimiento y descubrir, de manera sugerente, ciertas notas históricas que bien pueden erigirse como antecedentes de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Ambos objetivos poseen el mérito de colocar a nuestro objeto de estudio en perspectiva: el problema de la eficacia de los derechos humanos se encuentra íntimamente vinculado a la evolución de la sociedad misma, a las condiciones de la realidad en la que dichos derechos pretenden cobrar vida.

Por su parte, el Capítulo II, *Aproximación a las nociones de eficacia y derechos humanos* busca, además de complementar la visión histórica, acotar los dos conceptos primordiales de nuestro estudio: la eficacia y los derechos

humanos; tratando de identificar, en todo momento, aquellos elementos que – ya sea desde las definiciones doctrinales o legales- nos brinden claridad a la tesis principal. En este capítulo, se destinan dos apartados a la cuestión de la eficacia de los derechos humanos frente al Estado y frente a los particulares. Asimismo, y por su utilidad en la fundamentación de nuestra tesis, en este capítulo nos detendremos a repasar la filosofía sobre la alteridad esbozada por el filósofo contemporáneo Emmanuel Lévinas.

El Capítulo III, *Principales aportes doctrinales y jurisprudenciales de la eficacia de los derechos humanos entre particulares*, consiste en un repaso de aquellas contribuciones a la eficacia de los derechos humanos entre particulares, provenientes de la doctrina y la jurisprudencia. Los tópicos que se analizan en este capítulo son: la socialización del derecho, el derecho social, la doctrina alemana de la *drittwirkung der grundrechte* y la jurisprudencia relacionada con la misma, la jurisprudencia argentina, la jurisprudencia colombiana, la jurisprudencia peruana, la teoría de la irradiación y la inclusión de la fórmula de la eficacia entre privados en las Constituciones de diversos países.

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS: UNA APUESTA POR FUNDAMENTAR EN SU HISTORIA LA EFICACIA ENTRE PARTICULARES

En este capítulo proporcionaremos una visión de los hechos y formas sociales que de alguna manera han contribuido, a través del tiempo, al reconocimiento y evolución de los derechos humanos, prestando especial atención a aquellos aportes históricos que nos permitan explicar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Lo anterior en virtud de que consideramos que la comprensión plena de los derechos humanos depende en gran medida del acercamiento histórico, por lo que una aproximación abstracta o analítica que prescinda de su dimensión histórica, no podrá abarcar la totalidad de los perfiles o facetas de estos derechos.

En ese sentido, nuestro estudio resultaría inconcluso, si no repasamos – aunque sea de manera general- la historicidad de los derechos humanos, misma que ha sido sustentada por Carlos Montemayor Romo, para quien “los derechos humanos manifiestan la historia del hombre en su lucha por el reconocimiento y la libertad. Cada uno de estos derechos es un logro histórico;”¹ y por Javier Muguerza cuando señala que los derechos humanos son una “lucha contra múltiples formas de alienación que el hombre ha conocido y padecido.”²

Pedro Nikken también sostiene que el reconocimiento de los derechos humanos y su plasmación en los instrumentos legales de protección en el ámbito nacional e internacional: “han sido el producto de un sostenido desarrollo histórico, dentro del cual las ideas, el sufrimiento de los pueblos, la movilización de la opinión pública y una determinación universal de lucha por la dignidad humana, han ido forzando la voluntad política necesaria para consolidar una gran

¹ Cfr. MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, Porrúa, México, 2002, p. 91.

² Cfr. MUGUERZA, Javier, *La alternativa del disenso. Fundamentación de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 44.

conquista de la humanidad, como lo es el reconocimiento universal de que toda persona tiene derecho por el mero hecho de serlo.”³

Por su parte, Gregorio Peces-Barba señala que “los derechos fundamentales son un concepto histórico del mundo moderno que sirve progresivamente a partir del tránsito a la modernidad.”⁴ En palabras de López Calera: “Las bases teórico-prácticas que se asignan actualmente a los derechos humanos no se explican por razones metafísicas, sino, ante todo, por ser expresión de una conciencia de clase, de pueblo, que revelan lo que en cada momento histórico se considera intangible e inalienable para una convivencia justa y pacífica. La historicidad de los derechos humanos se revela como una característica especial de los nuevos planteamientos frente a la inmutabilidad dogmática de los viejos iusnaturalismos.”⁵

Asimismo, Boutros-Ghali, entonces secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, en ocasión de la Conferencia de Viena, expresó que: “Si bien los derechos humanos son comunes a todos los miembros de la sociedad internacional y todo el mundo se reconoce en su naturaleza, cada era cultural puede tener su forma particular de contribuir a la aplicación de esos derechos.”⁶

De las opiniones antes transcritas se desprende que la historicidad de los derechos humanos emerge como una característica especial de los mismos, en virtud de la cual dichos derechos han gozado de mayor o menor reconocimiento y protección a lo largo de la historia. Es en dicha cualidad donde pretendemos situar el argumento de que las necesidades de protección del ser humano cambian con el transcurso de tiempo, y por lo tanto, resulta lógico hablar de una nueva dimensión en la protección de la persona, la cual contemple la eficacia de sus derechos fundamentales frente a todos, incluidos los particulares. Sin embargo, el hecho de que la historicidad de los derechos fundamentales nos permita justificar en cierta medida la eficacia de los mismos en las relaciones

³ Cfr. NIKKEN, Pedro, “El concepto de derechos humanos” en GONZÁLEZ VOLIO, Loreno (comp.), *Analogía básica en derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994, p. 5.

⁴ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987, p. 67.

⁵ Cfr. LÓPEZ CALERA, N. M., *Derecho Natural*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1980, p. 21.

⁶ Discurso del secretario general de la Organización de las Naciones Unidas en la apertura de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 1993.

privadas, de manera alguna significa que creamos posible el establecimiento de valoraciones jurídicas, con base en criterios meramente historicistas. Esto es, no podemos afirmar que la eficacia de los derechos humanos entre particulares encuentre su único fundamento en la historia, ya que de así hacerlo fragmentaríamos la conciencia jurídica humana en conciencias jurídicas temporales, llegaríamos a exclusivismos de tiempo y lugar incompatibles con el sentido universal del hombre y sus derechos fundamentales.

A reserva de desarrollar esta cuestión con mayor amplitud en el Capítulo II, adelantemos solamente nuestra coincidencia con Boutros-Ghali cuando expresa que "como proceso de síntesis, los derechos humanos son, por su misma naturaleza, derechos en evolución que tienen a la vez por objeto expresar mandamientos inmutables y enunciar un momento de la conciencia histórica. Así pues, son, a un tiempo, absolutos y puntuales."⁷

Desde nuestro punto de vista, pues, los derechos humanos son en su validez y en sus bases teórico-dogmáticas derechos absolutos cuya existencia se explica por razones metafísicas; y a la vez aceptamos que se trata de derechos puntuales -relativos si se quiere- en tanto que su eficacia y cumplimiento dependen de la realidad, esto es, de condiciones sociales e históricas, y no de bases objetivas.⁸ En otras palabras, no negamos que los derechos humanos provengan de un principio universal y necesario, y que su valoración jurídica se explique desde un criterio iusnaturalista y no histórico; sin embargo, también reconocemos que esto no los dota de la efectividad necesaria para evitar su transgresión. De ahí la importancia de mirar hacia las luchas históricas de los derechos humanos, las cuales en diversas épocas han planteado el problema de su realización, de la posibilidad concreta de hacerlos efectivos en la sociedad.⁹

⁷ *Ibidem.*

⁸ A manera de ejemplo, pensemos en la violación a la igualdad de la que —entre otros derechos— fue víctima durante más de cuatro décadas la población no blanca en Sudáfrica. Dicha violación encuentra su explicación en un determinado contexto histórico, en el que se reúnen las condiciones para que en ese país, germine y se expanda una política de segregación racial (*apartheid*). A pesar de que dicha política ya no existe de forma oficial y legal desde 1992, en Sudáfrica se siguen verificando desigualdades sociales, económicas y políticas entre la población blanca y la población de color, que atentan en contra de los derechos fundamentales de éstos últimos.

⁹ Cfr. LARA PONTE, Rodolfo, "Derechos humanos y Constitución", en *El significado actual de la Constitución*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, p. 411.

En virtud de esta suerte de dependencia entre la eficacia de los derechos humanos y la dimensión histórica y social de los pueblos, hemos decidido dedicar este Capítulo a repasar –aunque en forma sumaria- cuál ha sido la historia de los derechos humanos y en qué medida ésta nos proporciona elementos para sustentar su eficacia entre particulares. Precisado lo anterior, comenzaremos con este análisis apoyándonos en la división más aceptada de la historia; o sea la que la divide en Antigua (que termina en el 476 d. de C.), Media (476-1453 d. de C.), Moderna (1453-1789) y Contemporánea (de 1789 hasta nuestros días).

1. La Edad Antigua

En la antigüedad, los conceptos de personalidad y de los derechos que les son inherentes eran desconocidos. La confusión entre lo humano y lo divino, lo sacro y lo profano impidió una real autonomía individual y una concepción profunda de la libertad personal. El poder político y el poder religioso venían a ser una misma cosa.¹⁰ En esa época, toda la existencia del hombre era, esencialmente, política, es decir, comunitaria. La comunidad –el grupo histórico- se imponía al individuo con una fuerte presión social y con un control en el que los elementos prohibitivos y sancionadores no estaban, como están hoy, suficientemente diferenciados.¹¹

Sin embargo, y muy a pesar de que Hegel, en su obra *La razón en la historia*, caracteriza a los imperios orientales como regímenes patriarcales en los que “el sujeto no ha adquirido todavía su derecho y lo que reina es más bien un orden ético inmediato y desprovisto de leyes,”¹² podemos señalar la existencia –si bien incipiente- de algunos datos que permiten identificar un cierto reconocimiento de la dignidad, la libertad y la individualidad de la persona humana, contenidos en una serie de documentos, algunos anteriores a la Edad Media, que Peces-Barba denomina “prehistoria de los derechos fundamentales.”¹³

¹⁰ Cfr. ROMMEN, Enrique, *Derecho natural*, trad. Héctor González Uribe, Jus, México, 1950, p. 13: “(...) todos los pueblos, desde los tiempos remotos de su historia, atribuyeron un origen exclusivamente divino a las instituciones de la moral y del derecho, que se confundían, entre ellos, con las reglas del culto. Así ocurría entre los antiguos griegos, germanos y romanos”.

¹¹ Cfr. GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., “Libertad de asociación” en *Revista Jurídica de Cataluña*, No. 2, abril-junio de 1974, p. 260.

¹² Apud. PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1983, p. 109.

¹³ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, *Op. cit.*, p. 67.

Entre esos documentos está el *Código de Hammurabi*, sin lugar a dudas el antecedente más remoto en la historia del reconocimiento de los derechos humanos. Fue elaborado en el siglo XVIII a. de C., y es la recopilación de leyes más antigua que se conoce. Señalaba, en relación a los derechos fundamentales: "Entonces los dioses ANU y BEL complacieron a la carne de los hombres llamándome a mí, el dios temido Hammurabi, para establecer justicia en la tierra, para destruir lo ilegítimo y los males y para contener al poderoso en su opresión del débil."¹⁴ En palabras de Antonio Truyol, "estamos ante una realeza de derecho divino cuyo gobierno, sin embargo, se justifica por estar al servicio del bien público (...) es perceptible, en la legislación de Hammurabi un racionalismo que permite establecer categorías aplicables de manera uniforme a una población heterogénea recientemente unificada."¹⁵

En el siglo XIII a. de C., dentro del *Antiguo Testamento* destaca el *Decálogo*, la ley moral más importante del pueblo judío, cuyos Diez Mandamientos contienen una serie de exigencias básicas para la convivencia pacífica de la sociedad, los que constituyen otro antecedente en la historia de los derechos humanos, ya que en el establecimiento de prohibiciones –no matarás, no robarás, etcétera– se estaban reconociendo valores fundamentales de los seres humanos. Al referirnos a la historia del pueblo judío, no podemos pasar por alto la aparición de los profetas, quienes denunciaban y combatían las injusticias sociales en nombre de Dios. En un sentido amplio, era profeta en Israel toda persona encargada por especial misión divina de hablar al pueblo en nombre de su Dios. Su acción se extiende desde el siglo VIII hasta el IV a. de C.¹⁶ Hay muchas expresiones en las que ellos afirman que Dios les dice abominar los sacrificios, mientras se oprima a la viuda y al huérfano, y se explote al pobre:¹⁷ "Ay de aquéllos que dictan leyes inicuas, ay de los que escriben sentencias injustas, que niegan la justicia a los débiles y quitan sus derechos a los pobres de mi pueblo." (Isaías 10, 1-2).

¹⁴ Cfr. BONILLA SAN MARTÍN, *El Código de Hammurabi*, Biblioteca de la Revista Jurídica, Madrid, 1909, p.84.

¹⁵ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 1. De los orígenes a la baja Edad Media*, Alianza Universidad, 11ª ed., Madrid, 1992, p. 35.

¹⁶ *Ibid.* p. 49.

¹⁷ La idea del dios de la tribu se va transformando así en la idea de un dios justo, único, que algún día habrá de mandar a un Mesías, destinado a liberar a su pueblo de todo sufrimiento. Los judíos son por ello el primer pueblo que desarrolla una religión monoteísta. La creencia de un solo dios inmaterial, justo y universal, con algunas modificaciones, se extenderá por todo el Imperio romano, en la forma del cristianismo. Cfr. BROM, Juan, *Esbozo de historia universal*, Grijalbo, 17ª ed., México, 1990, p. 50.

Asimismo, debemos mencionar la importante contribución de Confucio (511-479 a. de C.), y Buda (560-480 a. de C.), con quienes comenzó a cambiar la mentalidad y la práctica social en el lejano oriente. Confucio exalta la bondad y las virtudes,¹⁸ de ahí que se puede resumir su doctrina en la fórmula: “tener rectitud de corazón y amar al prójimo como a uno mismo”;¹⁹ en tanto que Buda predica la igualdad de todos los hombres, el amor al prójimo y la importancia de la virtud.

En la cultura griega, resalta el aporte de Heráclito (535-470 a. de C.), quien plantea la idea de un derecho natural que deriva de una ley natural inmutable; y el de Sófocles (496-406 a. de C.), que en su *Antígona* alude a la existencia de derechos no establecidos formalmente por el ser humano pero que le corresponden por su propia naturaleza. En concreto, cuando Antígona le responde al Rey Creón, que contraviniendo su prohibición expresa de dar sepultura al cadáver de su hermano, lo había enterrado actuando “de acuerdo a leyes no escritas e inmutables del cielo”.

Posteriormente Aristóteles (384-322 a. de C.) establece que “en un sentido amplio, la justicia equivale al ejercicio de todas las virtudes, referido a otro.” Aquí aparece ya una nota esencial de la justicia: la alteridad. En sentido estricto, la justicia se define como una virtud ética particular en la que se da, además de la alteridad, la nota de igualdad. En la justicia se aplica y realiza el principio de igualdad como fundamento de la cohesión y armonía en la vida social.²⁰ La doctrina aristotélica se ve complementada con la de la equidad (*epieikeia*), según la cual la ley tiene carácter general y al no referirse cabalmente a los casos particulares, es preciso adaptarla a los mismos. De ahí “una tensión entre la generalidad de la ley y la singularidad concreta de los casos reales. Esta tensión puede superarse gracias a la equidad, la cual no es otra cosa que la adaptación

¹⁸ Cfr. CONFUCIO, *Los Cuatro Libros*, Editorial Latinoamericana, México, 1956, p. 3: “La ley de la Gran Doctrina, o de la filosofía práctica, consiste en desenvolver e ilustrar el luminoso principio de la razón que hemos recibido del cielo, en regenerar a los hombres, y en situar su destino definitivo en la perfección, o sea en el bien supremo.”

¹⁹ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Op. cit.*, p. 65.

²⁰ *Ibid.* p. 159.

de la fórmula legal genérica a las exigencias de la vida, en aras de la justicia natural.”²¹

En China se desarrolla, cinco siglos antes del cristianismo, una doctrina moral sobre el hombre, sus deberes y su condición de vida, misma que es constatada por el filósofo chino contemporáneo Chung-Shu-Lo, quien señala que la idea de los derechos humanos se desarrolló muy pronto en China, y desde muy temprano se estableció el derecho del pueblo a rebelarse contra los emperadores tiránicos. El término revolución no se consideraba peligroso, sino que a él se asociaban altos ideales, y se le usó constantemente para referirse al justificable derecho que el pueblo tiene de derrocar a los malos soberanos.²² Un ejemplo de ello lo tenemos en la expresión: “¿Qué resultado tiene el gobierno por la fuerza? La respuesta es que, lógicamente, el grande atacará al pequeño, la mayoría maltratará a la minoría, el listo engañará al inocente, los patricios menospreciarán a los plebeyos, los ricos subestimarán a los pobres, y los jóvenes robarán a los viejos.” (Escuela de Mao-Tseu, China, siglo V a. de C.).²³

Por otra parte, el estoicismo,²⁴ fundado por Zenón de Cito en el año 311 a. de C., marca una nueva corriente de pensamiento “con la precisión del concepto de derecho natural y el desarrollo del iusnaturalismo fundamentado en la racionalidad y rematado en un cosmopolitismo, que acercaría a los hombres”.²⁵ Se trataba de una corriente filosófica que consideraba que el fundamento del derecho estaba en la naturaleza y, como la naturaleza humana se caracteriza por su índole racional, su postulado era que había que vivir de acuerdo con la naturaleza, de acuerdo con la razón.²⁶

²¹ *Ibid.* p. 160.

²² Cfr. CHUNG-SHU-LO, “Los derechos del hombre en la tradición china” en *Los derechos del hombre*, Laia, Barcelona, 1973, pp. 279-280.

²³ Cfr. “Los derechos humanos, el Derecho internacional humanitario y la función policial”, en www.monografias.com

²⁴ Dentro del periodo helenístico, que comienza con la muerte de Alejandro Magno (323 a. de C.) y termina con el final de la República romana (31 a.C.), el estoicismo es uno de los movimientos filosóficos de mayor importancia y difusión. El estoicismo influiría en numerosas corrientes y filósofos posteriores, desde los primeros Padres de la Iglesia, hasta Descartes y Kant.

²⁵ Cfr. THOMPSON, José, *Educación y derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, [s. p.]

²⁶ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Op. cit.* p. 178.

Sin dejar de reconocer que gracias a estos antecedentes comienza a germinar la noción de dignidad humana y de igualdad racional e intelectual, no es sino con la llegada del cristianismo que se propone un cambio estructural y espiritual con pretensiones de universalidad. El cristianismo cambió en muchos sentidos las estructuras políticas y sociales de su época. Con el nacimiento de Cristo y su doctrina redentora del amor, el hombre es considerado centro de la obra creadora de Dios. Los evangelios y los libros de esta época expresan el reconocimiento de una ley divina y una ley natural que rigen los destinos de la personas.²⁷ San Pablo decía al respecto: "Porque los gentiles que no tienen ley, naturalmente haciendo lo que es de la ley, los tales, aunque no tengan ley, ellos son ley a sí mismos" (Romanos, 2:14). Continuando con la tradición griega, los cristianos profundizan en la idea de dignidad e igualdad de los seres humanos. Como ejemplo, podemos señalar el siguiente: "No te vengarás ni odiarás a los hijos de tu pueblo. Amarás al prójimo como a ti mismo" (Biblia Hebrea, Levítico, 19).

Así pues, el cristianismo dio origen a una nueva etapa en el desarrollo histórico de los derechos humanos, al proclamar la igualdad entre los seres humanos, derivada de la idea de común filiación divina de los hombres, noción que a su vez enriquece la idea cristiana de personalidad.²⁸ Todo ello contribuyó a la aceptación de principios, especialmente entre los pueblos oprimidos y los esclavos.

Asimismo, cabe dedicar unas palabras a lo que –siguiendo a Truyol– podríamos llamar las concepciones iusprivatistas de los Padres de la Iglesia, los cuales subrayaron el papel de la caridad y la fraternidad en la distribución y uso de la propiedad privada. La riqueza, en la medida en que no es condenable de suyo, es fuente de obligaciones muy estrictas. La fuente de los Padres en esta materia es ante todo la Sagrada Escritura.²⁹ El hecho de que el cristianismo se dirigiera a los pobres, a los débiles y enfermos, desequilibró y rompió los principios oligárquicos de la romanidad y también del judaísmo. Este

²⁷ Cfr. GENTILE, Jorge H., "Los derechos humanos de hoy", 2002, en www.profesorgentile.com.ar

²⁸ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Op. cit.*, p. 237.

²⁹ *Ibidem*, p. 256.

reconocimiento de la dignidad del hombre, por el simple hecho de serlo, tendrá gran importancia en el desarrollo de la historia de Occidente.³⁰ La doctrina cristiana ayuda a consolidar ciertos valores de tipo iusnaturalista que rescatan la igualdad –ante Dios- entre los hombres. Estas ideas son desarrolladas por teólogos como Pablo de Tarso, Agustín de Hipona, Tomás de Aquino y Nicolás de Cusa.

Por último, es San Agustín (354-430 d. de C.) quien ofrece la primera gran síntesis de la filosofía griega y el cristianismo, sosteniendo que la ley eterna es el fundamento de las leyes humanas. Esto es, el derecho positivo se basa en el derecho natural. Para San Agustín las leyes humanas variarán al tenor de las exigencias históricas, y la misión del legislador humano no es imponer todo lo que la ley eterna impone o prohíbe, sino asegurar la paz y el orden en la sociedad, para que los hombres puedan realizar convenientemente su fin, temporal y eterno.³¹ Siguiendo a San Agustín, manifestamos nuestra concordancia con la tesis que sostiene que el derecho posee la función de ordenar la realidad de acuerdo con criterios determinados; y que la tarea del jurista es tener en cuenta la forma en que se cumplen dichos criterios en la realidad social o la manera en que podrían cumplirse más efectivamente.³²

2. La Edad Media

A principios del siglo VII d. de C., Mahoma (570-632) empieza a predicar el Islam, una nueva religión de inspiración judío-cristiana, con lo que pretende unificar bajo una nueva fe y humanizar las costumbres de las sociedades del norte de África. Aunque de forma fragmentaria y con significación equívoca, es en esa época que aparecen recogidos una serie de derechos que pueden considerarse antecedentes de los derechos fundamentales. Ese reconocimiento se realiza en los *fueros*, mediante los cuales se regulaba la adquisición y garantía de los derechos.

³⁰ Cfr. MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *Op. cit.*, p. 3.

³¹ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Op. cit.*, p. 265.

³² Apud. LATORRE, Ángel, *Introducción al derecho*, Ariel 7ª ed., Barcelona, 1976, pp. 162-163.

Cabe señalar que la historiografía más reciente parece coincidir en que el otorgamiento de dichos fueros tiene como antecedente la contraposición entre el derecho consuetudinario (derecho propio y antiguo) y el derecho regio, como derecho de pretensiones generales, homogeneizador y con frecuencia nuevo. La contraposición medieval entre costumbre y ley fue, sobre todo, la contraposición política entre el orden corporativo medieval y el incipiente Estado moderno.³³

Quizá el más significativo de los caracteres comunes a los textos jurídico-normativos medievales, y que justifica la renuencia de un amplio sector de la doctrina, a ubicar en la Edad Media el antecedente del reconocimiento de los derechos humanos, es el hecho de que los fueros son prerrogativas pactadas entre el soberano y los barones y hombres libres, en las que la masa sometida de los siervos queda privada de toda eficaz defensa jurídica contra los gobernantes.³⁴ Se trata pues de concesiones que los nobles consiguen arrancar del poder real, como consecuencia de la lucha mantenida entre el rey y la nobleza.³⁵ En ese sentido, en la Edad Media lo que se conocen son "derechos estamentales", propios de los estamentos en que aparece estratificada la sociedad feudal.

En esa época, como en la anterior, la sociedad se presenta al hombre como naturalmente estructurada en un orden jerárquico de estamentos con un *status* desigual, en el que la desigualdad se asienta esencialmente en el principio hereditario condicionado por el nacimiento.³⁶ De igual manera, podemos mencionar que otros de los caracteres comunes a los textos jurídico-normativos medievales, contemplados desde la perspectiva de la historia de los derechos humanos, serían los siguientes:³⁷

³³ Cfr. KERN, Fritz, *Derechos del rey y derechos del pueblo*, Rialp, Madrid, 1914, pp. 127 y ss.

³⁴ Están siempre sujetos a toda suerte de contratación que sobre ellos hagan los dueños; no pueden testar ni casarse sin previo acuerdo de su señor, a cuya justicia están sometidos sin posibilidad de recurso alguno ante otro tribunal. El establecimiento de penas contra los dueños que dan muerte o mutilan a sus esclavos, no responde al reconocimiento de la personalidad jurídica de éstos, sino a evitar que la sociedad quede privada de un instrumento productivo

³⁵ En la cláusula 60 de la Carta Magna Inglesa de 1215 se establece: "(...) ya que por el amor de Dios y el mejoramiento de nuestro reino y en apaciguamiento de la querrela que ha surgido entre Nos y nuestros barones, hemos otorgado estas concesiones (...)" De acuerdo con Fritz Kern, en su tesis sobre las relaciones entre el Rey y el Derecho en la Edad Media, "la tensión entre conservación e innovación del Derecho se resolvía mediante el consensus." Cfr. KERN, Fritz, *Op. cit.*, p. 131.

³⁶ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1984, p. 12.

³⁷ Cfr. Curso Sistemático de Derechos Humanos, <http://www.iepala.es/DDHH>

a) Se producen como consecuencia del paso del régimen feudal al régimen estamental;

b) Constituyen una garantía y un límite frente al poder real de unos derechos reconocidos;

c) Son el punto de partida para el reconocimiento posterior de nuevos derechos y nuevas reivindicaciones extendidas a sectores cada vez más amplios de la población;

d) Son un fenómeno común a todo el territorio europeo;³⁸

e) Constituyen un antecedente del moderno constitucionalismo y suponen el inicio del principio de legalidad como garantía de los derechos reconocidos;

f) Aunque se trata del reconocimiento formal y escrito de derechos preexistentes de carácter consuetudinario, lo que se pretende es la implantación de una política real conscientemente dirigida a uniformizar los derechos locales mediante la extensión de algunos textos a gran cantidad de ciudades y villas.³⁹ Aquí podemos encontrar un precedente fundamental de la idea –claramente reflejada después por la Ilustración francesa- de la escrituralidad y publicidad como garantía de los derechos individuales reconocidos en la ley, frente al sistema absolutista, partidario de órdenes secretas e instituciones reservadas;

g) Se produce un incipiente reconocimiento de los derechos colectivos, en la medida en que se empieza a reconocer la libertad de entidades sociales sobre las cuales el príncipe reconocía no tener poder;⁴⁰ y

³⁸ En España se pueden señalar, entre otros, los siguientes textos básicos: el Pacto convenido en las *Cortes de León* en 1188 entre Alfonso IX y su reino, el *Privilegio General de Aragón* de 1283, otorgado por Pedro III en las Primeras Cortes de Zaragoza, los *Privilegios de la Unión Aragonesa* de 1286, el *Acuerdo de las Cortes de Burgos* de 1301, el *Acuerdo de las Cortes de Valladolid* de 1322, el *Fuero de Vizcaya* de 1452 y las *Partidas*. En Francia encontramos las cartas de las comunas urbanas, como la *Gran Carta de Saint Gaudens* de 1203; en Italia el *Cuarto Consejo Luterano* de 1215; en Inglaterra la *Carta Magna* de 1215; en Hungría la *Bula de Oro* de 1222; y en Suecia los *Capítulos del Rey de las Leyes de los Condados Suecos* del siglo XIV.

³⁹ Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 155.

⁴⁰ Así en la Carta Magna de 1215 se proclama la libertad de la Iglesia de Inglaterra (cláusula 1ª), de la Ciudad de Londres y de otras entidades y villas (cláusula 13).

h) Se empiezan a reconocer una serie de garantías de los derechos, como la prohibición de arrestos arbitrarios (cláusula 39 de la Carta Magna), o la jurisdicción que en materia constitucional ejercía el Justicia Mayor de Aragón, a través de la posibilidad de ejercitar el contrafuero contra aquellas disposiciones del poder público que violasen las franquicias del pueblo.

Un exponente de tales concesiones son los *Capitula que barones petunt*, conocidos como la *Carta Magna* que el rey Juan *sin tierra* de Inglaterra fue obligado a suscribir en 1215, la cual, por su carácter y forma, constituye un documento feudal, en el que confirma a los barones de su reino disposiciones anteriores a su favor y otras que se extenderían también a las demás categorías de súbditos.⁴¹ Mediante esta Carta, el rey aceptó la existencia de varias atribuciones –no en calidad de derechos- a los hombres libres, a quienes se conceden libertades referidas a los derechos de propiedad, libertad individual, seguridad personal, libre comercio, libertad de culto, seguridad jurídica y tolerancia; las cuales vistas desde una perspectiva contemporánea, tenían el carácter de privilegios y no el de atributos universales propios de los derechos humanos. Complementariamente, en aquella época comenzó a ejercitarse en Inglaterra el *habeas corpus* (“traígase el cuerpo”) como mecanismo de control judicial frente a detenciones arbitrarias.

Sin embargo, a pesar de la jerarquización de los estamentos sociales, la Edad Media no desconocía que todos los hombres, más allá de su *status* social y político, participan de un orden ético-natural cuyos principios procedentes del estoicismo antiguo y del cristianismo, permitieron a un sector de la doctrina, especialmente a Santo Tomás y su escuela, reconocer a los infieles un derecho natural de dominio privado y público, que les ponía teóricamente a salvo de un supuesto derecho natural de conquista por parte de los cristianos fundado en la infidelidad, que muchos defendían.⁴² Ya en el siglo XIII, en pleno medioevo, Santo Tomás (1224-1274) sostuvo que la ley humana debía quedar sujeta a la ley eterna que proviene de Dios. Sin embargo, esta respetuosa conceptualización,

⁴¹ Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Op. cit.*, p. 155.

⁴² Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 12.

predominante en la época, permitió a los monarcas justificar un poder ilimitado en tanto que asumían que recibían su mandato de Dios y sólo a él quedaban sujetos. Para Santo Tomás la ley es una “ordenación de la razón al bien común promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.”⁴³ De esta manera, elaboró el concepto de *bien común* como objetivo deseable de toda normativa promulgada por quien gobierna la vida social, con lo que estableció un límite impreciso para el ejercicio del poder político.

Posteriormente, el descubrimiento de América en 1492, al comportar grandes abusos y explotaciones para los indígenas, supuso motivo de reflexión sobre algunos aspectos de los derechos humanos, con las aportaciones de una fuerte corriente doctrinal que analizaremos más adelante. Valga dicha alusión sólo para constatar que la preocupación por los derechos de las personas estaba también presente en las culturas precolombinas: “Empezaban a enseñarles: cómo han de vivir, cómo han de respetar a las personas, cómo se han de entregar a aquello que es conveniente y recto, y huir con fuerza de la maldad, la perversión y la codicia” (Tradición azteca, siglo XV, México).

3. La Edad Moderna (1453-1789)

Son muchos los autores que coinciden en señalar que, independientemente de las aportaciones de la escolástica medieval, el comienzo de la historia de los derechos humanos, así como el origen ideológico de las declaraciones sobre los mismos se ubican en la Edad Moderna, época comprendida entre la caída del Imperio romano de Oriente y el fin de la monarquía absoluta en Francia. Entre quienes sostienen esta postura encontramos a Peces-Barba, quien sitúa el origen moderno de los derechos fundamentales justamente entre los siglos XVI y XVII, época en la que resaltan particularmente los textos que hablan sobre la tolerancia, como el *Edicto de Nantes*⁴⁴ y el *Acta de Tolerancia de Maryland*⁴⁵, que fijan “la

⁴³ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 1...*, Op. cit, p. 366.

⁴⁴ Documento promulgado por Enrique IV en 1598, en el que se reconoce la existencia de otra religión minoritaria en el marco de una misma sociedad política.

⁴⁵ Documento promulgado en la colonia católica de Maryland en 1649. Es el primer documento sobre esta materia emanado de una asamblea popular.

idea del respeto a la conciencia y la no-intervención coactiva del Derecho".⁴⁶ Asimismo Truyol y Serra evoca que "la conciencia clara y universal de tales derechos es propia de los tiempos modernos."⁴⁷

Lo cierto es que la modernidad marcó claramente las dos corrientes filosóficas principales que fundamentan el nacimiento del constitucionalismo: el iusnaturalismo clásico y el iusnaturalismo racionalista.⁴⁸ A manera de preámbulo del estudio de ambas corrientes, y en palabras de Celso Lafer, entendemos por derecho natural o iusnaturalismo aquél que:

abarca una elaboración doctrinaria sobre el derecho que (...) presenta vertientes de reflexión muy variadas y diferenciadas que no permiten atribuirle univocidad. Sin embargo existen algunas notas que permiten identificar en el término derecho natural, un paradigma de pensamiento: (...) a) la idea de inmutabilidad —que presume principios que, por una razón u otra, escapan a la historia y por eso pueden ser vistos como intemporales; b) la idea de universalidad de esos principios metatemporales (...); c) la idea de que los hombres tienen acceso a esos principios a través de la razón, de la intuición o de la revelación. Por eso los principios de derecho natural son dados y no creados por convención (...).⁴⁹

A) El iusnaturalismo clásico

La doctrina iusnaturalista clásica (realista) parte de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino y es reelaborada a partir de una ley natural objetiva, por la posición de la teología moral española de los siglos XVI y XVII. Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Bartolomé de las Casas, Fernando Vázquez de Menchaca y Francisco Suárez la desarrollan sistemáticamente en ocasión del descubrimiento de América y a propósito de la legitimidad de la Conquista y el trato que los españoles deben dar a los indígenas, lo cual supuso consecuencias de gran alcance para el derecho de gentes y el derecho de colonización.⁵⁰

Esta escuela, con Francisco de Vitoria (¿ -1546) a la cabeza, concibe una realización armónica de todo el orbe regido por el derecho a la comunicación, clave para la relación entre los hombres en lo ético y económico. A la vez, delimita

⁴⁶ Cfr. PECES-BARBA, G., *Op. cit.*, p. 134.

⁴⁷ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 12.

⁴⁸ Cfr. GENTILE, Jorge H., "Los derechos humanos de hoy", 2002, en www.profesorgentile.com.ar

⁴⁹ Cfr. LAFER, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos*, trad. Stella MASTRANGELO, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 39-40.

⁵⁰ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 13.

las condiciones para una guerra justa, como último acto de justicia punitiva, que sólo podía ser tal en tanto que defensiva.⁵¹ Francisco de Vitoria, a partir de 1526 y hasta su muerte en 1546, escribe en Salamanca sus *Reelecciones de Indis*, obra en la que incluye una serie de derechos que constituyen el principal fundamento ético para el establecimiento de un conjunto de derechos –que hoy denominamos humanos- por parte de la Corona española, y que culminan en las llamadas *Leyes Nuevas de las Indias* de 1542, y de un modo más matizado en las *Ordenanzas de descubrimiento*, de 1573.⁵² En ese sentido, Domingo de Soto (1494-1560), inmediato continuador de Vitoria, interpreta fielmente el pensamiento de Santo Tomás, especialmente en la teoría de la ley eterna y la ley natural, cuyo intelectualismo y objetivismo mantiene.⁵³

Por su parte, Fray Bartolomé de las Casas (1474-1566), en su obra *De Regia Potestate* esboza un pensamiento de trascendente valor programático y político, que ha llegado a considerarse precursor no sólo de la teoría actual de los derechos humanos, -centrado en los derechos de los pueblos-, sino también de la doctrina de la Teología de la Liberación.⁵⁴ De Acuerdo a Luciano Pereña, en el pensamiento de Fray Bartolomé están anunciados los derechos humanos y las garantías que con posterioridad serían reconocidos por las Constituciones e instrumentos internacionales. Algunos de esos derechos y garantías son los siguientes:⁵⁵

Con relación a los derechos: a) Nadie puede ser sometido a tratamientos inhumanos; b) Nadie puede ser coaccionado a aceptar una religión determinada; c) Por diferencias de religión o cultura nadie puede ser privado de su libertad personal ni de la posesión de sus bienes; d) Por derecho natural y de gentes, todos los bienes son comunes y pertenecen a la comunidad. Originariamente,

⁵¹ Cfr. ROVETTA KLYVER, F., *Hacia un modelo iberoamericano de derechos humanos a partir del siglo XVI*, Universidad Complutense, Madrid, 1990, p 73.

⁵² *Ibid.* pp. 74 y ss.

⁵³ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 2. Del Renacimiento a Kant*, Alianza Universidad, 11ª ed., Madrid, 1992, p. 94.

⁵⁴ Incluso, algún autor como Luciano Pereña, basándose en la gran riqueza de contenido de los textos de Fray Bartolomé de las Casas y en la actualidad de su pensamiento, ha elaborado, a partir fundamentalmente de la obra *De Regia Potestate*, una Carta de Derechos y Deberes del ciudadano.

⁵⁵ Cfr. PEREÑA VICENTE, Luciano, "La Carta de los Derechos Humanos, según Fray Bartolomé de las Casas", en *Estudios sobre Fray Bartolomé de las Casas*, Sevilla, 1974, pp. 293 y ss. Del mismo autor puede verse la obra *Los derechos civiles y políticos según Bartolomé de las Casas*, Editora Nacional, Madrid, 1974.

todas las cosas tienen una función social. La persona, sin distinción de raza, religión o cultura, tiene derecho a apropiarse de las cosas conforme a derecho; y e) Todo hombre tiene derecho a la paz y convivencia pacífica entre los ciudadanos.

Con relación a las garantías: a) El reconocimiento del principio *favor libertatis*: "en caso de duda se ha de sentenciar a favor de la libertad"; b) Nadie puede ser condenado, gravado o limitado en sus derechos a la vida, a la libertad o a los bienes particulares sin haber sido citado, oído y defendido; y c) Reconocimiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas: el ciudadano únicamente puede ser juzgado y condenado de acuerdo con las leyes.

Por su lado, Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) da al derecho natural una fundamentación radicalmente voluntarista. Para Vázquez, la ley es nociva cuando no responde a una utilidad social. Mientras está en vigor, obliga también al príncipe; y en materia de obligaciones el ciudadano podrá demandarle como si se tratase de un contrato entre particulares.⁵⁶

En cambio, Francisco Suárez (1548-1617) concibe la ley como un acto intelectual, en cuanto contiene determinaciones racionales encaminadas a ordenar la actividad de seres dotados de entendimiento; pero al mismo tiempo y considerada por el legislador, la ley supone un acto de voluntad que obliga a aquéllos a quienes va dirigida. La ley requiere dos cosas, moción y dirección, juicio recto de lo que se debe hacer (principio intelectual) y voluntad eficaz de mover a ello (principio volitivo).⁵⁷ Suárez –siguiendo a Aristóteles y a Santo Tomás– afirma que el derecho natural es una parte de la ley ética natural, el conjunto de preceptos relativos a la justicia natural. En términos más generales, el derecho se presenta como aquella parte del orden moral cuyo objeto es una virtud particular, la justicia, base de una convivencia honesta y pacífica inspirada en el bien común.⁵⁸ Un aspecto de especial interés en la filosofía jurídica de Suárez es el sentido histórico, ya evidente en la teoría de la ley natural de San Agustín, y por

⁵⁶ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 2...*, Op. cit., pp. 103-104.

⁵⁷ *Ibid.* p. 177.

⁵⁸ *Ibid.* p. 179.

virtud del cual la universalidad e inmutabilidad de los primeros principios de la ley natural se concilian con las exigencias cambiantes de la realidad social.⁵⁹

B) El iusnaturalismo racionalista

La corriente racionalista iniciada por Descartes y seguida por Leibniz, Espinoza y Kant, influirá en el pensamiento político del iusnaturalismo racionalista de Hugo Grocio, Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau y los filósofos del iluminismo,⁶⁰ que se inclinan por un derecho natural subjetivo, expresado por Kant al decir que “una persona no está sometida a otras leyes que a aquéllas que él se da a sí mismo” y por Rousseau cuando dice que el hombre debe “obedecerse sólo a sí mismo”.⁶¹

a) Grocio y el derecho natural y de gentes

En 1625, el jurista holandés Hugo Grocio (1583-1645) define en su libro *El derecho en la guerra y en la paz*, el concepto de derecho como una cualidad moral de la persona en virtud de la cual puede hacer o tener algo lícitamente. De este modo consolida la idea de que las personas son titulares de derechos. Grocio –considerado el fundador de la nueva escuela del derecho natural- aborda el problema de la ley permanente de un modo muy interesante. Si existe un derecho natural inmutable que establece lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, entonces ni el derecho voluntario del hombre, ni el derecho voluntario divino pueden cambiarlo. Grocio lo pone en estos términos: “Como Dios no puede hacer que dos y dos no sean cuatro, de la misma manera no puede hacer que aquello que por su intrínseca razón es malo, no sea malo.”⁶² En ese sentido, se trata de un orden de principios absolutos que Dios mismo no puede alterar. Para Grocio,

⁵⁹ *Ibid.* p. 178.

⁶⁰ Los pensadores de la Ilustración –de Montesquieu a Rousseau, de Beccaria a Voltaire- fundaron sus críticas al *ancien régime* sobre la base de la existencia de derechos inherentes a la naturaleza humana, a los que era preciso reconocer. Cfr. OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, Oxford University Press, 2ª ed., México, 2002, p. XIX.

⁶¹ Cfr. MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952, p. 101.

⁶² Cfr. ABBAGNANO, N., *Diccionario de Filosofía*, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., México, 2000, pp. 297-298.

el derecho natural consiste en lo que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza social del hombre.⁶³

Grocio afirmaba que la ley natural es parte de la ley divina y se funda en la naturaleza humana, que muestra un deseo por lograr la asociación pacífica con los demás y una tendencia a seguir los principios generales en la conducta. Por ello, la sociedad está basada de un modo armónico en la ley natural. A partir de Grocio, el énfasis del iusnaturalismo racionalista estará en encontrar esos principios básicos que determinan lo justo o lo injusto, independientemente de si Dios existe o no. Es por eso que ya no se busca una voluntad universal que creó una legislación universal inmutable, sino los mecanismos de la acción humana. De ahí que con Grocio se afirme la tendencia a construir *sistemas* de derecho natural universalmente válidos.⁶⁴

b) El iusnaturalismo contractualista

Los filósofos contractualistas afirman la existencia de derechos inherentes a la naturaleza humana. Para estas teorías filosóficas la libertad y la igualdad de los hombres no son un dato de hecho, sino un ideal por perseguir; no una existencia, sino un valor; no un ser, sino un deber.⁶⁵ Los contractualistas fundan los derechos humanos en el contrato, expresado por la Constitución, entre las diversas fuerzas políticas y sociales.⁶⁶

El contractualismo será la teoría básica para explicar la protección de los derechos humanos a partir de entes libres e individuales. La sociedad que plantea el contractualismo es absolutamente individualista, cuyo supuesto básico es que en el estado natural todos los hombres son libres, pero que deben pactar entre ellos para que su vida mejore y puedan subsistir. Según el iusnaturalismo contractualista la libertad, como derecho subjetivo, es ante todo independencia, o sea potestad de querer sin impedimentos, potestad reivindicable por un individuo,

⁶³ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, Alianza Universidad, 3ª ed., Madrid, 1988, p. 203.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Cfr. BOBBIO, Norberto, "Presente y porvenir de los derechos humanos", en *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 67.

⁶⁶ Cfr. BOBBIO, Norberto y otros, *Diccionario de Política*, Siglo XXI, 12ª ed., México, p. 459.

sea contra el Estado sea contra otro individuo, cuando éstos se sustraen al orden jurídico vigente.⁶⁷ Esto implica que todo derecho en una sociedad de este modo pactada, conlleva deberes. A partir de esta tesis, el Estado es un elemento indispensable para lograr la libertad. El problema es cómo debe estar constituido ese Estado y cuáles derechos debe reconocer como sus límites.

En el siglo XVII Tomas Hobbes (1588-1679) retoma la idea de que los individuos tienen derechos y esboza la teoría contractualista que busca una justificación del poder del Estado que viene de los individuos, quienes poseen derechos fundados en la razón. Hobbes parte de la idea de que los individuos poseen *natural rights*. Para Hobbes el derecho natural de los individuos es el derecho a sobrevivir. En virtud de que el estado de naturaleza es caótico, los más fuertes se imponen sobre los débiles, por lo que el hombre se tiene que asociar. Hobbes sostiene que el derecho surge propiamente del Estado y que por ende no hay injusticia donde no hay ley. Con su rigurosa vinculación del derecho al Estado, se erige como uno de los máximos definidores del positivismo jurídico. Para Hobbes la autoridad, no la verdad, es la creadora de la ley, esbozando así una concepción voluntarista opuesta al intelectualismo tomista o grociano.⁶⁸

Por su parte, John Locke (1632-1704), considerado por muchos el padre de los derechos fundamentales y fundador del iusnaturalismo moderno, señala que el hombre tiene una naturaleza *caída*, como consecuencia del pecado original. Los hombres en el estado de naturaleza viven en situación de relativa felicidad.⁶⁹ En su *Tratado sobre el gobierno* señala que existe un estado de naturaleza en el cual el individuo posee ciertos derechos básicos, consubstanciales al hombre. El hombre tiene, en cuanto tal, derechos por naturaleza que nadie, ni siquiera el Estado, le puede sustraer y que ni él mismo puede enajenar.⁷⁰ Al mismo tiempo, reconoce que lo único que falta es la garantía del respeto de esos derechos y eventualmente de la eficacia de la sanción. Esta garantía surge con la sociedad civil, cuando los individuos se desprenden de una parte de sus derechos naturales

⁶⁷ Cfr. BALDASSARRE, A., "Voz Libertà", en Enciclopedia Giuridica, Roma, Treccani, Vol. XIX, p. 3.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 223-224.

⁶⁹ Cfr. LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1969, pp. 67-72.

⁷⁰ Cfr. OVALLE FAVELA, José, *Op. Cit.*, p. XIX.

mediante el *contrato original*, limitando así el alcance inmediato de esos derechos, con aras a obtener mayor efectividad.⁷¹

Locke afirma que para preservar y disfrutar mejor estos derechos se debe formular un contrato. En este nuevo pacto social –distinto al de Hobbes y al de Rousseau–, los hombres no entregan la totalidad de los derechos individuales. La única atribución que los hombres entregan a ese Estado político es la de repeler, mediante la fuerza, la agresión ajena. Según Locke, el verdadero estado del hombre no es el estado civil sino el natural, o sea el estado de naturaleza en el que los hombres son libres e iguales; el estado civil es una creación artificial que no tiene otro objetivo que permitir la más amplia expresión de la libertad y la igualdad naturales.⁷²

Para Rousseau (1712-1778), el hombre nace libre, su ser específico se caracteriza por el libre albedrío, circunstancia que hace posible la moralidad y la virtud. En su contrato social, Rousseau pretende que haya una justicia colectiva hecha de la voluntad general.⁷³ Asimismo, en su *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), Rousseau advierte dos tipos de desigualdades: la natural o física –que resulta de diferencias de edad, salud, aptitudes intelectuales, etcétera– y la moral o política –consistente en privilegios de unos sobre otros, y que es de institución humana. Para Rousseau, el problema de la desigualdad entre los hombres estriba en la aparición, consolidación y posible eliminación de la segunda.⁷⁴ La voluntad general significa la subordinación del derecho de cada uno al que la comunidad tiene sobre todos y aclara que el fin del Estado no es ofrecer un sustituto a la libertad natural, sino que es, en definitiva, otra forma de libertad que garantiza al individuo los mismos derechos.

⁷¹ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 2..., *Op. cit.*, p. 252.

⁷² Cfr. BOBBIO, Norberto, *Presente y porvenir de los derechos del hombre*, *Op. cit.*, p. 19.

⁷³ Cfr. ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1992, pp. 32-53.

⁷⁴ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 2..., *Op. cit.*, p. 347.

C) Los modelos históricos de aparición de los derechos humanos

De manera paralela a la evolución del pensamiento, las tendencias historiográficas contemporáneas proponen la existencia de tres modelos históricos de aparición de derechos humanos que tendrían lugar a partir del siglo XVII y que se corresponden con las tres grandes líneas de evolución de estos derechos: a) el modelo inglés, b) el modelo francés, y c) el modelo de las colonias inglesas de América del Norte.

Dichos modelos coinciden con los tres tipos de sistemas constitucionales vigentes que reconoce el Derecho constitucional actual: a) el sistema inglés, el más antiguo, caracterizado por la ausencia de una constitución escrita; b) el sistema denominado continental, que consta de una constitución escrita, pero cuya defensa no se encuentra en manos del aparato judicial (la Constitución francesa, por ejemplo); y c) el sistema americano, donde la Constitución escrita es sostenida por la capacidad del Poder Judicial para declarar inconstitucionales las leyes emanadas del Poder Legislativo.⁷⁵

Nótese que esos modelos históricos reflejan que las demandas de derechos humanos fueron, como señala Donnelly "literalmente revolucionarias", en tanto que surgieron de reclamos sociales cuyo objetivo principal era impugnar o cambiar las instituciones, prácticas o normas existentes.⁷⁶ La influencia de estos modelos, a los que Peces-Barba denominó la fase de *positivación* de los derechos humanos,⁷⁷ es constatada por el hecho de que los derechos y libertades fundamentales por ellos recogidos han pasado a través de su copia y adaptación, a estar presentes en la órbita constitucional de los diferentes estados en los dos siglos siguientes.⁷⁸

⁷⁵ Vid. LOUSTEAU HEGUY, Guillermo, *Democracia y control de constitucionalidad. Los fundamentos filosóficos de la Judicial Review*, Dunken, Buenos Aires, 2002, p. 34.

⁷⁶ Cfr. DONNELLY, Jack, *Derechos humanos universales. En teoría y en la práctica*, trad. Ana Isabel Stellino, Gernika, 2ª ed., México, 1998, pp. 30-31.

⁷⁷ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, *Derecho positivo de los derechos humanos*, *Op. cit.*, pp. 13-14.

⁷⁸ Cfr. DUCHACEK, I. D., *Derechos y libertades en el mundo actual*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1976, p. 43.

Cabe señalar que los dos primeros modelos son el resultado de dos tipos de aparición del Estado en Europa: el insular (inglés) y el continental (francés), los cuales tienen en común un proceso de desarrollo del Estado moderno bajo el signo del absolutismo monárquico, por paternal, el cual unido al creciente relajamiento de los vínculos estamentales y del poder eclesial, trajo como consecuencia el planteamiento en términos nuevos del problema de la limitación del poder del Estado, que en una primera fase era prácticamente el poder de la Corona, en su relación con los súbditos en cuanto individuos.⁷⁹ Podemos anticipar que las declaraciones de derechos humanos de esa época, son elaboradas con el fin de limitar el poder absolutista monárquico, que era un sistema político en el que se confería todo el poder a un solo individuo. De manera que las limitaciones de nuestro moderno derecho constitucional nacen precisamente en oposición a esta concepción absolutista, cuyo mejor ejemplo se encuentra, quizá, en el reinado de Luis XIV de Francia (1643-1715), quien con su declaración "*L'Etat c'est moi*" resume con precisión el concepto del derecho divino de los reyes.⁸⁰

Sin embargo, la diferencia entre estos modelos radica en que mientras el proceso en Inglaterra se caracteriza por una evolución gradual y continúa, el proceso en Francia implica una revolución violenta y de ruptura. Además, mientras en el inglés, el poder se centra en el Parlamento y se expresa en el *common law*, en el francés se propone una división de poderes, una Constitución escrita y una declaración solemne de los derechos del hombre. Por otro lado, como características básicas comunes de las declaraciones de derechos humanos promulgadas en el marco de los modelos inglés, francés y norteamericano, se pueden señalar: la destrucción de las bases que sustentaban el complejo de los derechos medievales y el nacimiento de nuevos supuestos de índole ideal y social.⁸¹

De hecho, desde el comienzo, estas declaraciones sólo pudieron ponerse en práctica con una constante apelación a la violencia o coacción armada contra quienes resultaban desfavorecidos en tales circunstancias. Bajo esta óptica, el

⁷⁹ Vid. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, Op. cit., pp. 13-14.

⁸⁰ Cfr. "Absolutismo", Enciclopedia Microsoft Encarta 2003, 1993-2002, Microsoft Corporation, 2003, [s. p.].

⁸¹ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1950, p. 126.

belicismo es un tercer elemento común a los tres modelos propuestos.⁸² Por la importancia de su estudio, a continuación señalaremos los caracteres específicos de las declaraciones inglesas, angloamericanas y francesas.

a) Las declaraciones inglesas

En Inglaterra, la llamada Revolución Gloriosa de 1688 representa la consolidación del liberalismo político –que afirmaba la existencia de derechos individuales- y la culminación del proceso de fragmentación del poder absoluto que comienza en 1215, al suscribirse la *Carta Magna*.

Cabe mencionar también lo que para muchos constituyen los primeros textos constitucionales en sentido instrumental: el *Agreement of the people*, elaborado por el Consejo de Guerra de Cromwell, en 1647. Si bien no alcanzó a ser sancionado, su importancia proviene del hecho de haber distinguido entre principios fundamentales y no fundamentales, siendo los primeros aquellos derechos inalienables de la nación misma, a los que no puede afectar un Parlamento limitado. De ese *Agreement* surgió el *Instrument of Government*, de 1653, que sostiene la conveniencia de un instrumento fundamental, escrito, permanente e inalterable, que limite las facultades de las instituciones públicas.⁸³

A decir de Antonio Truyol, “en el campo jurídico-positivo y constitucional el papel de vanguardia corresponde a Inglaterra. Tres grandes documentos de su historia constitucional pertenecen hoy, por la influencia que ejercieron, a la historia universal del Estado de Derecho. El *Petition of Rights* de 1628, el Acta de *Hábeas Corpus* de 1679 y la *Declaration of Rights* de 1689.”⁸⁴

El *Petition of Rights* protege los derechos personales y patrimoniales y expresa la existencia de una libertad civil frente a un poder monárquico limitado; el Acta de *Hábeas Corpus* establece que la detención de una persona no podía ser realizada sin previo mandamiento judicial y obligaba a someter a la persona

⁸² Cfr. ROVETTA KLYVER, F., *Op. cit.*, p. 40.

⁸³ Cfr. LOUSTEAU HEGUY, GUILLERMO, *Op. cit.*, pp. 33-34.

⁸⁴ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, *Op. cit.*, pp. 16-17.

detenida al juez ordinario dentro del plazo de veinte días, al tiempo que garantizaba la protección al ciudadano de sus bienes; y el *Bill of Rights* –además de confirmar los derechos ya consagrados en los textos anteriores- instaura el derecho a la libertad de culto y de expresión; establece el principio de legalidad, faculta ampliamente al Parlamento, y prohíbe al rey suspender o dispensar leyes.⁸⁵

Como podemos apreciar, estos documentos constituyen auténticas normas jurídico-positivas y no meras declaraciones de derechos en sentido estricto. Asimismo, son normas de rango constitucional consuetudinario que en este sentido constituyen la referencia de interpretación y aplicación de cualquier otra norma. Igualmente, estos documentos recogen derechos procedentes del derecho consuetudinario inglés, remontándose su origen a textos medievales como la *Carta Magna*, con la diferencia de que en las declaraciones de esta época el reconocimiento de derecho no se refiere a determinado grupo de personas, sino que es generalizado.

Dichos instrumentos, por representar el triunfo del Parlamento sobre la Corona, suponen que todos los poderes, incluido el poder real, deben estar sometidos a la ley dada por el Parlamento; asimismo, reconocen el papel de los jueces como elemento esencial de protección de los derechos humanos, al tiempo que reconocen una serie de garantías entre las que destaca el *Habeas Corpus*.

En estas primeras declaraciones se reivindican esencialmente garantías de tipo político, partiendo de la limitación a los poderes del soberano y el reconocimiento de los individuos como poseedores de ciertos derechos ante el Estado. En ese sentido, tanto el *Petition of Rights* como el *Bill of Rights* marcan la transición entre el antiguo sistema de derechos estamentales y los modernos derechos individuales.

⁸⁵ *Idem*.

b) Las declaraciones angloamericanas

Por su parte, podemos señalar que si bien las características de las declaraciones angloamericanas en buena medida responden a las propias de las inglesas -de las que derivan directamente-, su redacción también atiende a las circunstancias peculiares de las colonias americanas. En ese sentido, aparecen como especialmente significativos algunos derechos, como es el caso del derecho a la libertad religiosa.

Además, tanto la Revolución americana como la francesa introdujeron la Constitución escrita como un instrumento esencial de gobierno, de manera tal que los constitucionalistas suelen hacer coincidir el inicio del constitucionalismo moderno con la Constitución dictada en Filadelfia en 1787.⁸⁶

Los principales textos angloamericanos son los siguientes:

- a) La Declaración más importante, por su influencia posterior y por ser "la primera que contiene un catálogo específico de derechos del hombre y del ciudadano,"⁸⁷ es la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*,⁸⁸ del 12 de junio de 1776, cuyos caracteres básicos son los siguientes:⁸⁹ 1. Muchos de sus artículos especifican los principios básicos del gobierno: la igualdad humana (cláusula I), el derecho a reformar, cambiar o abolir un gobierno que se considere inadecuado (cláusula III), el poder deriva del pueblo (cláusula II), el reconocimiento del principio de división de poderes (cláusula V) y la superioridad del poder civil sobre el militar (cláusula XIII); 2. El resto de los artículos exponen una lista de derechos y garantías, entre los que encontramos: el derecho al sufragio (cláusula VI); la libertad de prensa (cláusula XII), el derecho a la

⁸⁶ Cfr. LOUSTEAU HEGUY, Guillermo, *Op. cit.*, p. 34.

⁸⁷ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 17.

⁸⁸ Redactada por el agricultor-abogado George Mason. Dicha Declaración sirvió de modelo para la Declaración de Derechos de otros Estados, para la Declaración de Derechos Federal de 1791 y para la famosa Declaración adoptada por la Francia Revolucionaria en 1789: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

⁸⁹ Cfr. CLAUDE, R.P., "The Western Tradition of Human Rights in Comparative Perspective" en *Comparative Juridical Review*, Vol. XIV, Coral Gables, Florida, 1977, pp. 28-29.

libertad de religión (cláusula XVI); e introduce la idea del derecho a la felicidad (cláusula I) y 3. Se incluyen también algunas garantías en materia penal, tales como la garantía del acusado a no ser obligado a incriminarse a sí mismo (cláusula VIII); el derecho a ser informado sobre la naturaleza y causa del arresto (cláusula VIII); el derecho a un juicio rápido con un jurado imparcial (cláusula VIII); así como la prohibición a las penas crueles (cláusula IX).

- b) La *Declaración de Independencia*, proclamada el 4 de julio de 1776, da por supuestos ciertos “derechos inalienables”, entre los que sólo destacan expresamente los relativos a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.⁹⁰ Asimismo, dicha Declaración asienta que: “Sostenemos como verdades individuales que todos los hombres nacen iguales, que a todos les confiere su creador ciertos derechos que son inalienables (...) Que para garantizar estos derechos, los hombres instituyen gobiernos que derivan sus poderes del consentimiento de los gobernados.”
- c) La *Constitución Americana*, escrita en Filadelfia en 1787, en sus siete concisos artículos, establece un serie de garantías, entre las que se encuentra una garantía para la libertad personal apoyada en el *Hábeas Corpus*, la seguridad de ser juzgado mediante un juicio con jurado, y la prohibición de mandamientos de confiscación y leyes *ex post facto* y
- d) La *Declaración de Derechos Federal*, formulada por James Madison en 1791, dispone, entre otras cosas:⁹¹ la libertad de culto; el derecho de reunión; el derecho a la indemnización en caso de daños producidos por el gobierno; la prohibición al Congreso de establecer una religión particular; la garantía de juicios civiles con jurado y la repetición de los grandes derechos dentro del proceso criminal

⁹⁰ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, Op. cit., p. 17.

⁹¹ Cfr. CLAUDE, R. P., Op. cit., p. 29.

asegurados por la *Declaración de Virginia*, añadiendo además, el derecho a contar con un abogado defensor y reconocimiento del principio de derecho "*Non bis in idem*".

Para García Pelayo:

las primeras tablas de derechos en sentido moderno son los *bills* de las colonias americanas al separarse de la metrópoli. Aunque evidentemente influidos por el sistema del *common law* británico, y representando en muchos aspectos una decantación del mismo, las declaraciones americanas significan, con todo, algo nuevo en la historia, pues no se apela al derecho histórico ni a la tradición, sino a los derechos de la naturaleza humana y de la razón; no aparecen como emanación de un orden concreto, sino como supuesto de todo orden (...).⁹²

Por su parte Pedro Nikken sostiene que es en virtud de las primeras manifestaciones concretas de declaraciones de derechos individuales con fuerza legal, fundadas sobre el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano, derivadas de las revoluciones de independencia norteamericana e iberoamericana; que

el tema de los derechos humanos, más específicamente el de los derechos individuales y las libertades públicas, ingresó al derecho constitucional. Se trata (...) de un capítulo fundamental del derecho constitucional, puesto que el reconocimiento de la intangibilidad de tales derechos implica limitaciones al alcance de las competencias del poder público. Desde el momento que se reconoce y garantiza en la constitución que hay derechos del ser humano inherentes a su misma condición, en consecuencia, anterior y superiores al poder del Estado, se está limitando el ejercicio de éste, al cual le está vedado afectar el goce pleno de aquellos derechos.⁹³

c) Las declaraciones francesas

Como hemos visto, los derechos así proclamados y protegidos no pasaban de ser derechos de los ciudadanos ingleses o norteamericanos. Sin embargo, la filosofía jurídica de Locke les confirió, con la fundamentación iusnaturalista, un alcance universal. A ello se debe que se convirtiesen en derechos del hombre en general en las nuevas formulaciones que les dieron las declaraciones surgidas de la Revolución americana, y más aún de la francesa.⁹⁴

⁹² Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Op. cit.*, p. 131.

⁹³ Cfr. NIKKEN, Pedro, *El concepto de derechos humanos*, *Op. cit.* p. 3

⁹⁴ Vid. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 17.

Respecto a las declaraciones francesas, podemos mencionar como la principal a *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, del 26 de agosto de 1789, precedida sintomáticamente por la abolición del feudalismo en la famosa noche del 4 de agosto, misma que se convirtió para Europa en el punto de partida de toda la evolución posterior en materia de derechos y libertades del hombre. Su influencia fue especialmente intensa en la Constitución de Cádiz de 1812, y en la que se dio Bélgica al acceder a la independencia en 1831, incluyendo por cierto nuevos derechos.⁹⁵

En tanto que los textos británicos y norteamericanos no enfatizaron demasiado en los derechos sino que se ocuparon más de los medios para hacerlos efectivos, la Declaración francesa fue mucho más amplia, clara y precisa en el reconocimiento de los derechos humanos y se convirtió en un modelo para la gran mayoría de las constituciones occidentales, entre ellas las mexicanas de 1857 y 1917.⁹⁶

Como apunta Bobbio, fueron los principios de la Declaración francesa de 1789 “los que constituyeron durante un siglo y más una fuente ininterrumpida de inspiración ideal para los pueblos en lucha por su libertad, y al mismo tiempo el principal objetivo de escarnio y de desprecio por los reaccionarios de todas las confesiones y facciones (...)”⁹⁷ Ahora bien, dicha Declaración posee un elevado sentido individualista, cuyo núcleo lo constituye su artículo 2º: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

Esta Declaración consta de 17 artículos en los que en fórmulas casi esquemáticas se condensan los derechos individuales y una serie de garantías. Los derechos por ella reconocidos son, fundamentalmente: la propiedad, la libertad, la seguridad, la libertad de expresión y la libertad de conciencia y de religión. En cuanto a las garantías, esta Declaración reconoce el principio de

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ Cfr. OVALLE FAVELA, José, *Op. cit.*, p. XIX.

⁹⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Op. cit.*, p. 172.

legalidad de los delitos y las penas y la resistencia a la opresión. Asimismo, se asienta que la soberanía reside en el pueblo, los ciudadanos deben elegir libremente a sus representantes, los hombres nacen libres e iguales, y los poderes deben separarse y no concentrarse en uno solo

Cabe señalar que –bajo el supuesto de que los ciudadanos son seres racionales- esta Declaración “había realizado una síntesis entre derechos naturales y derechos nacionales mediante el sometimiento de todos los individuos a la soberanía de la Nación”.⁹⁸ Esta Declaración se puso a la cabeza, como parte dogmática, de la Constitución francesa de 1791. En adelante, la mayor parte de las Constituciones se dividieron en dos partes: dogmática (declaraciones de derechos) y orgánica (organización, actuación y relaciones entre los poderes u órganos esenciales del Estado).

Asimismo, podríamos mencionar la Declaración francesa de 1793 (colocada frente a la Constitución del año I), por la importancia que ésta tiene en tanto que asume un carácter menos individualista y más social en nombre de la fraternidad. Influenciada por Robespierre, que a su vez se inspiró en Rousseau, esta Constitución era mucho más democrática que la anterior de 1791, y en ella se hablaba de tres *nuevos* derechos de contenido social: los relativos al trabajo y medios de existencia, la protección contra la indigencia y la instrucción. Derechos cuya realización se encomendaba a la sociedad y no al Estado.⁹⁹ Asimismo, en la Declaración de 1795, junto a los derechos son precisados también los deberes, anticipando así una tendencia que tomará cuerpo posteriormente.¹⁰⁰

⁹⁸ Cfr. FAURÉ, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 31.

⁹⁹ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁰ Cfr. BOBBIO Norberto y otros, *Diccionario de Política*, *Op. cit.*, p. 459: Piénsese en los *Doveri dell'uomo*, de Manzini. También la Constitución italiana lleva como título de la primera parte “Derechos y deberes de los ciudadanos”.

4. La Edad Contemporánea

A) La internacionalización

En palabras de Pedro Nikken “un capítulo de singular trascendencia en el desarrollo de la protección de los derechos humanos es su internacionalización,” la cual responde a una “consecuencia natural” de la inherencia de estos derechos.¹⁰¹ Ahora bien, las primeras manifestaciones tendientes a establecer un sistema jurídico general de protección a los seres humanos no se presentaron en lo que hoy se conoce, en sentido estricto, como del derecho internacional de los derechos humanos, sino en el denominado derecho internacional humanitario.¹⁰² En ese sentido, es el derecho de los conflictos armados -que persigue contener los imperativos militares para preservar la vida, la dignidad y la salud de las víctimas de la guerra- el que contiene el germen de la salvaguardia internacional de los derechos fundamentales.¹⁰³ Sin embargo, lo que en definitiva produjo la internacionalización de los derechos humanos fue “la conmoción histórica de la II Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas. La magnitud del genocidio puso en evidencia que el ejercicio del poder público constituye una actividad peligrosa para la dignidad humana, de modo que su control no debe dejarse a cargo, monopolísticamente, de las instituciones domésticas, sino que deben construirse instancias internacionales para su protección.”¹⁰⁴

La magnitud del desastre de la Primera Guerra Mundial induce a las grandes potencias a crear una asociación internacional que garantice la paz mundial, la integridad de los territorios y la independencia de la política de los estados. En abril de 1919, la Asamblea Plenaria de la Conferencia de Versalles aprueba el reglamento orgánico de la *Sociedad de Naciones*, el cual constituye la Parte I del Tratado de Versalles. Aun cuando la *Sociedad de Naciones* no llegó a alcanzar la

¹⁰¹ Cfr. NIKKEN, Pedro, *Op. cit.*, p. 3.

¹⁰² *Ibidem*. Por su parte Jorge Gentile va más allá, al establecer que la internacionalización de los derechos humanos que se da en el siglo XX, se caracteriza por la convergencia de tres vertientes protectoras de la persona y sus derechos, de orígenes históricos diferentes: a) el Derecho internacional de los refugiados, b) el Derecho internacional humanitario y c) los derechos humanos que vienen de las Constituciones y del derecho interno de los Estados y que se proclaman en la Carta de las Naciones Unidas de 1945. Cfr. GENTILE, Jorge Horacio, “Los derechos humanos de hoy”, 2002, en www.profesorgentile.com.ar

¹⁰³ *Idem*. Así pues, podemos encontrar en la *Convención de La Haya de 1907* y en su anexo el antecedente de la internacionalización de la protección de los derechos humanos.

¹⁰⁴ *Idem*.

efectividad deseada, sí constituyó un cierto progreso al régimen de protección de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas. Sin embargo, mayor importancia para el desarrollo de los derechos humanos tendría a largo plazo la Organización Internacional del Trabajo, instituida en la Parte XIII del Tratado de Versalles y transformada hoy en organismo especializado de las Naciones Unidas.¹⁰⁵

Ahora bien, la evolución de los derechos humanos entre las dos guerras mundiales tenía que reflejar las tremendas tensiones políticas, sociales e ideológicas que caracterizan esa época. El auge de los autoritarismos y totalitarismos significó, en mayor o menor grado, un eclipse de los derechos individuales.¹⁰⁶ Sin embargo, la crisis producida tras la Segunda Guerra Mundial trajo consigo importantes consecuencias, entre ellas, la constatación de la insuficiencia de las normas y mecanismos internos de los estados para proteger los derechos humanos. Esta situación origina que a partir de finales de la década de los años cuarenta, se empiecen a adoptar una serie de declaraciones y acuerdos internacionales con el objetivo de establecer mayores garantías para los derechos de la persona, dando nacimiento al denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, disciplina que al mismo tiempo generó un fuerte impacto en los ordenamientos jurídicos estatales, que vieron en los instrumentos internacionales de derechos humanos una importante fuente de inspiración para la redacción de los nuevos textos constitucionales de finales del siglo XX.¹⁰⁷

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, varios países sintieron la necesidad de unirse en una organización supraestatal que garantizara el respeto y la dignidad de las personas y que evitará la repetición de hechos tan lamentables como el fenómeno de discriminación y genocidio que se dio en la Alemania nazi, y que alteró para siempre el modo en el que los derechos humanos serían concebidos. El exterminio sistemático de millones de personas no podía ser visto más como un asunto de política interna. Por lo tanto, la soberanía no pudo, en

¹⁰⁵ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, *Op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁶ *Idem*, pp. 23-24.

¹⁰⁷ Cfr. Red de información jurídica sobre derechos humanos. Concepto y progresivo reconocimiento, Perú, en www.cajpe.org.pe/guia/conce.htm

adelante, ser pensada como una barrera para evitar que el mundo intervenga para detener tal tipo de masacres.¹⁰⁸

Este giro en la concepción de los derechos humanos es de trascendental importancia porque es la base de la que parten todos los esfuerzos que vemos actualmente por ampliar el ámbito protector del ser humano, no como algo que deba ser instrumentado de modo aislado por cada Estado, sino como una política internacional prioritaria en la que todos los países están envueltos. Es así que el 26 de junio de 1945 se firma en San Francisco la Carta fundacional de *La Organización de las Naciones Unidas* integrada en ese entonces por 51 estados. En palabras de Antonio Truyol:

hasta la Carta de la Organización de las Naciones Unidas no encontramos un reconocimiento internacional de principio de los derechos humanos. Este es indiscutiblemente uno de los méritos históricos de la Carta. Y lo es a pesar de que tal reconocimiento sólo tiene lugar de manera parcial. La Carta, en efecto, se limitó a formular el principio de una protección, más aun, de una promoción internacional de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin desarrollarlo por medio de normas concretas.¹⁰⁹

La Carta de las Naciones Unidas reanuda, tras el desastre de la Segunda Guerra, el mensaje de profunda fe en la dignidad del ser humano. Haciendo esta proclamación se compromete a promover "*el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y a lograr la efectividad de tales derechos y libertades*" (Artículo 55.c). En ese sentido, el artículo 56 de la misma Carta dispone que "*todos los miembros se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consagrados en el artículo 55.*"

Debe precisarse el hecho de que si bien –como hemos visto– no es sino hasta épocas recientes que se promueve el respeto universal de los derechos humanos, la universalidad de estos derechos como connotación de los mismos, es tal desde que el hombre existe. En otras palabras, la universalidad de los derechos fundamentales es verdadera desde antes de que gozaran del

¹⁰⁸ Cfr. MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *Op. Cit.*, p. 21.

¹⁰⁹ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos, Op. cit.*, p. 27.

asentimiento universal. En resumen, no puede eludirse el hecho de que la Carta rompió con el principio de que un Estado podía tratar a sus súbditos a su arbitrio, y lo sustituyó por el principio de que la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales constituye una cuestión esencialmente internacional.¹¹⁰

Con el transcurso del tiempo se incorporan a diversos instrumentos internacionales los llamados derechos económicos y sociales, los cuales buscan posesionar a todos los individuos en condiciones de igualdad frente al Estado, exigiéndole prestaciones del mismo.¹¹¹ Estos nuevos derechos se plasman en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones, en plena época de enfrentamiento entre las potencias occidentales y la Unión Soviética, lo que se denomina *Guerra Fría*.

En este ambiente de enorme tensión internacional tendrá lugar, el 10 de diciembre de 1948, la histórica sesión de la ONU para la aprobación –por 48 votos a favor y 8 abstenciones- de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, cuyo preámbulo parte de la idea de que los derechos fundamentales tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana (apartados 1 y 5, confirmados por el artículo 1). Razón por la cual corresponden a todos los miembros de la familia humana derechos iguales e inalienables (apartado 1, confirmado por el artículo 2). Tales derechos han de ser protegidos por un régimen de derecho para que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión (apartado 3).¹¹² De lo anterior se desprende que la Declaración Universal reconoce iguales derechos para todos los miembros de la familia humana, al tiempo que encuentra la raíz de los derechos humanos en la dignidad y el valor de la persona humana.¹¹³

¹¹⁰ Cfr. VERDROSS, A., *Derecho internacional público*, trad. A. TRUYOL Y SERRA, 4ª ed., Madrid, Aguilar, 1963, p. 505. En ese sentido, recuérdese que varias de las condenas de los juicios de Nuremberg -fenómeno jurídico de enorme relevancia para la creación del sistema actual de los derechos humanos- fueron recogidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹¹¹ Antonio Truyol y Serra precisa que entre los siglos XIX y XX las reivindicaciones de tipo económico y social son dirigidas por los grupos marxistas y socialistas, quienes en un intento de réplica de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, elaboran en 1918 la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador. Asimismo, se encuentran la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919, que fueron pioneras. Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, *Op. cit.*, pp. 11-41.

¹¹² Vid. VERDROSS, A., *Op. cit.*, pp. 505-506, Apud. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Op. cit.*, pp. 29 y 30.

¹¹³ *Ibid.* p. 30: En cuanto a los derechos enumerados en la Declaración Universal, pueden dividirse en varios grupos: El primero comprende una serie de *derechos relativos a la libertad*: prohibición de la esclavitud, de la tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, de las detenciones y destierros arbitrarios, de las leyes penales con efectos retroactivos, de las restricciones a la libertad de movimiento y a la salida de cualquier país, incluso el propio, o al regreso al

Con esta Declaración comienza, por primera vez la afirmación de los derechos con carácter universal y positivo. Universal, como dice Bobbio, en el sentido de que ya no sólo son destinatarios de los principios allí contenidos los ciudadanos de un determinado Estado, sino toda la humanidad. Positiva en el sentido de que pone en marcha un proceso –aun sin concluir- de concreción y garantía universal de los derechos, en cuya culminación los derechos humanos no sólo serían proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola.¹¹⁴ En la Declaración Universal se empieza a apuntar el valor solidaridad, fundamento y base de los derechos de los pueblos, como derecho fundamental prioritario en el momento actual. Así en el artículo 1 se afirma el deber de cumplimiento, con carácter de universalidad, del valor de solidaridad: *“Todos los seres humanos (...) deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”*

Igualmente, la Declaración reconoce no sólo a la persona individual, sino también a grupos sociales enteros como sujetos de derechos humanos, al tiempo que su valor vinculante ha sido reconocido explícitamente por parte de algunas declaraciones internacionales, entre las que se encuentran la *Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales* de 1968, la cual establece en su artículo 7 que *“todos los Estados deben observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”*; la *Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial*, adoptada por la Asamblea General en 1963, que establece

propio país, de la privación arbitraria de la nacionalidad, y de la privación arbitraria de la propiedad, incluye también la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de opinión y de expresión, con la subsiguiente de información, y la libertad de reunión y de asociación pacíficas, que incluye el que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. Un segundo grupo es el de los *derechos procesales y políticos*: el deber de los Estados de conceder a todos por igual y sin distinción una protección legal por medio de tribunales independientes, debiéndose presumir la inocencia de toda persona acusada mientras no se demuestre su culpabilidad, el derecho de sufragio universal igual y a la participación en el gobierno del país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos, pues la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público. Un tercer grupo es el de los *derechos sociales*: el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo y a una remuneración equitativa, al descanso, a la protección contra el paro forzoso y la enfermedad, y muy especialmente el derecho de libre sindicación, el derecho a la educación en orden al pleno desarrollo de la personalidad humana, el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad y el derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración se hagan plenamente efectivos.

¹¹⁴ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, Op. cit, p. 16.

en su artículo 10: “*Todos los Estados deben (...) cumplir plena y fielmente las disposiciones (...) de la Declaración Universal de Derechos Humanos (...)*”.¹¹⁵

Cabe señalar que en el ámbito americano, con meses de anterioridad fue aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. A la Declaración Universal le han seguido un amplio número de declaraciones y convenciones de carácter internacional, entre las que podemos señalar: la *Declaración de Derechos del Niño*, de 1959; la *Convención sobre los Derechos Políticos de la mujer*, de 1959; la *Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (1969), la *Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes* (1984), la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989), entre otros.

De acuerdo con Pérez Luño, los nuevos desafíos de los derechos humanos significan una ampliación y actualización del contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.¹¹⁶ Ello determina, como dice Bobbio, la necesidad de actualizar continuamente el contenido de la Declaración, articulándolo, especificándolo, vigorizándolo, de tal modo que no cristalice y se vuelva rígido en fórmulas tanto más solemnes cuanto vacías.¹¹⁷ La Declaración Universal es el primer sistema de principios y valores esenciales aceptados y reconocidos por la mayor parte de los hombres que habitan la Tierra, a través de sus gobiernos respectivos. Representa la conciencia histórica que la humanidad tiene de sus propios valores fundamentales en la segunda mitad del siglo XX: “*Es una síntesis del pasado y una inspiración para el porvenir; pero sus tablas no han sido esculpidas de una vez para siempre*”.¹¹⁸ La Declaración Universal -cuya existencia se debe en gran medida a la determinación de organizaciones no gubernamentales, conjuntamente con un número de países pequeños,

¹¹⁵ Cfr. NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1987, pp. 272 y ss.

¹¹⁶ Cfr. PEREZ LUÑO, A. E., *La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales en Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, p. 91.

¹¹⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Op. cit.*, p. 17.

¹¹⁸ *Idem*, p. 72.

particularmente latinoamericanos¹¹⁹- inaugura lo que primero Vasek y, luego, Rabossi denominan el “fenómeno de los derechos humanos” como una categoría analítica para definir uno de los procesos más recientes y novedosos en la historia contemporánea:

El ámbito de los derechos humanos es prolífico en temas, en normas, en funciones, en estructuras internacionales, regionales y nacionales. Pero ese ámbito tan peculiar no es caótico ni circunstancial. Basta introducirse en él para advertir que posee un carácter sistémico, y, consiguientemente, una dinámica interna propia y que su inserción definitiva en las estructuras internacionales y nacionales, es un hecho ineludible (...) Creo que no es necesario ofrecer ningún argumento para afirmar la existencia en nuestro mundo actual de un fenómeno específico, históricamente dado, de alcances universales y de consecuencias revolucionarias.¹²⁰

Según Rabossi, la Declaración propicia el auge de pactos y tratados que habrían de redefinir las relaciones no sólo entre los países, sino entre los seres humanos. En síntesis, el fenómeno de los derechos humanos ocurre no sólo por la transformación histórica y geopolítica, es posible también gracias a la transformación de los valores y a la superación de los propios conceptos, así, Rabosi, concluye: “En suma, el fenómeno de los derechos humanos constituye un salto cualitativo en la historia de la humanidad y se caracteriza por ser una empresa de carácter universal basada en un consenso, también universal, logrado y positivizado, acerca de un plexo valorativo y de principios básicos que tiene como núcleo principal las ideas de igualdad, de dignidad, de libertad y de justicia.”¹²¹

Así, los derechos humanos se han convertido en una parte central de la agenda internacional.¹²² Peces-Barba explica este fenómeno de la siguiente manera:

¹¹⁹ Cfr. MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *Op cit.*, p. 22: “(...) podemos decir que por primera vez en la historia hubo una presión internacional de gran magnitud por el tema de los derechos humanos.”

¹²⁰ Cfr. RABOSSI, Eduardo, *El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico*, en SOBREVILLA, David (comp.), *El Derecho, la Política y la Ética*, México, Siglo XXI, 1991, p. 205.

¹²¹ *Ibidem*, p. 210.

¹²² Paralelamente al fenómeno de la internacionalización, se produce en ciertas regiones del mundo lo que se ha dado por llamar la regionalización de los derechos humanos, esto es, la creación a nivel continental de ciertos instrumentos y mecanismos que promueven y protegen los derechos fundamentales. En el ámbito americano, además de la ya mencionada *Declaración Americana*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 2 de mayo de 1948, encontramos la *Convención Americana sobre Derechos Humanos o Convención de San José*, aprobada el 22 de noviembre de 1969. Asimismo, numerosos pactos y declaraciones han sido aprobados en el marco del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, entre los que podemos mencionar: *el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o "Protocolo de San Salvador"*; *el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte*; *la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*; *la Convención*

La internacionalización de los derechos fundamentales es el último momento de su proceso de evolución histórica en el mundo moderno (...) Esta dimensión nueva arranca con la toma de conciencia de la insuficiencia de una protección en el ámbito estatal, que siempre puede encontrar su límite en la razón del Estado (...) La internacionalización necesita un poder o una autoridad capaz de imponer a los Estados o a los grupos que hayan violado un derecho humano, la sanción correspondiente. Estamos ante una nueva dimensión del Derecho internacional, que se abre así al reconocimiento de la persona individual como sujeto jurídico.¹²³

B) La especificación

Otra fase de evolución de los derechos humanos la constituye lo que Bobbio llama la *especificación* de los derechos humanos, que consiste en el paso gradual hacia una posterior determinación de los derechos, en razón de las características de sus titulares o de los propios derechos.¹²⁴ En esta etapa se inscribe la especificación de los derechos del niño, de la mujer, de los consumidores, los derechos sociales y culturales, entre otros. Es una fase que se encuentra en pleno desarrollo y que debe responder a las exigencias que plantean los cambios en la sociedad contemporánea.

A decir de Pedro Nikken, la llamada especificación de los derechos humanos constituye un nuevo horizonte, consistente en la creación de mecanismos orientados a establecer sistemas "destinados a proteger ciertas categorías de personas: mujeres, niños, trabajadores, refugiados, personas con discapacidad, etc. o ciertas ofensas singularmente graves contra los derechos humanos, como el genocidio, la discriminación racial, el *apartheid*, la tortura o la trata de personas."¹²⁵

Interamericana sobre desaparición forzada de personas; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o "Convención de Belem do Pará"; la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; la Declaración de Principios sobre la libertad de expresión; así como los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Por su parte, en 1950 15 estados europeos aprueban en Roma la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales o Convención Europea de los Derechos del Hombre. Asimismo, encontramos la Carta Social Europea, firmada en Turín en 1961 y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de diciembre de 1989. En el ámbito de la Asamblea de las Regiones Europeas (ARE) cabe citar sobre todo los Estatutos de la ARE, aprobados en Lovania la Nueva en 1985 y la Declaración de Viena de los III Estados Generales de las Regiones de Europa, aprobada en Viena en 1989. Asimismo, las declaraciones pertenecientes al bloque regional africano son aquellas de la Organización para la Unidad Africana. El texto más importante es la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981.

¹²³ PECES-BARBA, *Op. cit.*, p. 74.

¹²⁴ Cfr. BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, *Op. cit.*, p. 109.

¹²⁵ Cfr. NIKKEN, Pedro, *Op. cit.*, p. 5.

En el caso de México, el Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos publicado en el 2003 por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, aborda la problemática de ciertos grupos en situación de vulnerabilidad y discriminación, entre los que menciona a los niños y niñas, adolescentes, adultos mayores, desplazados internos, refugiados, jornaleros agrícolas, migrantes, usuarios de los servicios de salud, personas que viven con VIH/SIDA, personas con preferencia sexual y de género distinta a la heterosexual.¹²⁶

C) La responsabilidad internacional del individuo

Otro antecedente de gran importancia para nuestra tesis lo constituye el reconocimiento a nivel internacional de la responsabilidad individual en la comisión de crímenes internacionales. Más allá de ciertos antecedentes aislados,¹²⁷ el primer intento por responsabilizar internacionalmente a un individuo por crímenes internacionales se produce luego de la Primera Guerra Mundial cuando en el Tratado de Versalles se acusa a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, “de haber cometido una ofensa suprema a la moral internacional y a la sagrada autoridad de los tratados”, al tiempo que se establece “la constitución de un tribunal especial para juzgar al acusado.”¹²⁸ De esta manera, el Tratado de Versalles no sólo afirmaba la subjetividad internacional del individuo, sino también su capacidad procesal para ser sometido ante un tribunal internacional. Sin embargo, las disposiciones de dicho tratado jamás pudieron juzgar a los responsables.

Terminada la Segunda Guerra Mundial en 1945, el Tratado de Londres trató de materializar la responsabilidad internacional de los criminales de guerra nazi y japoneses. Este tratado creó el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, entre cuyos aportes fundamentales encontramos que no importaba si el criminal era o no agente del Estado. Los actos ilícitos internacionalmente cometidos por agentes

¹²⁶ Cfr. KOMPASS, Anders (Coord.), *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2003, p. 161.

¹²⁷ Uno de los primeros antecedentes se remonta a la Guerra de Secesión en Estados Unidos (1861-1865) con el juzgamiento del comandante Henri Wiz y del soldado rebelde Champ Ferguson bajo la acusación de malos tratos y dar muerte a prisioneros.

¹²⁸ Cfr. Tratado de Versalles, artículo 227, en http://www.johndclare.net/peace_treaties

del Estado, normalmente hacen responsable internacionalmente a éste último. Sin embargo, por tratarse de crímenes internacionales comenzaría a considerarse que más allá de la responsabilidad internacional del Estado, existía una responsabilidad internacional del individuo, la cual era complementaria y no excluyente de la primera. En este mismo sentido, el Tribunal se regía por el principio de no exoneración de responsabilidad por invocar el cumplimiento de órdenes superiores, con lo que se asentó la responsabilidad individual más allá de quien haya o no perpetrado los crímenes internacionales.¹²⁹ En ese sentido, nos encontramos ante un mecanismo de protección de los derechos humanos que atiende más a la gravedad de los crímenes cometidos, que al *status* de los criminales.

Un antecedente más reciente de la responsabilidad internacional del individuo lo constituye la creación de la Corte Penal Internacional,¹³⁰ la cual entró en funciones el 1º de julio de 2002 al reunir las 60 ratificaciones previstas en el Estatuto de Roma adoptado en 1998. La Corte es una institución permanente, con sede en La Haya, facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas físicas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. De acuerdo con el Estatuto de Roma, la Corte tiene facultad para conocer de los siguientes crímenes: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.

La Corte tiene competencia respecto de las personas naturales. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto de Roma. Podrá ser condenado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) con el propósito de facilitar

¹²⁹ Cfr. GATER, Daniel, *Nazismo, Shoá y el Juicio de Nuremberg* en Justicia Penal Internacional, Biblioteca Francisco Xavier Clavijero, México, 2001, p. 41.

¹³⁰ El 7 de septiembre de 2000, el presidente Ernesto Zedillo firmó el Estatuto de Roma. El 14 de diciembre de 2002 la Cámara de Senadores aprobó un decreto de reforma constitucional mediante el cual se adiciona un quinto párrafo al artículo 21 para quedar como sigue: El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; y d) contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.¹³¹

El Estatuto de Roma será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. De acuerdo con el artículo 29 del Estatuto de Roma, los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

¹³¹ Cfr. Estatuto de la Corte Penal Internacional en <http://www.un.org/law/icc>

CAPÍTULO II

APROXIMACIÓN A LAS NOCIONES DE EFICACIA Y DERECHOS HUMANOS

1. Aproximación conceptual a la eficacia de las normas jurídicas

El problema fundamental que plantean los derechos humanos es el de su tutela efectiva. En ese sentido, Bobbio sostiene que no se trata sólo de un problema filosófico, sino político: "No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados".¹³² Por su parte, Eduardo Rabossi refutó toda argumentación de carácter meramente teórico, porque "los problemas a resolver son problemas de índole práctica, tales como afianzar la vigencia de los derechos humanos, neutralizar sus violaciones (...) Se trata de problemas de aplicación, de gestión y de promoción."¹³³

Entendemos la norma jurídica como "la hipótesis de conducta humana y de todo hecho o circunstancia relacionada con aquélla. Esa hipótesis es un mandato, o sea, la expresión jurídica del poder político que siempre restringe las posibilidades de la conducta del hombre al establecer prescripciones, declaraciones o manifestaciones relativas a su comportamiento."¹³⁴

Asimismo, más allá de sus diversas acepciones, definiremos a la eficacia como el suceso de que la norma en cuestión sea cumplida por su(s) destinatarios(s), de manera que una norma jurídica sería eficaz, si la acción que prescribe es, en la realidad, la acción que realizan los destinatarios de la norma.¹³⁵ De esta manera se verifica la eficacia cuando "se produce una correspondencia entre la conducta real de ciertos sujetos y la conducta que una

¹³² Cfr. OVALLE FAVELA, José, *Op. cit.*, p. XXI.

¹³³ Cfr. RABOSSO, Eduardo, *Op. cit.*, p. 205.

¹³⁴ Cfr. SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique; "Constitución y poder", en *El significado actual de la Constitución*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 532.

¹³⁵ Cfr. HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel Derecho, Madrid, 2003, p. 75.

norma, dirigida a ellos, establece como prescrita (obligatoria o prohibida).¹³⁶ La norma es eficaz cuando es cumplida, esto es, cuando su pretensión de cumplimiento es satisfecha.¹³⁷

Cualquier norma, incluida la de derechos humanos, implica por su propio sentido la vocación de ser cumplida por su destinatario, es decir, la pretensión de ser eficaz. Por lo tanto, resulta redundante decir que el destinatario está jurídicamente obligado a cumplir una norma jurídica, porque éste es el sentido mismo de la norma.¹³⁸ Su propia finalidad es que debe ser cumplida. A decir de Liborio Hierro, cualquiera que dicte, cree o enuncie una norma para otros, sin pretender su cumplimiento, simplemente juega con el lenguaje normativo, toda vez que la pretensión de cumplimiento de las normas forma parte de su propio significado.¹³⁹ En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.¹⁴⁰

Ahora bien, si como hemos visto la doctrina clásica señala que la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado quien es el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos y "sólo él puede violarlos,"¹⁴¹ resulta claro entonces que –al menos bajo esta concepción– las normas de derechos humanos no incluyen dentro de sus destinatarios a las entidades diversas del Estado y por ende, no admiten la posibilidad de su eficacia frente a los particulares. De lo anterior, se podría concluir que las normas de derechos humanos son ineficaces frente a los particulares, en tanto que no comprenden la posibilidad de que éstos sean destinatarios de las mismas. Sin embargo, y como veremos más adelante, dicha concepción reduccionista de la eficacia de los derechos humanos se fragua en la idea liberal de delimitar una esfera de libertad personal frente al poder del Estado,

¹³⁶ *Idem.*

¹³⁷ *Ibid.* p. 17.

¹³⁸ Cfr. ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 18-19.

¹³⁹ Cfr. HIERRO, Liborio, *Op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez y otros*. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 64.

¹⁴¹ Cfr. NIKKEN, Pedro, *El concepto de derechos humanos*, *Op. cit.*, pp. 1 y 10.

la cual se corresponde con un momento histórico que poco tiene que ver con nuestra actualidad.

Lo cierto es que las normas pueden cumplirse o incumplirse, y esa posibilidad de cumplimiento o incumplimiento también forma parte del significado de la norma.¹⁴² Esto indica que toda norma presupone que, en su ámbito y ocasión, el sujeto al que se dirige puede hacer o no hacer lo que la norma establece como debido. Así pues, el significado de cualquier norma (obligatoria) incluye la pretensión de cumplimiento y la posibilidad de cumplimiento o incumplimiento.

Dicha posibilidad de cumplimiento o incumplimiento, guarda estrecha relación con el mutuo condicionamiento entre la “Constitución real” y la “Constitución jurídica” expresado por Hesse en *La fuerza normativa de la Constitución*. A decir de este autor, dicho condicionamiento –que Smend¹⁴³ posteriormente denominaría el “reconocimiento del entorno histórico”- se demuestra a través de la adaptación de la “Constitución jurídica” a las circunstancias y de conversión “en una fuerza actuante” sobre la “Constitución real.” Por ende, los límites de la fuerza normativa de la Constitución se encuentran donde la norma deja de identificarse con la realidad, bien porque no la reconoce, bien porque ya no puede influir en ella.¹⁴⁴

En ese sentido, la coercitividad o posibilidad de incumplimiento es una característica de cualquier norma jurídica. Si la eficacia de las normas está condicionada por el cumplimiento de las mismas, y dicho cumplimiento a su vez, se encuentra vinculado con el reconocimiento de la realidad, las normas de derechos humanos deberían, además de incluir una pretensión de cumplimiento de carácter *erga omnes*; atender las circunstancias de la realidad a la cual se aplican, con miras a evitar situaciones de ineficacia, o lo que es, con miras a impedir que los derechos humanos sigan siendo vulnerados.

¹⁴² Cfr. HIERRO, Liborio, *Op. cit.*, p. 15.

¹⁴³ Vid. SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

¹⁴⁴ Apud VALADÉS, Diego, *Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 9.

Cabe recordar que los derechos humanos exigen la creación de ciertos tipos de instituciones y prácticas para llevar a efecto la visión moral subyacente de la posibilidad humana, es decir, la instrumentación y la protección de esos derechos.¹⁴⁵ Al respecto, resulta conveniente retomar -frente al enfoque kelseniano, todavía dominante en la ciencia jurídica- la idea defendida por Neil MacCormick y Ota Weinberger de que “la ciencia jurídica sin consideración de la realidad social resulta inconcebible (...) el jurista tiene que plantearse también cuestiones que se refieren a la existencia social del Derecho, su forma de operar en la sociedad y las relaciones entre el Derecho y la sociedad (...) todas éstas son cuestiones propias de juristas”.¹⁴⁶

En ese sentido, coincidimos con la opinión de otorgar al derecho la función de ordenar la realidad de acuerdo con criterios determinados; y que la tarea del jurista es tener en cuenta la forma en que se cumplen dichos criterios en la realidad social o la manera en que podrían cumplirse más efectivamente.¹⁴⁷ En ese orden de ideas, las normas de derechos humanos, deben convertirse en la expresión de planteamientos sociales e inducir nuevas formas de conducta social. Sólo desde esta perspectiva se podrá captar toda la potencial fuerza transformadora de un sistema jurídico y entender que su naturaleza es tan dinámica como la propia colectividad en la que aplica.¹⁴⁸

Esa necesidad de propiciar, mediante la eficacia de las normas, comportamientos sociales más humanos, coincide con lo que Jack Donnelly señala, en el sentido de que “los derechos humanos constituyen una práctica social que se encamina a realizar una visión particular de la dignidad y el potencial humano mediante la institucionalización de los derechos básicos. Cuando las demandas de derechos humanos hayan ajustado la práctica legal y política a sus exigencias, habrán creado el tipo de persona afirmada en esa visión moral.”¹⁴⁹

¹⁴⁵ Cfr. DONNELLY, Jack, *Op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁶ Cfr. MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law*, D. Reidel, Dordrecht, 1986, pp. 44- 46.

¹⁴⁷ Apud, LATORRE, Ángel, *Op. cit.*, pp.162-163.

¹⁴⁸ Vid. VALADÉS, Diego, *Op. cit.*, pp. XXXII-XXXIII.

¹⁴⁹ Cfr. DONNELLY, Jack, *Op. cit.*, p. 36.

Asimismo, Nipperdey –a quien estudiaremos con posterioridad- ha señalado en ocasión de su defensa por la eficacia de los derechos humanos en las relaciones privadas que:

una Constitución ha de ser reflejo del orden estatal en el momento de su promulgación, por lo que se han de contemplar, a la hora de interpretarla, las tendencias espirituales determinantes y las circunstancias dadas en ese momento. Al ver el alcance de los derechos fundamentales, como en el siglo pasado, en su exclusiva destinación hacia el Estado, se señala que la protección del individuo ante intrusiones arbitrarias del Estado era entonces el propósito principal al incorporar derechos fundamentales en el texto constitucional. Frente a ello, debía aparecer como secundaria la protección jurídico-constitucional de derechos fundamentales ante los poderes sociales y terceros en general, y su necesidad seguramente aún no se reconocía claramente.¹⁵⁰

Insistimos pues en la importancia de contar con normas de derechos humanos que sean eficaces, esto es, capaces de especificar una estructura de prácticas sociales cuyo objetivo sea lograr una realización particular del potencial humano. Asimismo, concordamos con la perspectiva según la cual el derecho no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear y desarrollar las condiciones objetivas de posibilidad de la vida y de la paz sociales que contribuyan al perfeccionamiento de la persona. Concebimos al derecho como una forma normativa de la vida humana que surge en la sociedad a partir de las necesidades colectivas, con el propósito de ordenar las relaciones humanas y realizar el bien común mediante la instauración de normas jurídicas, cuyo cumplimiento permite la realización de valores.

En otras palabras, se trata de cuestionarnos, lo que ya Alberdi se preguntaba: ¿Qué tipo de Constitución necesitamos? Desde nuestro punto de vista -y siguiendo la corriente del realismo constitucional, necesitamos que las Constituciones se adecuen al país (a la realidad) que las recibe.¹⁵¹ A decir de Rodolfo Lara, "el momento actual de los derechos humanos parece caracterizarse, por definir el más alto grado de eficacia jurídica para realizarlos.

¹⁵⁰ Cfr. ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 105.

¹⁵¹ Cfr. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1982, p. 121.

Es decir, se trata precisamente de acortar esa distancia entre una Constitución escrita y la realidad.”¹⁵²

En ese sentido, el tema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, se encuentra íntimamente vinculado a la cuestión de las relaciones entre la sociedad y el Estado, tema éste que no puede ser desconectado de la evolución de la sociedad contemporánea, de modo que ante un proceso que se muestra irreversible, cualquier “propuesta de regreso a formas anteriores de convivencia social no va más allá de los entretenimientos de la utopía. La actitud sería no puede ser entonces el desconocimiento o el rechazo de la realidad.”¹⁵³

Pero además, añadiríamos lo que Ortega y Gasset ha señalado respecto a que las Constituciones no pueden limitarse simplemente a consagrar y cristalizar lo existente, sino que deben tener un mensaje y un espíritu de motivación para la realización de cosas futuras: “el Derecho no es mero reflejo de una realidad preexistente, porque entonces sería superfluo, el Derecho o la ley son siempre algo que añadimos a una espontaneidad insuficiente. Es la corrección de lo roto. (...) La ley tiene que suscitar nuevas realidades. La ley ha sido antes, y lo será cada vez más, creadora. La ley es siempre más o menos reforma, y por tanto, incitadora de nuevas realidades.”¹⁵⁴

A) Relación entre eficacia y validez

Siguiendo a Herbert Hart, quien adecuadamente reformuló las tesis contrapuestas del positivismo y el realismo, la validez se limita a constituir una propiedad de las normas (y de otros actos institucionales) que sólo tiene sentido predicar desde el punto de vista interno; es decir, desde el punto de vista de quien utiliza otras normas (normas de reconocimiento) para identificar una norma como parte de un sistema normativo. Decir que una regla es válida es reconocer que ella satisface

¹⁵² Cfr. LARA PONTE, Rodolfo, *Op. cit.*, p. 413.

¹⁵³ Cfr. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Op. cit.*, pp. 77-78.

¹⁵⁴ Apud. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Op. cit.*, pp. 118- 119.

todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por tanto, que es una regla del sistema.¹⁵⁵

Bajo este punto de vista, la validez es una categoría normativa que tiene sentido en un lenguaje que utiliza o aplica normas, y no fuera de él. Esto implica que no hay ninguna contradicción en afirmar a un mismo tiempo que una norma es válida en el sistema jurídico *S* y afirmar que no es generalmente cumplida ni aplicada.¹⁵⁶ La razón de que no haya contradicción es que “una de las afirmaciones es un enunciado de hecho y la otra una proposición de derecho.”¹⁵⁷

Al respecto, cabe añadir que tampoco existe contradicción alguna entre decir que la norma *N* es una norma válida del sistema jurídico *S* y que, por ello, debe ser aplicada por el tribunal si se ha incumplido, y predecir al mismo tiempo que la norma *N* probablemente no será aplicada puesto que eso es lo que ha venido ocurriendo en la práctica judicial precedente.¹⁵⁸

La validez y la eficacia son dos propiedades que pueden predicarse de las normas jurídicas y que son distintas. La primera sólo puede predicarse desde el punto de vista interno para calificar la conformidad de la norma con los criterios requeridos por otras normas y, en última instancia, por la regla de reconocimiento. La eficacia en cambio sólo puede predicarse desde el punto de vista externo, para calificar la norma por su grado de cumplimiento o aplicación. La validez, en cuanto consiste en satisfacer exhaustivamente un conjunto de requisitos, es una propiedad que la norma tiene o no tiene; si los requisitos o criterios de validez son cinco y la norma reúne cuatro, la norma no es válida en un grado 0.8, sino que es inválida. La eficacia –por su parte– es una propiedad que la norma alcanza en un grado menor o mayor entre 0 y 1, lo cual quiere decir que las normas pueden cumplirse o incumplirse, y muchas de ellas pueden cumplirse o incumplirse más o menos.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Cfr. HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 129.

¹⁵⁶ Cfr. HIERRO, Liborio, *Op. cit.*, p. 195.

¹⁵⁷ Cfr. HART, Hebert L. A., *Op. cit.*, p. 151.

¹⁵⁸ Cfr. HIERRO, Liborio, *Op. cit.*, p. 195.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 15.

La pregunta que subyace sería entonces: ¿Qué ocurre cuándo una norma válida es, de forma general y por largo tiempo, incumplida e inaplicada? Ocurre, simplemente, que nos encontramos ante una norma válida e ineficaz. Una norma ineficaz es una norma sobre la que cabe predicar muy escasa o nula capacidad motivadora en sus destinatarios, sobre la que cabe predecir que no será probablemente aplicada. Pero no hay ninguna necesidad de afirmar que ha dejado de ser válida o que no debe ser aplicada.

Siguiendo al maestro Peces-Barba, por validez entenderíamos el ámbito de existencia misma de los derechos, es decir la formulación o plasmación del contenido mismo de los derechos en aquellas relaciones jurídicas donde estos tengan cabida. Por otra parte, el ámbito que implicaría el uso de medios, garantías o formas de protección frente a vulneraciones que puedan sufrir estos derechos sería el de eficacia.¹⁶⁰ La confusión se ha producido –señala Peces-Barba– porque se ha identificado un problema de validez, extensión de los derechos al conjunto del ordenamiento, frente a la tesis de que no son aplicables en el ámbito del derecho privado, con un problema de eficacia, de carácter procesal, como es la utilización del recurso de amparo para proteger los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.¹⁶¹

Estas visiones de validez y eficacia nos llevarían a la necesaria conclusión de que el problema de los derechos fundamentales entre particulares, no es un problema de validez, es decir de contenido de los derechos, sino de eficacia, es decir, del cumplimiento de las normas de derechos humanos y de la adecuación de los mecanismos utilizados para la protección de tales derechos.

¹⁶⁰ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*; coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 618.

¹⁶¹ *Idem*. Al respecto de la separación entre el contenido de un derecho y su esfera de protección, dirá Genaro Carrió que: "En un sentido muy amplio quizá podría decirse que, en el fondo lo que llamamos forma de protección de un derecho, no es otra cosa que parte del contenido de este (...). Sin embargo la distinción –que es corriente– entre el "contenido" de un derecho, y lo que podría llamarse su "escudo" de protección facilita una mejor inteligencia del problema (...)." CARRIÓ, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial (Análisis crítico del caso Köt)*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 27, nota 4.

2. Aproximación conceptual a los derechos humanos

Antes de presentar una propuesta de definición de derechos humanos, es necesario tomar en cuenta que nos encontramos ante un problema complejo en tanto que subsiste una confusión intelectual acerca de la teorización de estos derechos, la cual indudablemente afecta la eficacia de los mismos.¹⁶² En ese sentido, Moskowitz, citado por Shestack, acierta en señalar que: “Los derechos humanos siguen esperando al teórico que sistematice los pensamientos y especulaciones sobre la materia y defina las metas deseables (...) Todavía nadie ha podido reunir en una verdadera síntesis los hechos e ideas que emergen diariamente de los eventos de gran complejidad y realizar un auténtico debate.”¹⁶³

A decir de Perez Luño, existe una ambigüedad conceptual y terminológica en torno a los derechos humanos, explicada en gran parte por la progresiva ampliación histórica del uso y significación de la expresión derechos humanos, de tal manera que a medida que se ha ido ampliado el ámbito de uso de la expresión, su significación se ha vuelto más imprecisa.¹⁶⁴ Por otro lado, podemos señalar la aún insuficiente elaboración doctrinal acerca de los derechos humanos –tanto a nivel constitucional como internacional- como otra de las causas de las diferencias teóricas en su conceptualización; así como la falta de acuerdo entre los diversos autores acerca del alcance y significado que debe darse al término derechos humanos.

En su libro sobre La unificación conceptual de los derechos humanos, Montemayor Romo ha concluido que: “Los derechos humanos tienen varias dimensiones. Jurídicamente se pueden definir como principios iusfundamentales, pero esa definición no recoge la riqueza del fenómeno de los derechos humanos, Es preferible reconocer esa complejidad en lugar de pensar que podemos quedarnos con un concepto unívoco y exclusivamente jurídico, ya que en ese

¹⁶² Entre los autores que comparten esta preocupación encontramos a Shestack, McDougal, Lasswell y Chen. Cfr. SHESTACK, J., “The Jurisprudence of Human Rights” en *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, [s. e.], Londres, 1992, p. 69.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ Cfr. PEREZ LUÑO, A. E., “Delimitación conceptual de los derechos humanos”, en la obra colectiva *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Ediciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pp. 14-15.

caso, estaríamos aceptando una definición parcial y poco práctica de los mismos”¹⁶⁵.

En ese sentido, creemos que tal imprecisión conceptual no debe postergar nuestros esfuerzos para lograr la eficacia de los derechos humanos, lo que significa que no podemos hacer depender la eficacia de estos derechos de la existencia de metodologías sobre los mismos. Sin embargo, a pesar de lo anterior, no dejamos de reconocer que la carencia de una definición de los derechos humanos provoca buena parte de la ineficacia de su cumplimiento.

Partiendo del hecho de que difícilmente se puede reivindicar un derecho cuyo significado y contenido se ignora, sostenemos que una adecuada formulación teórica de estos derechos contribuirá al desarrollo de una conciencia individual y social de titularidad de los mismos, sin la cual, difícilmente podremos hablar de la eficacia de las normas de derechos humanos. En palabras de Amadou Mahtar M'Bow, ex Director de la UNESCO: “conocer los propios derechos es una de las vías que conducen a imponer su reconocimiento.”¹⁶⁶

Asimismo, ante este panorama de diversidad conceptual, opinamos que cada nueva definición abre la posibilidad de perfeccionar y ampliar el espectro de nuestro análisis y posibles exigencias de cumplimiento, al tiempo que nos permite construir marcos analíticos que rebasan las posturas tradicionales, partiendo de enfoques interdisciplinarios. Ahora bien, si la terminología referente a los derechos humanos se mueve en un ámbito de indeterminación, no menos equívocos resultan los intentos doctrinales por definirlos. Antonio Pérez Luño clasifica las definiciones de derechos humanos en tres tipos:¹⁶⁷

a) *Tautológicas*: Son aquellas definiciones que no aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos. Una definición tautológica muy repetida en la doctrina es la que afirma que “los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre”;

¹⁶⁵ Cfr. MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *Op. cit.*, p. 92.

¹⁶⁶ Cfr. FIORI, E. M., *Aprender a decir la palabra. El método de alfabetización del profesor Paulo Freire. Prefacio a la obra de Paulo Freire, Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI, Madrid, 1975, p. 19.

¹⁶⁷ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio, *Op. cit.*, pp. 14-15.

b) *Formales*. No especifican el contenido de los derechos, limitándose a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Una definición formal es la que afirma que “los derechos del hombre son aquéllos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado”; y

c) *Teleológicas*. En ellas se apela a ciertos valores últimos susceptibles de diversas interpretaciones. Una definición teleológica es la que dice que “los derechos del hombre son aquéllos que son imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización”.

Siguiendo este orden de ideas, podemos reconocer un tema que resulta de interés para la comprensión de los derechos humanos y que tiene que ver con el lenguaje de los mismos.

Asimismo, una clasificación del lenguaje distingue los derechos humanos en dos partes: descriptiva y prescriptiva. Podemos decir de modo general, que la parte descriptiva tiene una referencia concreta, mientras que la prescriptiva tiene como función regular la conducta.¹⁶⁸

De los estudios que han tratado de resolver este problema, Robert Alexy lo ha hecho tal vez con la mayor precisión, a través de su noción de normas descriptivas. Alexy propone el siguiente ejemplo: “la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres.”¹⁶⁹

El anterior es un enunciado de carácter descriptivo, a lo cual Alexy señala que lo que distingue a una norma como de derecho fundamental es su característica de estar expresada directamente por enunciados de la ley fundamental. Por eso Alexy señala: “En virtud de su contexto (...) no puede haber duda de que esta proposición no debe ser entendida descriptiva sino

¹⁶⁸ Cfr. MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *Op. cit.*, p. 61.

¹⁶⁹ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 67.

normativamente. Por ello, lo que se dice con la formulación presentada puede expresarse con los siguientes enunciados deónticos: -Está ordenado que la ciencia, la investigación y la enseñanza sean libres o -la ciencia, la investigación y la enseñanza deben ser libres".¹⁷⁰

De estos dos enunciados deónticos pueden desprenderse otras normas. Para el problema de la apertura estructural de este tipo de enunciados (que permitirían que una sola norma constitucional tuviera varias normas adscriptas que serían también constitucionales, abriendo el margen de discrecionalidad de los jueces) Alexy señala que estas normas son necesarias cuando la norma expresada a través del texto de la Constitución debe ser aplicada a casos concretos, ya que si no se supusiese este tipo de normas, no sería claro qué es lo que sobre la base del texto constitucional está ordenado, prohibido o permitido.¹⁷¹

Creemos que ésta es una buena solución al tipo de problemas que parece plantear el carácter descriptivo de los derechos humanos. Ahora bien, repasemos algunas de las definiciones de derechos humanos propuestas por los doctrinistas.

Pérez Luño nos ofrece una definición -generalmente aceptada por la doctrina-, de carácter teleológico, pero con una intencionalidad descriptiva, en tanto refiere elementos estructurales, en la que los derechos humanos son "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos en los ámbitos nacional e internacional".¹⁷² Este autor resalta el carácter histórico de los derechos fundamentales, así como el deber de los estados de reconocerlos en sus ordenamientos jurídicos.

Para Antonio Truyol, decir que hay derechos humanos en nuestro contexto histórico-espiritual, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad;

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ *Ibid.* p. 69.

¹⁷² Cfr. PÉREZ-LUÑO, Antonio, *Op. cit.*, p. 18.

derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésa consagrados y garantizados.¹⁷³ Se trata de una definición parcialmente tautológica, de la cual se puede extraer la nota de inherencia que Truyol le reconoce a los derechos humanos, así como el hecho de que éstos no nacen de una concesión social.

De acuerdo con Peces-Barba, los derechos fundamentales se definen como “la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y como posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción”.¹⁷⁴ Con su definición, Peces-Barba realiza dos aportes de gran importancia para nuestro estudio: por un lado acierta en señalar que el ámbito de exigencia de los derechos humanos comprende además del Estado, a los grupos sociales y a los demás hombres. Asimismo, reconoce que dentro de la definición de derechos humanos, se incluye la posibilidad de que el Estado sancione en caso de infracción.

Faundéz Ledesma propone definir los derechos humanos como “las prerrogativas que, conforme al derecho internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte.”¹⁷⁵

Este autor nos ofrece una definición apegada a la teoría clásica de los derechos humanos, según la cual estos derechos son oponibles únicamente frente al Estado, al tiempo que restringe el concepto de derechos fundamentales a

¹⁷³ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, Op. cit., p.11.

¹⁷⁴ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Op. cit., p. 220.

¹⁷⁵ Cfr. FAUNDÉZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2ª ed., Costa Rica, 1999, p. 28.

aquéllos que se encuentran consagrados en el derecho internacional. Con lo anterior desconoce que los derechos humanos provienen de diversas fuentes, entre ellas el derecho constitucional, el derecho consuetudinario, la jurisprudencia, etcétera. Sin embargo, resulta interesante su señalamiento en torno a que el Estado no sólo debe no interferir en ciertas áreas de la vida individual, sino que – además- debe asegurar la prestación de determinados servicios. Con lo anterior, Faundéz Ledesma supera la idea –cada vez más debilitada- de que la principal función del Estado frente a los derechos humanos consiste en la abstención.

Por su parte Eduardo Rabossi se refiere al fenómeno de los derechos humanos,¹⁷⁶ en tanto que categoría analítica útil para establecer referentes temporales y espaciales que indican el momento en el cuál los derechos humanos adquieren una relevancia mundial, pero sobre todo, cómo ejercen una influencia particular en los ámbitos social, político y económico, y modifican las relaciones entre los sujetos.

En el entendido de que a lo largo de este capítulo iremos ampliando la definición que a continuación proponemos, por el momento basta decir que los derechos humanos son aquellas facultades inherentes a la dignidad de la persona humana, cuyo ejercicio permite a su titular la posibilidad de desarrollar sus capacidades humanas, físicas y espirituales, y cuyo respeto es exigible al Estado y a los particulares. El Estado tiene el deber de no realizar acciones que vulneren estos derechos y llevar a cabo las acciones necesarias para que los mismos gocen de eficacia. Por su parte, los particulares tienen el deber de comportarse fraternalmente los unos con los otros, no realizando conductas que menoscaben los derechos humanos de los demás y participando (en la medida de sus posibilidades) en la creación de condiciones que permitan la eficacia de estos derechos.

¹⁷⁶ Cfr. RABOSSO, Eduardo, *Op. cit.*, pp. 198-211. Rabossi señala que su opinión respecto de los derechos humanos como un hecho singular es compartida por expertos como Karen Vasak, quien habla primeramente de, "fenómeno de los derechos humanos" como producto del desarrollo ideológico, político, institucional y social de tales derechos, justamente durante la Segunda Guerra Mundial. Ver VASAK, Karen, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal-UNESCO, Vol. 1, 1984.

A) Fundamentación

Se entiende por fundamento de los derechos humanos la realidad o realidades, de carácter social o intersubjetivo, que proporcionan a los derechos humanos la consistencia necesaria para que puedan ser reconocidos, respetados y promovidos en su conjunto, de forma indivisible e interdependiente, y puedan proyectarse hacia un desarrollo siempre abierto y perfectible. Esa realidad no es otra que el valor social fundamental de la dignidad de la persona humana.¹⁷⁷

En ese sentido, creemos importante acotar la diferencia entre las nociones de naturaleza humana y persona humana. Se trata, sin lugar a dudas, de dos conceptos complementarios, el primero de los cuales atiende a lo que es común, por lo que cabe afirmar que todos los hombres tienen la misma naturaleza y son por ello esencialmente iguales. En cambio, a partir de la idea de persona, cabe afirmar que cada ser humano es único, distinto de los demás.¹⁷⁸

Ahora bien, si los derechos humanos encuentran su fundamento en la persona humana, entendemos que se refieren al hombre en cuanto persona, ente individual, y no en cuanto naturaleza humana. La filosofía tradicional ha recogido la definición de persona que dio Boecio en su tratado acerca de la persona de Cristo, según la cual la persona es sustancia individual de naturaleza racional (*rationalis naturae individua substantia*). Al decir que la persona es una sustancia se indica que se trata de un ser que es en sí mismo y no en otro. Se le califica como individual para denotar que constituye una unidad distinta de cualquier otra.¹⁷⁹

Asimismo, por dignidad entendemos la jerarquía o supremacía que tiene la persona respecto de todos los demás seres corpóreos, que no tienen esas posibilidades.¹⁸⁰ El principio de la primacía de la persona sobre las cosas dice que la persona es un bien mejor que ha de ser preferido a cualquier cosa por valiosa que ésta sea. La persona constituye, como dice la filosofía tradicional, un bien

¹⁷⁷ Cfr. Curso Sistemático de Derechos Humanos, en <http://www.iepala.es/DDHH>

¹⁷⁸ Cfr. ADAME GODDARD, Jorge, *Filosofía Social para juristas*, Mc Graw Hill, México, 1998, p. 83.

¹⁷⁹ *Ibid.* p. 84.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 104.

honesto, es decir, un bien que vale por sí mismo, que ha de ser querido por sí mismo; en cambio, las cosas son un bien instrumental o medial, en tanto que valen o son queridas en la medida que constituyen un medio par alcanzar otro bien.¹⁸¹

La definición de derechos fundamentales de la persona humana parte de este principio de primacía de la persona, el cual también puede expresarse diciendo que el primer deber social es el amor al prójimo. De esta manera se dice también que toda actividad social ha de estar dirigida al servicio de las personas.¹⁸²

Ahora bien, dentro del tema que nos ocupa, resulta de gran importancia repasar la posición esbozada por algunos doctrinistas en el sentido de encontrar el fundamento inmediato de los derechos humanos en los llamados deberes fundamentales, es decir, en las conductas que el hombre percibe como convenientes o necesarias para el cumplimiento de sus fines naturales o, en otras palabras, para alcanzar su realización como persona.¹⁸³ A saber, la filosofía tradicional ha reconocido en la ley natural tres deberes y cuatro prohibiciones fundamentales o deberes de no hacer.¹⁸⁴

Los deberes son: el amor a sí, el amor al prójimo y el amor a Dios. Los tres están firmemente arraigados en la naturaleza humana, aunque los dos primeros se apoyan también en instintos biológicos, el de conservación y reproducción, y el último en la aspiración natural del espíritu humano a la verdad, el bien y la belleza.¹⁸⁵ Los deberes naturales, como ya se ha dicho, están fundados en la misma naturaleza humana. Del hecho de que el hombre tenga una naturaleza racional deriva el que tenga libertad para cumplir sus fines y que su conducta se halle regida por una ley natural que debe cumplir libremente y no por una ley que se cumple necesariamente. La naturaleza racional es por eso el fundamento de la ley natural, de los deberes naturales y en consecuencia el fundamento mediato de

¹⁸¹ *Ibid.* p. 105.

¹⁸² *Ibid.* p. 191.

¹⁸³ *Ibid.* pp. 115-116.

¹⁸⁴ *Ibid.* p. 113.

¹⁸⁵ *Idem.*

los derechos de la persona. Si se quisiera llegar al último fundamento de los derechos, habría que llegar a Dios, autor de la naturaleza humana y cuya voluntad y sabiduría, en lo tocante al destino de ella, están expresadas en la misma ley natural.¹⁸⁶

Por su parte, las prohibiciones o deberes negativos de la ley natural son: no matar, no robar, no fornicar y no mentir. No obstante su formulación negativa, implican un contenido positivo en tanto que son límites que defienden la vida humana, la propiedad privada, la comunión de personas en el matrimonio, y la veracidad.¹⁸⁷ Los derechos fundamentales tienen como razón de ser el asegurar, por una parte, que toda persona tenga oportunidad y libertad para cumplir sus deberes naturales y, por otra, asegurarle que no será perturbada por conductas que impliquen transgresiones a las prohibiciones naturales o, que en caso de sufrirlas, obtendrá una reparación.¹⁸⁸ Lo anterior, hace ver que estos derechos no son fines en sí mismos, sino medios al servicio de la existencia y desarrollo de la persona y la sociedad y, en consecuencia, que son derechos naturalmente limitados.¹⁸⁹

En ese sentido, el derecho internacional de los derechos humanos no es ajeno al reconocimiento de deberes que permitan garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Así pues, el artículo 29.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoce la existencia de ciertos deberes: "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad." Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre contempla en su capítulo II una serie de deberes entre los que se encuentran: deberes ante la sociedad, deberes para con los hijos y padres, deberes de instrucción, deber de sufragio, deber de obediencia a la ley, deber de servir a la comunidad y a la nación, deberes de asistencia y seguridad sociales, deber de pagar impuestos, deber de trabajo y deber de abstenerse de realizar actividades políticas en un país extranjero. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en el artículo 32 que

¹⁸⁶ *Ibid.* p. 116.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 114.

¹⁸⁸ *Ibid.* p. 119.

¹⁸⁹ *Idem.*

“toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

Por otro lado, coincidimos con Schaefer cuando señala que “fundamentar los derechos humanos obliga al investigador a tomar en cuenta, tanto la historia de cada uno y todos los seres humanos, como las grandezas y las limitaciones de las sociedades en las cuales estos nacen, se prolongan y mueren (...).”¹⁹⁰

Asimismo, concordamos con Bobbio cuando alerta sobre los peligros que corremos cuando buscamos un fundamento absoluto de los derechos humanos: el relativismo, las definiciones tautológicas, la presunción de valores últimos, la homogeneización en detrimento de la plural naturaleza de estos derechos, la antinomia en la realización de los derechos individuales y los derechos sociales o la anacronía que supone la realización de sólo algunos derechos y no la integridad de todos los derechos.¹⁹¹

El reconocido politólogo italiano apela a la pluralidad estructural y temporal de los derechos humanos como concepciones históricas que habrán de definirse permanentemente; Bobbio recurre a la posibilidad de ampliar las garantías, los anhelos y los ideales de acuerdo con el desarrollo de las sociedades presentes y futuras.

Por ello insiste en que no se debe hablar del fundamento, sino de los fundamentos de los derechos del hombre: “No se trata de encontrar el fundamento absoluto –empresa sublime pero desesperada-, sino, cada vez, los varios fundamentos posibles. Sin embargo, también está la investigación de los fundamentos posibles –empresa legítima y no destinada como la otra al fracaso- no tendrá ninguna importancia histórica si no es acompañada del estudio de las

¹⁹⁰ Cfr. SCHAEFER, G., « La fundamentation des droits de l’homme à partir de la conception de Levinas », 2004, en www.ifrance.com/espacethique/spain/levinas.html.

¹⁹¹ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, p. 59.

condiciones y los medios y de las situaciones en las que éste o aquel derecho puede ser realizado. Tal estudio es tarea de las ciencias históricas y sociales".¹⁹²

En ese sentido, coincidimos con estos autores en la necesidad de pasar de la teoría a la práctica, ámbito en el que se realiza la eficacia de los derechos humanos.

B) Características

Comencemos por señalar que los derechos humanos poseen la cualidad de ser inherentes a la persona humana, por lo que su validez no depende del reconocimiento del Estado. En ese sentido, -como lo señala el iusnaturalismo- se trata de derechos innatos u originarios que no precisan de ningún mecanismo especial —adquisición o transmisión— que los vincule a la persona. Son inherentes pues nacen y se extinguen con ella, sin que el ordenamiento jurídico haga otra cosa que reconocerlos y regularlos.¹⁹³

Al respecto, nos detendremos brevemente en lo que consideramos, uno de los principales argumentos para rebatir la concepción clásica de que los derechos humanos sólo son oponibles frente a los actos u omisiones del Estado. Nuestro planteamiento es el siguiente: si A es el titular de una serie de derechos, cuya validez depende únicamente de su condición de ser humano, esto es, le son inherentes, entonces A puede oponer esos derechos en cualquier circunstancia y ante cualquier agente violador. De manera que -en nuestra opinión- resulta una negación tajante a la inherencia de estos derechos, el hacer depender su vigencia -y en consecuencia su efectividad- a la condición de que estos derechos sean vulnerados por un sujeto concreto (el Estado). Condicionar la vigencia de un derecho fundamentado en la naturaleza humana, es admitir que no son inherentes al ser humano.

Ahora bien, como hemos visto, la inherencia significa que los derechos humanos "no son una concesión de la sociedad, ni dependen del reconocimiento

¹⁹² *Ibid.* p. 62.

¹⁹³ Cfr. Enciclopedia Microsoft Encarta 2003, 1993-2002, Microsoft Corporation, derechos de la personalidad, 2003, [s. p.].

de un gobierno";¹⁹⁴ y –a decir de Pedro Nikken- dicha característica es causante entre otras de la universalidad, la transnacionalidad, la irreversibilidad y la progresividad de los derechos humanos.¹⁹⁵

Por universalidad se entiende que todas las personas son titulares de los derechos humanos y –por consecuencia- no pueden invocarse diferencias de ningún tipo para ofenderlos o menoscabarlos. Se dice que los derechos humanos son universales en el sentido de que corresponden a todas las personas, independientemente de su nacionalidad, sexo, edad, profesión, religión o cualquier otro condicionante o limitante.¹⁹⁶ Lo anterior significa que, dada su imperatividad *erga omnes*, los derechos humanos se extienden a todo el género humano en todo tiempo y lugar; por tanto, no pueden invocarse diferencias culturales, sociales o políticas, así como tampoco ausencia de sanción como excusa para su desconocimiento o aplicación parcial.¹⁹⁷

En ese sentido, la Declaración adoptada en Viena el 25 de junio de 1993 en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, explícitamente afirma que el carácter universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales “no admite duda”.¹⁹⁸ Efectivamente, la universalidad de los derechos humanos –al derivar de un ordenamiento objetivo- no admite duda, de manera que todos somos titulares de los derechos humanos. En ese sentido, poseemos lo que denominaríamos una titularidad universal.

Sin embargo, el hecho de que los derechos humanos sean universales con relación a sus titulares, no significa –desde nuestro punto de vista- que lo sean respecto a su eficacia, la cual a diferencia de la titularidad universal, no depende de un orden objetivo, sino de la realidad en la que deben aplicarse tales derechos. Esa realidad social, como hemos observado, varía de acuerdo al tiempo y al lugar, por lo que resulta imposible postular que los derechos humanos gozan de

¹⁹⁴ Cfr. NIKKEN, Pedro, *Op. cit.*, p. 5.

¹⁹⁵ *Ibidem.* pp. 5-8.

¹⁹⁶ Cfr. ADAME GODDARD, Jorge, *Op. cit.*, p. 119.

¹⁹⁷ En cuanto a su universalidad, cabe precisar que las tendencias actuales en la materia buscan fomentar también el respeto a los derechos de las generaciones futuras.

¹⁹⁸ *Viena Declaration and programme of action, World Conference on Human Rights, Viena, 25 de junio de 1993 (A/CONF. 157/24), párrafo 1.*

eficacia universal. Así pues, los seres humanos somos iguales en dignidad y derechos, los cuales, en su vigencia, no admiten relativismo; sin embargo, al mismo tiempo creemos que son diferentes en cuanto a la posibilidad de ejercitarlos.

Por su parte, la transnacionalidad tiene que ver con el hecho de que si los derechos humanos son inherentes a la persona como tal, no dependen de la nacionalidad de ésta o del territorio donde se encuentre.¹⁹⁹ Desde nuestra opinión, la transnacionalidad a la que alude Nikken es un efecto de la característica de universalidad previamente señalada. De manera que, la vigencia de los derechos humanos no puede depender de la nacionalidad de las personas, como tampoco del color de su piel, de sus ideologías, o de cualquier otra circunstancia.

La irreversibilidad significa que “una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada. La dignidad no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo de la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental.”²⁰⁰ A manera de ejemplo, en la Convención Americana de Derechos Humanos encontramos salvaguardias del carácter irreversible del derecho humano a la vida. Tal es el caso del artículo 4, el cual prescribe que “no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”, al tiempo que niega la posibilidad de que dicha pena se aplique a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

Por progresividad se entiende la característica de que en virtud de que los derechos humanos son inherentes a la persona, “siempre es posible extender el ámbito de la protección de los derechos que anteriormente no gozaban de la misma.”²⁰¹ En ese sentido, una manifestación de esta característica la encontramos en la disposición incluida en diversos ordenamientos

¹⁹⁹ Vid. NIKKEN, Pedro, *Op. cit.*, pp.6-7.

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 7-8.

²⁰¹ *Idem.* p. 7.

constitucionales, según la cual la enunciación de derechos contenida en la Constitución no debe entenderse como negación de otros derechos humanos que no figuren en ella de manera expresa.²⁰² Así pues, la progresividad trae como consecuencia, que la enumeración y mecanismos de protección de los derechos humanos en el plano nacional e internacional, no sean exhaustivas, y sí en cambio sean siempre susceptibles de ampliación.

En ese sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce la posibilidad de incluir en el régimen de protección de dicha Convención, otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos de enmienda o creación de protocolo adicional, contemplados en la propia Convención.²⁰³ Asimismo, la Convención Americana en su artículo 26 prescribe el logro progresivo de la efectividad de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Igualmente, el Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales establece el compromiso de los Estados de adoptar las medidas necesarias a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se reconocen en dicho Protocolo.²⁰⁴

Ahora bien, cabe mencionar un importante principio que informa el Derecho de los derechos humanos: la denominada cláusula *pro homine*, incluida en la mayoría de los tratados sobre derechos humanos, según la cual ninguna disposición convencional puede menoscabar la protección más amplia que puedan brindar otras normas de derecho interno o de derecho internacional.²⁰⁵ En esta dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que,

²⁰² *Ibid.* p. 8: "Varias constituciones latinoamericanas recogen expresamente la idea de que la enumeración de los derechos en ellas contenidos es enunciativa y no taxativa: Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela."

²⁰³ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 31, 76 y 77.

²⁰⁴ Cfr. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Art. 1.

²⁰⁵ Cfr. PINTO, Mónica, "El principio *pro homine*", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editorial del Puerto, [s. p.], 1997, pp.163-171. En ese sentido, Mónica Pinto señala que: "el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la normas más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos (...)."

“si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.”²⁰⁶

La progresividad es otra característica de significativa importancia para la tesis que tratamos de formular. En ese sentido, si los derechos humanos pueden extender su protección a otros ámbitos, ¿qué es lo que nos impide ampliar su proyección a sujetos distintos del poder estatal? Asimismo, creemos que una adecuada aplicación el principio *pro homine* en la interpretación de las normas de derechos humanos, traería como consecuencia que –en la mayoría de ellas-, su protección abarcaría las conductas provenientes de todos aquellos agentes capaces de violar el derecho humano en cuestión. A manera de ejemplo, el derecho a no ser discriminado se verificaría tanto respecto a las autoridades, como a los demás actores sociales.

Ahora bien, el *Programa de Acción de Viena* nos aporta otras características cuando señala que “todos los derechos son universales, indivisibles,²⁰⁷ interdependientes e interrelacionados.”²⁰⁸ Al respecto, existen infinidad de instrumentos que confirman esta postura, tal es el caso del *Protocolo de San Salvador*, el *Proyecto de Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, las resoluciones 32/130, 43/113, 43/114 y 43/125 de la Asamblea General de Naciones Unidas entre otros.²⁰⁹

En diciembre de 1977, en vísperas del 30º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió oficialmente que esas nociones –indivisibilidad, interdependencia, inalienabilidad y vinculación con el orden económico- serían tenidas en cuenta a

²⁰⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La colegiación obligatoria de periodistas –artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párrafo 52.

²⁰⁷ Cfr. MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *Op. cit.*, p. 91: “La tesis de la unidad o indivisibilidad de los derechos humanos es la que mejor define su naturaleza y la que permite el reconocimiento y conciliación de necesidades básicas, que de otro modo resultan contradictorias. El largo recorrido de Naciones Unidas por mejorar su sistema de derechos humanos ha llegado a esta conclusión.”

²⁰⁸ *Viena Declaration and programme of action, World Conference on Human Rights, Viena, 25 de junio de 1993 (A/CONF. 157/24)*

²⁰⁹ Cfr. CASCADO TRINDADE, Antonio, “La protección internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez, XV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1997*, pp. 46-58.

partir de entonces al abordar las cuestiones relativas a los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas.”

En el mismo sentido, la *Proclamación de Teherán*, adoptada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de mayo de 1968, subrayó la interdependencia de los derechos protegidos por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en los términos siguientes: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, resulta imposible (...)”.

En 1979 y 1980, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que existe una *relación orgánica* entre los derechos humanos.²¹⁰

Asimismo, los expertos que se reunieron en Maastricht en 1997 con motivo del aniversario de los *Principios de Limburgo* para la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales establecieron que “es ahora indudable que todos los derechos humanos son indivisibles, interrelacionados y de igual importancia para la dignidad humana”:²¹¹

Ahora bien, si los derechos humanos poseen una naturaleza indivisible e interdependiente, de qué manera se justifica que ciertos derechos gocen de protección frente al Estado y no así frente a otras personas que se erigen como violadores de hecho o potenciales de los mismos. A lo que vamos es a deducir que independientemente del agente violador, el menoscabo de los derechos humanos, implica, por su carácter indivisible, un retroceso a la vigencia del resto de derechos, en la esfera jurídica de la víctima.

²¹⁰ *Ibidem*. p. 48.

²¹¹ *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, Maastricht, enero de 1997, http://www1.umn.edu/humanrts/instrree/Maastrichtguidelines_.html.

Las características atribuidas a los derechos humanos son igualmente variadas pues cada doctrina los faculta de ciertas propiedades. Por su naturaleza jurídica, según Pedro Nikken²¹², se dividen en:

a) *Irrenunciables*. El hombre nunca va a carecer de ellos. Jurídicamente sólo desaparecerán si la persona muere. El propio sujeto no puede renunciar a ellos y ninguna persona puede privarlo del goce de ellos. Esta característica obliga a Estado a protegerlos y le prohíbe violentar alguno de ellos;

b) *Intransferibles*. Los derechos humanos son de carácter individual; cada persona tiene los mismos derechos que otra, y por lo mismo ningún individuo puede transmitir o ceder a otro sus derechos, e

c) *Irrevocables*. El Estado no puede revocar los derechos humanos consagrados en la Constitución, aunque pueden existir estados de excepción en los cuales se suspenden una o varias garantías.

Desde luego que existen otros puntos de referencia que les atribuyen las siguientes características principales:

a) *Socio-históricos*. Los derechos humanos se encuentran íntimamente vinculados a la realidad histórica, política y social. Son, en gran medida, producto de la historia de los pueblos, de una historicidad referida no sólo a la existencia de los derechos humanos, sino también como conciencia de existencia de los mismos, lo cual es determinante de la posibilidad de garantizarlos;

b) *Dinámicos*. Se trata de una característica muy ligada a la anterior, la cual reconoce que los derechos humanos se encuentran en proceso constante de evolución. Son cambiantes, históricos. Los derechos humanos tienen un carácter fluido y dinámico, que corresponde a las relaciones de poder y a las ideas prevalecientes en el seno de la sociedad en que ellos adquieren vigencia, pero que una vez reconocidos como tales su condición se vuelve irreversible. A decir

²¹² Cfr. NIKKEN, Pedro, *El concepto de derechos humanos*, Op. cit., p. 8.

de Diego Valadés: “los derechos humanos cuentan con una dinámica propia que les permite desdoblarse hacia nuevos espacios y ensanchar su contenido.”²¹³ Como observamos en el Capítulo anterior, es incuestionable que “la idea y noción de los derechos fundamentales ha evolucionado,”²¹⁴ y que los mismos poseen una “fuerza expansiva que se despliega con el transcurso del tiempo.”²¹⁵

c) *Inalienables*. Por su adherencia para con el titular, son derechos irrenunciables, al pertenecer en forma indisoluble a la esencia misma del ser humano; no pueden ni deben separarse de la persona y, en tal virtud, no pueden transmitirse o renunciar a los mismos, bajo ningún título;²¹⁶

d) *Imprescriptibles*. Los derechos humanos tienen un carácter permanente, por lo que no pueden desaparecer o dejar de ser reconocidos por el mero transcurso del tiempo, independientemente de si se hace uso de ellos o no;

e) *Indivisibles*. No tienen jerarquía entre sí, por lo que no se permite poner unos por encima de otros ni sacrificar un tipo de derecho en menoscabo de otro;

f) *Indisolubles*. Forman un conjunto inseparable de derechos. Al tener igual grado de importancia, todos los derechos deben ser ejercidos en su contenido esencial;

²¹³ Cfr. VALADÉS, Diego, *Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. LXI.

²¹⁴ Respecto al contenido variable de los derechos fundamentales, Manuel García Pelayo sugiere lo siguiente: “los autores de las primeras tablas de derechos consideraron a éstos como pura emanación de la razón, es decir, con un origen y una validez superior a toda empirie. Sin embargo, (...) la libertad es una variable histórica cuyo objetivo depende de los fines vitales de la clase políticamente activa en una época y su contenido concreto de los obstáculos que se encuentren para el despliegue de tales objetivos. De este modo, las primeras formulaciones de los derechos individuales responden, en general, al despliegue vital de la burguesía, y su expresión y particularización concreta en derechos específicos es función de las oposiciones que encontraba tal despliegue en la situación política y social de la época: fue la intervención mercantilista la que provocó los derechos de propiedad y de libertad económica; la intolerancia religiosa, la que dio lugar a la libertad de conciencia, culto, etc.; la censura, la que engendró la libertad de pensamiento y de expresión; los *cachets du Roy*, los que motivaron el conjunto de derechos de libertad y seguridad personal. (...) Con esto queda claro que los derechos individuales tienen un contenido variable, condicionado por la defensa de la personalidad humana frente a los poderes o métodos que en cada situación la amenacen.” Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional*, Op. cit., p. 152.

²¹⁵ Esa fuerza expansiva fue constatada por Peter Häberle en su discurso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada en el año 2000. Cfr. HÄBERLE, Peter, “La cultura europea de los derechos humanos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 3, 2000, pp. 532 y ss.

²¹⁶ “Habitualmente se sostiene que los derechos humanos son inalienables, no en el sentido de que no se puede negar al individuo el disfrute de estos derechos, ya que todo régimen represivo priva a diario a su pueblo de sus derechos humanos, sino en el sentido de que perderlos es moralmente imposible: no se pueden perder estos derechos y llevar un vida digna de ser humano.” Cfr. DONNELLY, Jack, Op. cit., p. 38.

g) *Incondicionales*. Únicamente están supeditados a los lineamientos y procedimientos que determinan los límites de los propios derechos, es decir, hasta donde comienzan los derechos de los demás o los justos intereses de la comunidad;

h) *Interdependientes*. La vigencia de unos es precondition para la plena realización de los otros, de forma tal que la violación o desconocimiento de alguno de ellos termina por afectar otros derechos;

i) *Absolutos*. Porque su respeto y eficacia es *erga omnes*, esto es, se puede reclamar indistintamente a cualquier persona o autoridad. Los derechos absolutos son aquéllos que "(...) tienen energía para apartar a cualquiera que pretenda perturbar un pacífico disfrute del objeto de tal derecho."²¹⁷ Para Gewirth un derecho absoluto es aquél que no puede ser invalidado por ninguna circunstancia, de modo que nunca puede ser legítimamente infringido y debe ser cumplido sin excepción.²¹⁸

Ahora bien, frente a esta característica, podemos señalar que no todos los derechos humanos son absolutos, ya que no todos carecen de cualquier límite. En ese sentido, los derechos también pueden ser relativos; según Dworkin: "un principio podría tener que ceder ante otro, o incluso ante una política urgente con la cual compite respecto a determinados hechos (...) Supongamos, por ejemplo, que alguien dice reconocer el derecho a la libertad de expresión, pero agrega que la libertad de expresión debe restringirse toda vez que su ejercicio puede molestar al público (...)." ²¹⁹ En ese sentido, Dworkin propone una distinción entre derechos absolutos y relativos, usando elementos de la de Gewirth: todos los derechos son relativos en principio según las peculiaridades de cada sociedad, salvo aquéllos – como el derecho a no ser torturado- que sean inderogables aún en circunstancias catastróficas o sean indispensables para la subsistencia de la sociedad.

²¹⁷ Cfr. Diccionario Jurídico ESPASA, Espasa Calpe, Madrid, 1998, p. 331.

²¹⁸ Cfr. GEWIRTH A., *Human Rights, Essays on Justification and Applications*, University of Chicago, Chicago, 1982, p. 219.

²¹⁹ Cfr. DWORKIN R., *Los derechos en serio*, Planeta, Madrid, 1993, pp. 160-161.

Así pues, desconocer la eficacia de los derechos humanos entre particulares, equivale a negar el carácter de absolutos que tienen muchos de estos derechos, es decir, su eficacia *erga omnes*, frente a todos los demás sujetos, sean públicos o privados, que estén en capacidad de lesionarlos, y en consecuencia se reduce su oponibilidad únicamente a las personas de derecho público.²²⁰

Por último, nos referiremos a lo que puede denominarse la característica de la doble dimensión de los derechos humanos, la cual se expresa de manera objetiva y subjetiva: El carácter y efectividad de los derechos fundamentales surge de una doble virtualidad, en la que hemos decidido apoyarnos a fin de fundamentar nuestra reflexión en torno a la eficacia de los derechos humanos en las relaciones privadas.

A decir de Alexei J. Estrada, la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales postula que “además de ser derechos subjetivos frente al Estado, son un sistema de valores que irradia sobre el conjunto del ordenamiento jurídico. Se pretende armonizar de este modo su naturaleza jurídica –derechos subjetivos- con su dimensión filosófica –valores absolutos o universales-.”²²¹

En ese sentido, Böcken concibe los derechos humanos como derechos subjetivos de libertad que hacen parte de la esfera jurídica de su titular y adicionalmente como normas objetivas de principios y decisiones axiológicas que tienen valor para todos los ámbitos del derecho.²²²

Asimismo, para Peces Barba “los derechos fundamentales cumplen dos funciones centrales en el ordenamiento. Son susceptibles de atribución individual, como derechos subjetivos (...), pero también (...) como parte de la norma básica material de identificación de normas, (...) son guía para la producción e interpretación de las restantes normas del ordenamiento.”²²³

²²⁰ Vid. CASSETTA E., “Voz Diritti pubblici subbietivi”, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 796, Apud. ESTRADA, Alexei J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Op. cit., p. 53.

²²¹ Cfr. ESTRADA, Alexei J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Op. cit., p. 28.

²²² Cfr. BÖCKEN FÖRDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 5.

²²³ Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Op. cit., pp. 617-625.

Se les configura como derechos públicos subjetivos²²⁴ y por lo tanto se trata de derechos frente al Estado, pero al mismo tiempo y objetivamente, comportan un deber de actuación por parte de aquél. Es precisamente este carácter objetivo el que tiene como efecto el deber positivo de protección el derecho a prestaciones directas, una irradiación hacia otras construcciones jurídicas, la existencia de garantías de procedimiento y, por fin, las garantías de organización.²²⁵

Esta doble calificación, en la cual los dos elementos coexisten en una relación no exenta de tensiones es el resultado de la progresiva difusión de la así denominada teoría objetiva de los derechos fundamentales, según la cual éstos no sólo cumplen su papel tradicional de derechos de defensa frente al Estado, sino que como valores supremos dentro del ordenamiento jurídico, también fungen como mandatos de actuación y deberes de protección para los poderes públicos, al mismo tiempo que informan las relaciones recíprocas entre particulares y actúan como límites a la autonomía privada.²²⁶

En conclusión, los derechos humanos son, en su valencia objetiva, un conjunto de normas jurídicas por las que se rige una sociedad; en tanto que en su acepción subjetiva se erigen como el conjunto de facultades y poderes concretos atribuidos a un titular, a cuyo arbitrio se remite su ejercicio.²²⁷

El Tribunal Constitucional español se ha referido a la dimensión objetiva de los derechos humanos, señalando que "los derechos fundamentales (...) son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho, y más tarde en el Estado social de

²²⁴ Se habla de derechos subjetivos públicos de los derivados de aquella clasificación que -atendiendo a la condición de los sujetos e intereses protegidos- los distingue entre derechos públicos y privados. Vid. Jurídico Espasa, *Op. cit.*, p. 331.

²²⁵ *Apud.*, FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y Derechos Fundamentales*; PPU, Barcelona, [s.a.] pp. 64-65.

²²⁶ Cfr. ESTRADA, Julio Alexei, *La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano*, Colombia [s.a.], p. 267.

²²⁷ Del derecho objetivo, o norma, nace el derecho subjetivo como facultad, que se expresa cuando se dice, que derecho es aquello que me es lícito o permitido hacer; que no es sino expresión refinada del deseo de apropiación, que pretende excluir a los demás de algo que pensamos o queremos que nos pertenezca Cfr. *Diccionario Jurídico Espasa, Op. cit.*, pp. 330-331

derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (...).”²²⁸

Asimismo y con mayor precisión, dicho tribunal ha señalado que: “Los derechos fundamentales son componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10º de la Constitución, el fundamento del orden público y la paz social.”²²⁹

C) Limitaciones

Las limitaciones al ejercicio de los derechos humanos que a continuación expondremos, no deben entenderse como restricciones inevitables de derechos que son de suyo ilimitados, pues tales derechos no son más que medios para el cumplimiento de deberes naturales, es decir, son, como todos los medios, bienes relativos, cuya bondad o valor dependen precisamente del bien o fin al que sirven.²³⁰

En un primer momento, los derechos humanos se encuentran limitados por los deberes fundamentales, en los cuales, como hemos visto, dichos derechos se fundamentan. En ese sentido, los primeros no pueden ir en contra de los segundos. A manera de ejemplo diremos que no se puede decir que el derecho de libertad de trabajo implique el derecho de no trabajar, porque esto equivaldría a contradecir directamente el deber de hacerlo; como tampoco se puede afirmar que el derecho de propiedad privada implique el derecho de destruir esos bienes sin ninguna utilidad, pues se iría en contra del deber de asegurar la subsistencia personal y de la familia o, finalmente, del deber de cooperar con la subsistencia de toda la humanidad; ni se puede concluir que el derecho de libre manifestación

²²⁸ Cfr. Supremo Tribunal Constitucional Español, Sentencia STC 25/81 del 14 de julio de 1981, 5º fundamento jurídico en <http://www.tribunalconstitucional.es>

²²⁹ Cfr. Supremo Tribunal Constitucional Español, Sentencia STC 53/85 del 11 de abril de 1985, 4º fundamento jurídico en <http://www.tribunalconstitucional.es>

²³⁰ *Idem.*

de las ideas incluye el derecho de verter opiniones falsas o engañosas, pues así se actúa en contra del deber de veracidad.²³¹

Asimismo, Pedro Nikken reconoce la existencia de limitaciones legítimas a los derechos humanos, las cuales se pueden presentar en dos tipos de circunstancias distintas: en condiciones normales y en casos de emergencia.²³² Las primeras, que son las que nos interesan para este estudio, son aquellas restricciones que de manera legítima se imponen al ejercicio de los derechos humanos en condiciones de normalidad²³³ y que "no pueden ir más allá de determinado alcance²³⁴ y deben expresarse dentro de ciertas formalidades (...)"²³⁵.

Dichas limitaciones a los derechos humanos en general son expresadas "por fórmulas particulares, aplicables respecto de cada uno de los derechos reconocidos, lo que refleja el deseo de ceñir las limitaciones en la medida estrictamente necesaria para asegurar el *máximum* de protección al individuo. Las limitaciones están normalmente referidas a conceptos jurídicos indeterminados, como lo son las nociones de orden público²³⁶, bien común, bienestar general, seguridad nacional, seguridad pública, moral, salud pública, o prevención del delito."²³⁷

Al respecto, coincidimos con Cuadra-Salcedo en el sentido de reconocer que "los límites de los derechos fundamentales, su extensión y su eficacia han de ser

²³¹ Cfr. ADAME GODDARD, Jorge, *Op. cit.*, pp. 121-122.

²³² Cfr. NIKKEN, Pedro, *Op. cit.*, p. 14.

²³³ A diferencia de las limitaciones en caso de emergencia, las cuales acontecen en situaciones que entrañan grave peligro público o amenaza a la independencia o seguridad del Estado. Cfr. NIKKEN, Pedro, *Op. cit.*, p. 16.

²³⁴ Cabe señalar que las limitaciones deben interpretarse en estrecha relación con el derecho al que están referidas y deben tener en cuenta las circunstancias del lugar y del tiempo en que son invocadas e interpretadas. Asimismo, las limitaciones a los derechos humanos no pueden afectar el contenido esencial del derecho tutelado. Vid. NIKKEN, Pedro, *Op. cit.*, pp. 14-15. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que nociones como la de *orden público* y la de *bien común* no pueden invocarse como "medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención" y deben interpretarse con arreglo a las justas exigencias de una sociedad democrática, teniendo en cuenta "el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención." Cfr. *Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas, Op. cit.*, párrafo 67.

²³⁵ Las limitaciones a los derechos humanos sólo pueden emanar de leyes. El poder ejecutivo no está facultado para aplicar más limitaciones que las que previamente hayan sido recogidas en una ley por el Poder Legislativo. Cfr. NIKKEN, Pedro, *Op. cit.*, p. 15.

²³⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el *orden público* como "las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios". Cfr. *Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas* —artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm 5, párrafo 64.

²³⁷ Cfr. NIKKEN, Pedro, *Op. cit.*, p. 14.

ponderados en atención al principio del libre desenvolvimiento de la personalidad.”²³⁸ Asimismo, el ejercicio de los derechos también está jurídicamente limitado por el respeto de los derechos de los demás, ya que nadie puede pretender justificadamente el ejercicio de un derecho cuando causa directamente una transgresión a los derechos de otras personas.²³⁹

En ese sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 29.2 que: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.” El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nos ofrece una solución más puntual, al señalar expresamente cuáles son los derechos que no pueden incumplirse bajo ninguna circunstancia: vida, derecho a no ser torturado, a no ser esclavizado, a la libertad y a un juicio justo (artículo 4.2.).

Por último, no puede negarse que las mencionadas limitaciones contenidas en las Constituciones y tratados internacionales, constituyen criterios de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por estos instrumentos, al tiempo que se erigen como cláusulas que permiten futuras concreciones y manifestaciones de tales derechos.

3. La eficacia de los derechos humanos frente al Estado y frente a los particulares

La concepción clásica formulada en torno a los derechos fundamentales refiere que estos derechos constituyen facultades de exigencia o de inhibición respecto del Estado, sin que exista un planteamiento jurídico que pueda objetivizar la exigencia, sentida pero no determinada jurídicamente, de que los particulares

²³⁸ Cfr. CUADRA-SALCEDO, Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981, p. 75.

²³⁹ Cfr. ADAME GODDARD, Jorge, *Op. cit.*, p. 120.

también están sujetos a los derechos.²⁴⁰ En ese sentido, la teoría clásica desde la que se han desarrollado los derechos humanos, concibe al Estado como el único responsable de respetar, garantizar y satisfacer los derechos humanos.

A decir de Pedro Nikken: "Los derechos humanos implican obligaciones a cargo del gobierno (...) en sentido estricto, sólo él puede violarlos."²⁴¹ Sin embargo, este autor no tarda en reconocer que las ofensas a la dignidad de la persona pueden tener diversas fuentes, no todas las cuales –en su opinión– configuran técnicamente violaciones a los derechos humanos.²⁴² Ahora bien, coincidimos con Nikken cuando expresa que "la responsabilidad por la efectiva vigencia de los derechos humanos incumbe exclusivamente al Estado,"²⁴³ y de manera alguna sugerimos deslindar al Estado de su obligación de ejercer –en todo momento– su autoridad con apego a la dignidad humana y de conformidad con la ley.

Siguiendo a Cuadra-Salcedo, también creemos que la concepción tradicional no destaca suficientemente que si el carácter de estos derechos se ha enfocado en su relación frente al Estado no es porque no fuesen primariamente derechos frente a todos, sino porque el Estado en razón de sus funciones podía encontrar con mayor facilidad justificaciones para desconocerlos.²⁴⁴ Lo anterior ha originado que el concepto de control del poder, presente en todas las construcciones constitucionales contemporáneas, se entienda referido únicamente a la actividad del Estado.²⁴⁵

Al respecto, debe tomarse en cuenta que el Estado debe ser concebido sin dejar de lado su perspectiva dinámica e histórica, toda vez que los estados tempranos no tienen nada que se parezca a los poderes reales de los estados del mundo actual. La capacidad estatal posee una naturaleza cambiante, esto, entre otras cosas en virtud de que las circunstancias a que se enfrenta un Estado

²⁴⁰ Cfr. FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Op. cit.*, pp. 74-75.

²⁴¹ Cfr. NIKKEN, Pedro, *Op. cit.*, p. 10.

²⁴² *Idem.*

²⁴³ *Idem.*

²⁴⁴ Cfr. CUADRA-SALCEDO, Tomás, *Op. cit.*, p. 70.

²⁴⁵ Vid. VALADÉS, Diego, *Op. cit.*, p. XXXVII.

cambiarán, como también lo harán, por consiguiente, los instrumentos y actividades específicos que mejor se adapten a sus propósitos.²⁴⁶

En ese orden de ideas, Pedro Nikken alude a la existencia de “situaciones límites” generadas por actores que “ejercen de hecho autoridad sobre otras personas,” los cuales “poseen un germen de poder público que están obligados a mantener dentro de los límites impuestos por los derechos humanos. De no hacerlo no sólo estarían violando el orden jurídico del Estado (...) sino también los derechos humanos.”²⁴⁷

En palabras de Jean Rivero, “establecer una libertad es, por fuerza, afrontar su realización en las dos esferas (relaciones Estado-particulares y relaciones privadas). De no ser así, se terminaría en la distorsión de dos éticas diferentes, inaceptable porque no hay lugar en una sociedad para dos concepciones opuestas del hombre, válida una en las relaciones públicas y la otra, en las privadas”.²⁴⁸ Se trata entonces, de saber cuál es el sentido y alcance de los derechos y libertades fundamentales, así como, de saber a quienes alcanzan las prohibiciones, acciones u omisiones que esos derechos comportan; concretamente, si sólo constituyen límites a la acción de los poderes públicos, o si por el contrario, son límites a la acción de todos los miembros de la comunidad.

A) Eficacia frente al Estado

Un punto sobre el que indiscutiblemente existe un consenso doctrinal y constitucional es que el principal destinatario de los derechos fundamentales, y por lo tanto el sujeto obligado de los mismos, es el Estado; vinculado por ellos en cuanto a su carácter necesario de normas de aplicación directa.²⁴⁹ En ese sentido, los derechos humanos son en su origen una idea que expresa la exigencia incondicional al Estado de respeto a la libertad e igualdad de la

²⁴⁶ Cfr. HALL, John A. e IKENBERRY, John, *El Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 168.

²⁴⁷ Nikken hace referencia a los grupos insurgentes armados que controlan de una manera estable áreas territoriales. Cfr. NIKKEN, Pedro, *Op. cit.*, p. 10.

²⁴⁸ Cfr. RIVERO, Jean, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées » en *Amicorum Discipulorumque Liber*, Vol. III, Institut International des Droits de l'Homme, Editions Pedone, Paris, 1969-1972, p. 315.

²⁴⁹ Cfr. HESSE, K, “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Alfonso López Pina, Madrid, 1996, p. 106.

persona. Con estas prerrogativas el hombre pretende erigir un escudo contra el abuso del poder y de los gobernantes. De manera que es innegable que el objeto esencial de los derechos humanos sea oponer un límite a la acción del poder, en el marco de la aplicación de la ley, para establecer un radio de acción mínimo de facultades, posibilidades y oportunidades que alienten y protejan la vida humana.²⁵⁰ Sin embargo, dicha vinculación resulta actualmente insuficiente para asegurar el disfrute de los bienes que protegen los derechos humanos, toda vez que éstos pueden resultar menoscabados no sólo por el Estado, sino por los titulares del poder económico y social, y aun por simples particulares.²⁵¹

Así pues, siguiendo a Jellinek diríamos que el Estado se restringe a sí mismo en dos vertientes: Por un lado, encontramos el deber de abstención según el cual el Estado reduce negativamente el campo de su autoridad al trazar una frontera entre sí mismo y la personalidad de sus súbditos, esto es, reconoce una esfera individual libre del Estado, es decir sustraída en principio a la autoridad de éste.²⁵² Por otro lado, podemos identificar el deber de protección, en virtud del cual el Estado al decidirse a cumplir acciones positivas en interés individual, atribuye al individuo la capacidad jurídica de exigir la acción del Estado, el cual se ve obligado, en virtud de su propio ordenamiento jurídico, a reconocer a sus súbditos la facultad de pretender jurídicamente una prestación estatal.²⁵³

Lo cierto es que –como lo hemos manifestado– el primer obligado a cumplir con los derechos humanos es el propio Estado, quien posee la responsabilidad de crear los mecanismos eficaces que impidan el ejercicio arbitrario del poder o eviten el abuso o ejercicio ilegal del mismo, ya sea que éste provenga del Estado o de cualquier otra entidad que lo ejerza.

La capacidad del Estado se asocia tanto a su capacidad para intervenir en la sociedad y configurarla, como a su capacidad para retirarse o abstenerse de la

²⁵⁰ Cfr. LARA PONTE, Rodolfo, *Derechos humanos y Constitución*, Op. cit., p. 410.

²⁵¹ Cfr. ESTRADA, Alexei J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Op. cit., p. 87.

²⁵² Cfr. JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Societa Editrice Libreria, Milano, 1912, p. 115.

²⁵³ Cfr. ESTRADA, Alexei J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Op. Cit., p. 40.

intervención: ésta es la clave de la fortaleza estatal.²⁵⁴ El poder del Estado es mayor cuando es capaz de maximizar las opciones en momentos de decisión. La capacidad de actuar flexiblemente –de intervenir, retirarse, reformar o abstenerse– es el factor principal de la capacidad estatal.²⁵⁵ Se trata pues de una doble responsabilidad: erigirse como un órgano respetuoso de los derechos humanos (deber de abstención) y, al mismo tiempo, velar por que éstos no sean vulnerados por entidades particulares (deber de protección). En términos generales podríamos señalar que el Estado es obligado órgano tutelar y posible agente lesionador de los derechos humanos.²⁵⁶

A propósito del deber de abstención del Estado, diremos que no basta con que el Estado asuma una postura de abstención para que los derechos fundamentales gocen de eficacia. Sino que –además– se requiere que el Estado desempeñe una conducta activa o promocional.²⁵⁷ Los derechos fundamentales requieren un hacer estatal, y no sólo un abstenerse, para hacerlos reales y efectivos; al mismo tiempo, el Estado social sólo puede cumplir efectivamente su función mediante esa actualización de los derechos fundamentales, mediante el desarrollo de la prestación de los ciudadanos, se trata de apartarse de la concepción del derecho fundamental como pura libertad frente a o respecto del Estado.²⁵⁸

En ese sentido Ligia Bolívar señala que “todos los derechos humanos requieren del Estado acciones que aseguren su respeto (absteniéndose de actuar

²⁵⁴ Cfr. IKENBERRY, John, *The Irony of State Strength: Comparative Responses to the Oil Shocks in the 1970s*, *International Organization*, vol. 40, 1986.

²⁵⁵ Cfr. HALL, John, A., *Op. cit.*, p. 169.

²⁵⁶ Cfr. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Op. cit.*, p. 53.

²⁵⁷ Que se traduce en el rol promocional o de fomento esperado del Estado, consagrado en el artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica: “Los Estados partes se comprometen a adoptar las providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles por vía legislativa y otros medios apropiados”.

²⁵⁸ Al respecto, Ignacio De Otto y Pardo ha señalado: “El derecho fundamental de libertad es multidimensional, es también libertad en la sociedad, sólo se realiza desde condiciones sociales determinadas, se afirma frente a los grupos, requiere una estructura (...) el aspecto esencial de los derechos fundamentales es el *status activus*, es la participación, y en concreto el *status activus procesualis*, la participación en los procesos en el plano político-público y en el económico-social, porque es a través de esa participación como se hacen efectivos los derechos y resulta posible la función de igualación y “socialización” de los mismos que es propia del Estado social (...) Se trata de la exigencia de una política de derechos fundamentales, de una *Grundrechtspolitik*, que se dirige al legislador y también al juez en la medida en que éste contribuya a configurar el derecho”. DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, apud, *Derechos fundamentales y Constitución*, con Martín Retortillo, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pp. 166, 167 y 169.

en contrario) y su protección (mediante medidas que aseguran su disfrute colectivo). La protección se asegura en la medida en que se desarrollan mecanismos y normas para evitar su violación y para que, si ésta ocurre, el afectado pueda exigir su restitución y/o reparación por la vía judicial.”²⁵⁹

Asimismo, Joy Gordon señala que existe una noción dominante de los derechos humanos, que es la que heredamos de la Ilustración francesa, la cual presupone la existencia de derechos que se *poseen* o se *tienen* por ser hombre. Como ejemplos propone a Dworkin y Gewirth, que aunque tratan de justificar a los derechos en principios de la acción y de la racionalidad moral, suponen que esos derechos se poseen y que por ende, la principal función del Estado es la de respetarlos. El supuesto fundamental es que esos derechos son objetivos, que están ahí, en la racionalidad de la acción o en la constitución moral del hombre. Gordon critica a esta doctrina desde Bentham, diciendo que esa cosificación de los derechos es injustificada. Gordon señala –a manera de ejemplo- que bajo esta noción: “sus derechos humanos habrían sido violados si: usted sólo puede votar por un candidato; la ley no le permite un derecho ilimitado para comprar tiempo en televisión que usted puede pagar; el gobierno le pide que espere su turno para ir a Arabia de vacaciones. Ningún derecho humano habrá sido violado si: su vecino se congela y muere por falta de calor; su hija muere porque no pudo pagar un doctor; su hijo es iletrado”.²⁶⁰

En ese sentido, hay derechos humanos de prestación cuyo obligado es exclusivamente el Estado, de manera que no puede entenderse que el derecho a la educación se traduzca en una obligación exigible frente a cualquier particular; igual ocurre con el derecho al trabajo.²⁶¹ A manera de ejemplo, entre los derechos fundamentales que solamente pueden ser oponibles frente al Estado tenemos el caso de la tutela efectiva de jueces y tribunales o el derecho a no ser condenado por acciones y omisiones que no constituyan delito en el momento de producirse. Se trata de aquellos supuestos en que el derecho fundamental se estructura en relación al ejercicio de funciones estatales, y en los cuales la naturaleza y

²⁵⁹ Cfr. BOLÍVAR, Ligia, “Derechos Económicos, Sociales y Culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes”, en *Estudios básicos de derechos humanos V*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, p. 87.

²⁶⁰ Cfr. GORDON, Joy, *The Concept of Human Rights: The History and Meaning of Its Politization*, 23 Brooklyn J. Int'l L. 689, 1998, p. 722.

²⁶¹ Vid. CUADRA-SALCEDO, Tomás, *Op. cit.*, p. 73.

configuración del derecho humano en cuestión permite deducir que el obligado a prestar el servicio necesario para satisfacer ese derecho es exclusivamente el Estado y nunca los particulares, que no pueden ser constreñidos a prestar positivamente el mismo.

No pueden incluirse, sin embargo, en esta serie de casos, los relativos a los derechos de libertad que algunos pretenden que sólo sean esgrimibles frente al Estado, ya que los efectos de esos derechos son mucho más amplios que la simple conducta de abstención de las autoridades a ese respecto. El derecho a la libertad de las personas se proclama no sólo frente al Estado, que será su más común infractor por razón del ejercicio de sus propias funciones, sino también frente a los demás; así sería no sólo absurdo sino inconstitucional la despenalización del secuestro, por ejemplo. En ese sentido, en numerosos países el derecho a la vida sirve para inconstitucionalizar el aborto, lo cual prueba que el derecho a la vida se entiende proclamado no sólo frente al Estado, sino frente a todos.

Es decir, que el derecho a la vida no significa sólo una prohibición al Estado de privar de la vida a las personas, sino que es una prohibición que se dirige también a todos los ciudadanos. De ahí que el Estado no pueda en sus leyes eximir de la correspondiente pena a aquellos ciudadanos que violan el derecho fundamental a la vida de otros, porque de hacerlo así, estaría violando un derecho fundamental: el derecho a la vida se configura como fundamental no sólo frente al Estado, sino frente a los demás.

Asimismo, el derecho a no ser detenido sino en los casos y formas previstos en la ley, presupone la prohibición total de que cualquiera pueda ser detenido por otro; prohibición de la que sólo queda exento de manera limitada el Estado por razón de su función de garantizar la seguridad, el castigo de los delincuentes y la administración de la justicia, funciones todas ellas que son connaturales al concepto mismo de Estado, y que deben llevarse a cabo en los casos y en las formas que prevean las leyes.²⁶²

²⁶² Cfr. CUADRA-SALCEDO, Tomás, *Op. cit.*, p. 70.

Por tanto, la libertad y seguridad frente al Estado presupone la libertad y seguridad frente a todos, y por ello una hipotética despenalización del secuestro entre particulares no sería una simple modificación del código penal, sino que constituiría una directa violación de la Constitución, aunque el Estado como tal continuase obligado a no detener sino en los casos previstos en la ley; todo lo cual demuestra que la dinámica de los derechos humanos no se agota en las relaciones frente al Estado.²⁶³

La negligencia en la prevención del delito y en el castigo del delincuente constituye una violación de las obligaciones que el Estado ha asumido en materia de derechos humanos, debiendo garantizar el derecho de toda persona a vivir sin el temor de verse expuesta a la violencia criminal, y debiendo evitar –por todos los medios a su alcance– la impunidad de tales actos.²⁶⁴ De manera que un hecho ilícito cuya comisión no resulte imputable al Estado, por ser obra de un particular, puede acarrear la responsabilidad del Estado no por el hecho en sí mismo, sino por su falta de diligencia para prevenirlo y garantizar efectivamente los derechos humanos.²⁶⁵

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez* responsabilizó al Estado de Honduras por vía de la omisión o complacencia en la actividad de un grupo de poder no-estatal, señalando que “ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.”²⁶⁶ Asimismo, la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 13/93 del 16 de julio de 1993, estableció que: “son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención.”

²⁶³ *Ibid.* p. 71.

²⁶⁴ Cfr. FAUNDÉZ LEDESMA, Héctor, *Op. cit.*, p. 31.

²⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 172, y *Caso Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 182.

²⁶⁶ *Ibid.*, *Caso Velásquez Rodríguez*, párrafo 154, y *Caso Godínez Cruz*, párrafo 162.

a) El deber de protección

Como hemos visto, el deber de protección impone al Estado un actuar positivo respecto a los derechos fundamentales. Una de las consecuencias de entender los derechos humanos como decisiones valorativas es la atribución a éstos de una nueva función, al lado de las tradicionalmente reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia: el deber de protección. Esta función se refiere al comportamiento que deben asumir los órganos estatales cuando la conducta de terceros – principalmente particulares, pero también otros Estados- vulnera o pone en peligro los derechos humanos.

Ante amenazas o lesiones que provienen de personas o poderes que no son los destinatarios tradicionales de los derechos humanos, éstos tienen la función de reclamar una actuación del órgano competente según las circunstancias, para impedir que la amenaza se concrete, o para que se ponga fin a la vulneración de los derechos humanos.²⁶⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteradamente ha insistido en responsabilizar al Estado por actos particulares, ya sea por acción, tolerancia y omisión de vigilar o por delegación de funciones propias del Estado. Desde los primeros casos resueltos dispuso: “En efecto, 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 transgresión, puede acarrear la 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.”²⁶⁸

Por otro lado, cabe recordar la doctrina sentada en Francia por el Consejo de Estado en su *arrêt* Benjamín de 19 de mayo de 1933, en que a propósito de la libertad de reunión sentó el criterio de que la libertad de reunión no se agota con el deber de abstención del Estado frente a una reunión que no altera el orden

²⁶⁷ Cfr. ESTRADA, Alexei J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Op. cit., pp. 75-76.

²⁶⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, núm 8, párrafo 172.

público, sino que el Estado está obligado a procurar que los demás la respeten. Como ha recordado Rivero, la obligación del Estado no tiene sólo por finalidad prevenir un atentado al orden público, sino también garantizar que la libertad de unos no sea desconocida por los demás.²⁶⁹

El *arrêt* Benjamín tuvo el mérito de hacer patente que el temor de que el ejercicio de un derecho provoque alteraciones del orden por parte de otros ciudadanos no constituye una excusa para que el Estado no utilice sus fuerzas de policía contra quienes pretenden alterar el ejercicio de los derechos de los demás. Sin embargo, es necesario elevarse del caso concreto hasta la concepción general para comprender que en realidad todo ello supone que las libertades públicas no terminan con la simple abstención del Estado. Sería inconcebible que se entendiera que la libertad de pensamiento y opinión se acaba en la simple obligación del Estado de no interferir, pero que no exige la intervención positiva del Estado para defender al ciudadano cuando es perseguido por otros por razón de la expresión de su pensamiento. También sería inconcebible que el derecho a participar en los asuntos públicos se agotase en la fijación de elecciones políticas sin establecer mecanismos positivos de protección del ejercicio de ese derecho en condiciones de secreto y de libertad frente a los demás ciudadanos. Los ejemplos serían interminables, pudiendo recordarse de nuevo la defensa de la libertad y seguridad frente a los demás y el derecho a la vida frente a los otros.

A decir de Rufner, las colisiones entre los derechos fundamentales se plantean no como un conflicto entre dos ciudadanos, sino que se trata más bien del fenómeno según el cual el Estado debe intervenir en la regulación de tales derechos con la intención de protegerlos.²⁷⁰ Resulta así que toda libertad, además de una abstención del Estado, impone a éste la obligación de perseguir las actividades privadas que tiendan a menoscabar esas libertades; de lo que se sigue que también los demás ciudadanos tienen la obligación de respetar las libertades ajenas, y esta obligación no sólo es un reflejo del derecho objetivo que prohíbe el rapto, por ejemplo (por atacar la libertad y seguridad), o la violación de

²⁶⁹ Cfr. RIVERO, Jean, *Op. Cit.*, p. 214.

²⁷⁰ Cfr. PABÓN DE ACUÑA, José María, *La llamada Drittwirkung de los derechos fundamentales en el Poder Judicial*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 2210.

la intimidad ajena, sino que es, además, el aspecto pasivo de la libertad fundamental proclamada en la Constitución; es una obligación central.

Dicha obligación no deriva sólo de la legislación ordinaria infraconstitucional, sino que se deduce de manera directa de la Constitución y no sólo de las normas de desarrollo de ésta. Esto es lo que explica que el Tribunal Constitucional Federal alemán haya anulado la legislación sobre el aborto, que despenaliza un delito cometido por y entre particulares, con base en que la misma infringía el derecho a la vida; si este derecho se proclamase sólo ante el Estado, no podría explicarse cómo la despenalización de conductas exclusivamente privadas podría infringir un derecho fundamental sólo referible al Estado.

Esto es lo que explica también que un particular pueda pedir el secuestro de una publicación que difunde hechos de su vida privada, sin necesidad de que se dicte una ley de desarrollo del artículo constitucional que lo contempla, ni de invocar ningún otro precepto concreto y expreso de nuestro ordenamiento, por otra parte inexistente. Esto implica que la obligación de respetar la intimidad se deduce directamente de la Constitución, y lleva aparejadas las correspondientes sanciones, y no es el reflejo de ninguna norma infraconstitucional que, por otra parte, de existir debería respetar el contenido esencial del derecho a la intimidad. Por tanto, la obligación de respetar los derechos fundamentales surge y emana directamente de la Constitución.

b) La supremacía constitucional

En ese sentido, cualquier discusión acerca del carácter, obligatoriedad y eficacia de los derechos fundamentales debiera observar el principio de supremacía constitucional,²⁷¹ mediante el cual se caracteriza a la Constitución como *ley superior*, con una fuerza normativa propia, dentro de la que juegan un papel determinante los derechos fundamentales, que gozan a su vez de una *preferred*

²⁷¹ Toda la organización política responde al principio de supremacía de la Constitución, según el cual ningún poder puede hallarse sobre la Constitución, al tiempo que toda autoridad está limitada por esta ley fundamental y a ella sometida. De manera que la Constitución es la norma suprema del país y todas las autoridades, sea cual fuere su jerarquía, deben ejercer su actividad de acuerdo a los mandatos y en concordancia con los principios que en ella se establecen Cfr. Enciclopedia Microsoft Encarta 2003, *Op. cit.*, Jerarquía normativa, [s.p.].

position.²⁷² En ese sentido, la supremacía de la Constitución es, posiblemente, la característica más importante del sistema constitucional.

Si bien la idea sustantiva de la supremacía de la Constitución es la limitación de las facultades del Estado,²⁷³ autores como Ihering, advierten que la Constitución posee una “fuerza vinculante bilateral,” pues vincula tanto a las autoridades como a los ciudadanos.²⁷⁴ Para Sánchez Bringas, la Constitución es la primer norma, en virtud de que “es la que inicia el *deber ser* (...) y por lo mismo, no es precedida por otra.” Asimismo, señala que su finalidad “consiste en su aplicación, porque no es para que en ella se aplique una norma superior porque tal no existe.”²⁷⁵

El principio de supremacía constitucional equivale a que todas las leyes son dictadas como consecuencia de la Constitución y deben, por lo tanto, ajustarse a sus prescripciones. Es decir, que el Poder legislativo está limitado en sus facultades por las normas y el espíritu de la Constitución. Adicionalmente, esta voluntad expresada en el momento de sanción de la Constitución se mantiene y extiende a través del tiempo, limitando la capacidad de decisión, la voluntad y *la actuación* de las generaciones posteriores, sometida a prescripciones que no han sancionado ellas mismas.²⁷⁶

Así pues, si los legisladores están limitados en virtud del principio de supremacía constitucional, de qué manera se explica el hecho de que los legisladores otorguen un tratamiento desigual en la concesión del amparo, privilegiando su procedencia en los casos en que el derecho fundamental es vulnerado por el poder público, y limitándola en los supuestos en los que el derecho es dañado por un particular. Sin lugar a dudas, lo anterior encierra una

²⁷² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, Apud. GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, *Op. cit.*, p.16

²⁷³ Existen dos tipos de antecedentes que se vinculan a la idea de la limitación del soberano. El primero es la idea de los derechos naturales, la concepción de que existen derechos que se encuentran sobre el ordenamiento jurídico del Estado (iusnaturalismo). El segundo es la autolimitación de las facultades del gobernante, ya sea por acuerdo entre gobernantes y gobernados o por carta concedida por el gobernante (La Carta Magna, por ejemplo). Cfr. LOUSTEAU HEGUY, Guillermo, *Op. cit.*, pp. 13 y 35.

²⁷⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Los fundamentos del valor normativo de la Constitución. La Constitución como norma fundamental”, en *Derecho Constitucional General. Selección de lecturas de Derecho Constitucional*, BLANCAS, LANDA, RUBIO (comps.), Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 4ª ed., Lima, 1994, p. 463.

²⁷⁵ Cfr. SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Op. cit.*, p. 533.

²⁷⁶ *Ibid.* pp. 36-37.

desigualdad *per se* que supone una discriminación, en tanto que constituye una violación al derecho fundamental de igualdad. En palabras de Cuadra-Salcedo, se trata de una "desigualdad que no encuentra fácil explicación."²⁷⁷

Asimismo, la supremacía constitucional implica que los jueces están obligados a respetar la Constitución, teniendo el poder-deber de aplicarla. Por tanto, si una ley es inconstitucional, los jueces no pueden aplicarla y deben preferir el texto de la Constitución, pues una ley inconstitucional no tiene valor alguno.²⁷⁸ En 1803, el juez Marshall definió en el célebre caso *Marbury vs. Madison*, que la Constitución era considerada *supreme law of the land*, por lo que se afirmó la necesidad de que las normas emanadas del Legislativo no sean contrarias a la Constitución.

Para García Torres, la primacía de la Constitución sobre todo el ordenamiento y sobre las normas de derecho privado, que forman parte de él, es algo indiscutible como consecuencia del principio de jerarquía normativa y en especial cuando de los derechos fundamentales se trata.²⁷⁹ En palabras de Mauricio Fioravanti:

parece necesario concebir la Constitución no sólo como una norma fundamental de garantía, sino también como norma directiva fundamental a la que deben conformarse en sus acciones, en nombre de los valores constitucionales, todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados. En definitiva, se concibe la Constitución no sólo como mecanismo encaminado a la protección de los derechos, sino también como *gran norma directiva*, que solidariamente compromete a todos en la obra dinámica de realización de los valores constitucionales.²⁸⁰

El origen de esta nueva concepción hay que buscarlo en el contenido mismo de los ordenamientos constitucionales de la posguerra. En efecto, la caracterización de la Constitución como ley superior con fuerza normativa propia, dentro de la cual los derechos humanos ocupan un lugar preponderante sirvió de base para un inusitado desarrollo de la dogmática constitucional en los últimos tiempos y particularmente de la teoría de los derechos humanos, pues como

²⁷⁷ Cfr. CUADRA-SALCEDO, Tomás, *Op. cit.*, p. 17.

²⁷⁸ Cfr. BREWER CARIAS, Allan R., *Estado de derecho y control judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, p. 26.

²⁷⁹ Cfr. GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, *Op. cit.*, p.16.

²⁸⁰ Cfr. FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones*, Editorial Trotta, 4ª ed., Madrid, 2003, p. 128

afirma Pedro de Vega, el derecho constitucional ha de contemplarse hoy en día, ante todo, como un derecho de garantías.²⁸¹ En ese sentido, la obligación de respetar un derecho fundamental se deduce directamente de la Constitución, y lleva aparejadas las correspondientes sanciones, y no es el reflejo de ninguna norma infraconstitucional que, por otra parte, de existir, debería respetar el contenido esencial del derecho fundamental que procede de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos.²⁸²

B) Eficacia frente a particulares

Como hemos tratado de demostrar -más allá de los esquemas desde los que el Estado liberal montó su propia utopía jurídica- existen conductas de sujetos y entidades diversos que pueden lesionar los mismos bienes jurídicos que procuran resguardar los derechos humanos. En ese sentido, frente a la teoría clásica que concibe al Estado como el único agente capaz de violar los derechos fundamentales, podemos mencionar la tesis de Leisner, para quien tanto en su forja histórica como en su formulación doctrinal, los derechos fundamentales se entendieron siempre como derechos oponibles no sólo a la acción del Estado, sino también a las posibles actividades lesivas de los particulares.²⁸³

Para Leisner, los derechos fundamentales, históricamente, no se gestaron sólo en la dialéctica Estado-individuo, sino que aparecieron en la confrontación privada con la idea de privilegio.²⁸⁴ En ese sentido, Leisner señala que el movimiento revolucionario europeo del siglo XVIII no sólo se dirigía contra las intervenciones estatales, sino que apuntaba también contra los privilegios corporativos y clericales, contra las prerrogativas económicas y sociales en el derecho privado.²⁸⁵ Lo anterior significa que, desde su origen, tomaron una dimensión pública -en cuanto que marcaban ámbitos exentos a la acción del

²⁸¹ Cfr. DE VEGA, Pedro, "Dificultades y problemas de la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* de la Universidad de Murcia, núm. 4, Madrid, 1994, p. 41.

²⁸² Cfr. CUADRA SALCEDO, Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 69 -70.

²⁸³ Cfr. LEISNER, W., *Grundrechte und Privatrechte*, München, Beck, 1960, pp. 30 y ss.

²⁸⁴ *Idem*. Para Leisner el movimiento revolucionario europeo del siglo XVIII no se dirigió contra el poder absoluto del Estado, sino que surgió del antagonismo ante el privilegio, y por consiguiente se dirigió ante todo contra determinadas formas de estructura social.

²⁸⁵ Cfr. ESTRADA, Alexei J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, *Op. cit.*, p. 31.

poder-, y a la vez privada -en cuanto chocaban frontalmente con la propia noción de privilegio-.²⁸⁶

Lo de menos es discutir ahora este tipo de interpretaciones. Basta con indicar, como demostró Ruggiero, que los privilegios -contemplados desde la ausencia de la distinción feudal entre lo público y lo privado- no eran más que la manifestación económica y social de auténticos poderes políticos y jurídicos. En ese sentido, ya en la década de los años cuarenta, Carr señalaba que: "El gobierno ha sido tradicionalmente visto como el villano en el drama de los derechos civiles (...) pero hoy en día esta visión es arcaica. El gobierno continúa siendo una amenaza, pero la amenaza proveniente de otras fuerzas es extremadamente seria. Éstas pueden y podrían ser equiparables a la acción gubernamental."²⁸⁷

Asimismo, Peces Barba nos recuerda que "el poder político no es el único capaz de dañar a las personas (...) la consideración exclusiva de los derechos como límites al poder estatal, es propia de un momento de predominio del positivismo estatalista en la cultura jurídica, situación que hoy ha cambiado profundamente (...) El derecho privado no es ya la expresión de un número reducido de normas generales y estables."²⁸⁸

Se plantea entonces la cuestión de si el Estado es el único sujeto vinculado por los derechos fundamentales, o si éstos pueden desplegar sus efectos en las relaciones de los particulares entre sí. Con este cuestionamiento, nos acercamos al tema de la eficacia de los derechos humanos entre particulares. En palabras de Stern, el problema se puede precisar en los siguientes términos: se trata de saber si las normas constitucionales que consagran derechos y libertades son aplicables en las relaciones jurídicas privadas de un modo tal que actúen sobre posiciones jurídicas de la misma naturaleza, y de ser resuelta de manera afirmativa esta pregunta, en qué medida y en qué extensión.²⁸⁹

²⁸⁶ Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 23-24.

²⁸⁷ Cfr. CARR, R., *Federal Protection of Civil Rights: Quest for a Sword*, Ithaca, Cornell University, 1947, p. 193.

²⁸⁸ Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Op. cit., p. 617.

²⁸⁹ Cfr. STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, C. H. Beck Verlag, München, 2000, p. 151.

Frente a este fenómeno, la doctrina más ortodoxa ha reservado el concepto de derechos humanos para referirse exclusivamente a las relaciones entre el individuo y los órganos del Estado. Sin embargo, ciertos doctrinistas se han preocupado por alcanzar soluciones de tutela jurídica y procesal. Al respecto podemos señalar la insistencia de la dimensión *horizontale* de los derechos humanos, esbozada por René Cassin, Jean Rivero y, después, René-Jean Dupuy. Es así que el profesor Rivero explicó en su *Amicorum Discipulorumque Liber* que es cierto que para que los derechos humanos sean observados es necesario hacerlos respetar también dentro de las relaciones entre personas privadas.²⁹⁰

La cuestión no reside en la postulación teórica de un reconocimiento de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, sino en cómo organizar jurídicamente esa eficacia en un sistema incapaz de otorgar contenidos reales y efectivos al principio de la autonomía de la voluntad. Además, se entenderá que al ser en el marco de la sociedad, y no del Estado, donde el hombre desarrolla su verdadera existencia, es en ese mismo ámbito de la autonomía de la voluntad, donde únicamente cabe situar con realismo la problemática jurídica de los derechos fundamentales.

Sin dejar de reconocer que el primer obligado al respeto y la protección de los derechos humanos es el Estado, y por ende es éste quien tiene la obligación exclusiva de protegerlos, podemos advertir que –desde otras perspectivas– también los particulares pueden estar obligados por estos derechos. No obligados a la prestación en que básicamente consisten, pero sí obligados por los derechos en el sentido de no interferir de ninguna manera el pleno desarrollo de los mismos, lo que significa, comportarse fraternalmente los unos con los otros, en consonancia con lo establecido en la Declaración Universal.

²⁹⁰ Cfr. COHEN, Gerard, "Hommage à Jean Rivero (1910-2001)", en *Revue électronique « Les droits fondamentaux »*, No. 1, Universidad de Nantes, Francia, julio-diciembre 2001, p. 6. www.revue-df.org, la traducción es nuestra.

Rivero propugna la extensión de los derechos fundamentales a las relaciones privadas, especialmente en situaciones de desigualdad; tal extensión la concibe como realizada técnicamente, bien por obra del legislador que impone una conducta determinada en sus preceptos a las relaciones privadas, bien por obra del juez que está comprometido constitucionalmente a defender la libertad.²⁹¹ En ese sentido, Rivero nos recuerda dos importantes funciones de los derechos humanos: por un lado, una función regulatoria, en la que el derecho fundamental interviene como parámetro de una conducta o de una relación jurídica privada; por otro lado una función interpretativa de la ley y del ordenamiento jurídico en general. En el primer caso, los derechos humanos aparecen como normas de conducta o normas primarias, en el segundo como normas sobre la producción de normas o normas secundarias.

Pedro de Vega, nos ofrece los siguientes ejemplos de derechos que provienen básicamente de la actuación de los particulares:

el derecho a una información veraz, recogido en el artículo 20.1 de la Constitución española, que vincula a cualquier medio de difusión y no sólo a los de titularidad pública. (...) los derechos sindicales – (...) en particular el derecho a huelga- establecido en el artículo 28, cuya efectividad opera frente a sujetos económicos privados. En el mismo sentido, cuando la Constitución española reconoce en el artículo 18.1 el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, establece un derecho cuyas posibles lesiones hay que presuponerlas más en el ámbito de lo privado que por la actuación de los poderes públicos.²⁹²

Asimismo, este autor señala la existencia de derechos fundamentales cuyas posibles colisiones sólo pueden pensarse en las relaciones entre particulares. En ese sentido ofrece el siguiente ejemplo relacionado con el ejercicio del derecho a la libertad de cátedra (artículo 20.1.c de la Constitución española) y el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes (artículo 27.6 de la Constitución española): "Si conforme al artículo 20.1.c el profesor puede exponer libremente su pensamiento, es claro que el ejercicio de esa libertad a quien afectará únicamente, será a quien en virtud del artículo 27 crea un centro de enseñanza y aspira a establecer en él su propio ideario."²⁹³

²⁹¹ Cfr. RIVERO, Jean, *Op. cit.*, p. 320.

²⁹² Cfr. DE VEGA GARCÍA, Pedro, *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales*, *Op. cit.*, p. 701.

²⁹³ *Ibid.* pp. 701-702.

Entre los derechos que pueden generar un problema de efecto horizontal se suelen mencionar los siguientes: a) libertad de tránsito, b) inviolabilidad del domicilio, c) libertad de religión, d) intimidad, e) honor y buena reputación, f) libertad de expresión, g) libertad de información, h) derecho de rectificación, i) libertad artística, j) libertad científica, k) igualdad, l) libertad de educación, m) libertad de trabajo, n) libertad de contratación, o) asociación, p) libertad sindical, q) propiedad y r) medio ambiente equilibrado y adecuado.²⁹⁴ Esta clase de derechos fundamentales los constituyen aquéllos que en su propia estructura contemplan directamente un conflicto entre particulares: es el caso, por ejemplo, de la cláusula de conciencia; nadie puede pensar que esa previsión constitucional se refiera sólo a las relaciones con el Estado, muy al contrario, se refiere a una situación general que en lo fundamental afectará a las relaciones privadas. Igual podríamos decir de otros derechos, como el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, que no son derechos de defensa frente al Estado, que generalmente no será quien los ataque, sino derechos de defensa frente a los demás particulares. Otro supuesto claro es el de la huelga como ruptura de las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo; el derecho de huelga se manifestará en el seno de las relaciones laborales, esto es, entre particulares; nadie puede pretender que el derecho de huelga contemple sólo una situación de conflicto frente al Estado, sino, en esencia, de conflicto entre particulares.

Como ejemplo de garantía que puede ser oponible ante violaciones de derechos humanos cometidas por particulares, mencionaremos la negociación colectiva sindical, la cual se define como el conjunto de relaciones y procesos de acercamiento y diálogo en cuyo seno la autonomía colectiva de los grupos antagonistas sociales (organizaciones de trabajadores y empresarios) produce el convenio colectivo.²⁹⁵ El convenio colectivo²⁹⁶ por su parte se define como “todo

²⁹⁴ Cfr. MENDOZA ESCALANTE, Mijail, “Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano”, en *Revista Pensamiento Constitucional No. 10*, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2004, p. 10.

²⁹⁵ Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho sindical español*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1988, p. 279.

²⁹⁶ El derecho a la negociación colectiva no aparece contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni tampoco en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Está regulado, sin embargo, en otros textos internacionales de derechos humanos: el artículo 4º del Convenio sobre el Derecho de sindicación y negociación colectiva de la OIT (1949) señala que: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores (...) y las organizaciones de trabajadores (...) el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de convenios colectivos, las condiciones de empleo.” A partir del Convenio citado, la OIT ha elaborado varias recomendaciones y convenios internacionales al respecto, entre los que destaca: el Convenio 154 sobre la negociación colectiva de 1981, la

acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos de acuerdo con la legislación nacional".²⁹⁷

A manera de ejemplo, la llamada cláusula *closed-shop*, mediante la cual un sindicato pacta con el patrón que éste no contratará personal que no sea del sindicato, limita el derecho a trabajar de los solicitantes no sindicalizados y, por tanto, es nula e inconstitucional. Vemos aquí que el derecho al trabajo tiene efectos entre el patrón y el sindicato no para obtener de éstos la prestación directa del derecho al trabajo, sino para evitar que los pactos entre particulares puedan interferir u obstaculizar la plena realización de ese derecho fundamental.²⁹⁸ En estos supuestos, por consiguiente, no ha lugar a discutir sobre la eficacia inmediata del derecho fundamental en las relaciones entre particulares, ya que en su propia estructura tal derecho aparece vinculado a relaciones privadas.

a) Los sujetos pasivos

En nada se avanza con enunciar un conjunto de derechos, si frente a cada uno de ellos no se sitúa al sujeto pasivo obligado a una determinada conducta en relación con el titular del derecho. La relación de alteridad respecto del tema de los derechos humanos nos muestra inicialmente dos sujetos: el que es titular de cada uno de esos derechos y que se llama sujeto activo; y el que está frente a él cargado con una o más obligaciones a cumplir para satisfacer aquellos derechos del sujeto activo, y que se llama sujeto pasivo.²⁹⁹

Recomendación 163 de 1981, la Recomendación 92 de 1951, la Recomendación 94 de 1952, la Recomendación 113 de 1960, la Recomendación 129 de 1967 y la Recomendación 130 de 1967. Asimismo, el apartado 6º de la Parte I de la Carta Social Europea establece que "todos los trabajadores y patronos tienen derecho a negociar colectivamente".

²⁹⁷ Definición recogida en la Recomendación de la OIT núm. 91 (1951) citada en PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.; *Op. cit.*, pp. 280-281.

²⁹⁸ Apud. RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Un modelo democrático de relaciones laborales" en *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, [s. e], Sevilla, 1977.

²⁹⁹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J. y HERRENDORF, Daniel E., *Principios de derechos humanos y garantías*, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 88.

En palabras de Bidart Campos, los derechos humanos no se agotan en una capacidad del titular, sino que –por ser precisamente derechos- se tienen en relación de alteridad frente a otros, que son los sujetos pasivos cargados con una obligación, un deber o un débito, es decir con un prestación cuyo cumplimiento viene a dar satisfacción al sujeto activo en su derecho.³⁰⁰ Debe anotarse, que en todo caso, la obligación de satisfacción no puede reconducirse a un único tipo, ya que las modalidades pasivas pueden ser varias frente a otro u otros.³⁰¹ A decir de Bidart Campos, la obligación, el deber o el débito, implican una prestación que puede consistir en a) omitir conductas violatorias o impeditivas del derecho del que es titular el sujeto activo, y b) cumplir una obligación positiva de dar algo o hacer algo a favor del sujeto activo.³⁰²

El sujeto pasivo en una relación de alteridad es aquél directamente grabado con obligaciones. Se trata del sujeto titular de la obligación de respeto y tutela de los derechos humanos, o como lo llamaría Lévinas, el sujeto moral responsable. En ese sentido, moralmente todos estamos obligados a respetar los derechos fundamentales de los demás. Así pues, consideramos que el derecho privado debe evitar, a través de los límites a la autonomía de la libertad y la subordinación al principio de supremacía constitucional, cualquier posible violación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Sin embargo, creemos que en aquellas relaciones privadas en las que ciertos individuos o entidades privadas se colocan en un plano de poderío o evidente desigualdad respecto de otras personas, debe privilegiarse la eficacia directa de los derechos humanos, admitiendo la protección de la justicia constitucional. Ahora bien, a continuación nos acercaremos al estudio de esos sujetos, respecto de los cuales, cabría invocar la eficacia de los derechos humanos de forma directa.

³⁰⁰ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Op. cit., p.7.

³⁰¹ Sobre el tema Vid ATIENZA, Manuel, "Una clasificación de los derechos humanos", en *Anuario de derechos humanos* No. 4, Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1986-87, p. 31 y ss.

³⁰² Cfr. BIDART CAMPOS, G., *loc. cit.*

Sociólogos y politólogos han constatado que más allá de la soberanía del Estado existen grupos, poderes y relaciones que inciden en la libertad individual con una fuerza igual o superior a la de las autoridades públicas,³⁰³ produciendo que la visión unidimensional individuo-Estado sea notoriamente insuficiente.³⁰⁴ Como ha sostenido el tratadista alemán Gerhard Leibholz, la vieja división de la sociedad en clases sociales se ha transformado en la actualidad en una organización crecientemente compleja, en la cual estas clases delimitadas han sido sustituidas por grupos sociales cada vez más numerosos.³⁰⁵ Al respecto, cabe recordar las consideraciones elaboradas en el dictamen que rindió la Comisión de la Constitución mexicana del año 1857 sobre el proyecto de la misma. Con relación al reconocimiento de los derechos humanos se señaló lo siguiente:

No pretendemos crear esos derechos, ni hacerlos dependientes de un pacto variable, como la voluntad de los contrayentes; pero por el respeto mismo que nos merecen, queremos decir en palabras claras y solemnes cuáles son las seguridades que nuestra sociedad puede prestar a tales derechos. No es que dudemos de ellos, ni señalemos una fecha a su sanción; es que suponemos, y con razón, que todavía hay monarquías más o menos pequeñas. Despotismos más o menos brillantes, aristocracias y clases más o menos modestas, que en esta lucha del pasado con el porvenir, quieren oscurecer esos derechos, y a título de no estar inscritos en una carta que es y deber ser la primera ley de la tierra, desconocerlos y conculcarlos.³⁰⁶

A decir de Héctor Fix-Zamudio, el concepto tradicional de autoridad, estimada como aquélla que se confiere al funcionario estatal para imponer coactivamente sus resoluciones a los particulares,³⁰⁷ se encuentra en la actualidad en crisis.³⁰⁸ Dicha crisis del concepto clásico de autoridad guarda relación con lo siguiente:

El fortalecimiento de los grupos sociales ha producido la crisis del concepto clásico de autoridad, ya que al mismo tiempo que el Estado interviene cada vez con mayor vigor en las actividades anteriormente reservadas a los particulares, los grupos sociales también han incrementado su fuerza tanto respecto de sus propios miembros

³⁰³ Cfr. RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto, *Derechos fundamentales entre particulares: una introducción a su problemática constitucional e internacional*, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Centro de Documentación Judicial, en www.csj.gob.sv/Doctrina.

³⁰⁴ Cfr. HÄBERLE, Peter, *Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania. Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, febrero-octubre 1993, p. 154.

³⁰⁵ Cfr. LEIBHOLZ, Gerhard, *La democracia como forma política y como forma de vida*, traducción de Santiago Martínez Haba y G. Wasserzioher de Martínez, 2ª ed., Madrid, 1996, pp. 13-25.

³⁰⁶ Cfr. ZARCO, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente (1856-1857)*, El Colegio de México, 1956.

³⁰⁷ Recuérdese la clásica exposición de Jorge Jellinek sobre la situación jurídica de los órganos del Estado, Cfr. JELLINEK, Jorge, *Teoría General del Estado*, traducción de Francisco de los Ríos, Madrid, 1915, tomo II, pp. 239 y ss.

³⁰⁸ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1988, p. 119.

como en relación con otros grupos o individuos. De esta manera, los particulares se encuentran, por lo que se refiere a la tutela de sus derechos humanos tanto individuales como sociales ante una doble amenaza, la de los funcionarios públicos y la de los organismos profesionales, económicos y políticos.³⁰⁹

Para Diego Valadés es demostrable que no sólo los órganos del poder estatal pueden infligir perjuicios e infringir derechos fundamentales.³¹⁰ En palabras de Forsthoff, el progresivo entrecruzamiento de Estado y sociedad obligará inexcusablemente a pensar de nuevo en la función y el lugar de los derechos fundamentales en el conjunto de la estructura estatal.³¹¹ Respecto al poder económico, José Saramago, Premio Nóbel de Literatura 1998, ha expresado:

Se ha vuelto evidente que el poder real es el poder económico. Tú no eliges a la administración de Coca Cola o de General Motors. Entonces, si el poder real es ése, todo lo que pasa por debajo es una falacia. Es decir, tú quitas un gobierno y pones otro, pero cómo será el gobierno que tú quitaste o el gobierno que has puesto; en el fondo van a hacer lo mismo. Van a hacer lo que le conviene al poder económico. De tal manera, el cambio que reclamaste queda frustrado. (...) el cumplimiento de los derechos humanos es incompatible con lo que está pasando en el mundo. Pues, entonces, si los reivindicas vas a tener que oponerte a lo que está pasando. Lo que nos lleva a pensar que la llave del problema está en encontrar mecanismos para controlar al poder real. Sí. El poder político tendría que controlar el poder económico, y no lo hace. Por eso digo que, en el estado en que se encuentran los gobiernos, no pasan de ser comisarios políticos del poder económico.³¹²

Lo cierto es que por encima y por debajo de la soberanía del Estado hay grupos, poderes y relaciones que, en la actualidad, inciden en la libertad individual con una fuerza que no está al alcance de las autoridades públicas.³¹³ Es en este escenario que, como según explica Antonio Cancado Trindade:

las propias formas de violaciones de los derechos humanos se han diversificado. Qué no decir de las violaciones perpetradas por organismos financieros y detentadores del poder económico, llevando a miles de seres humanos al empobrecimiento, si no a la pobreza extrema y al hambre. Qué no decir de las violaciones perpetradas por grupos clandestinos de exterminio, sin indicios aparentes de la presencia del Estado. Qué no decir de las violaciones perpetradas por los detentadores del poder de las comunicaciones. Qué no decir de los abusos y nuevas amenazas ocasionados por los propios avances en el campo científico-tecnológico. Qué no decir de las violaciones resultantes de la corrupción y la impunidad. Cabe concebir nuevas formas de protección del ser humano ante la actual diversificación de las fuentes de violaciones de sus derechos. El paradigma de protección (del individuo *vis-a-vis* el poder público) hoy corre el riesgo de tornarse insuficiente y anacrónico, por no mostrarse equipado

³⁰⁹ *Ibid.* pp. 128-129.

³¹⁰ Cfr. VALADÉS, Diego, *Op. cit.*, p. 9.

³¹¹ Cfr. FORSTHOF, E., *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñoz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 250-251.

³¹² Cfr. Saramago: *soy un comunista hormonal*, conversaciones con Jorge Halperin, Editorial Oveja Negra, 2a ed., Colombia, 2002, p. 18-19.

³¹³ Cfr. MERLE, M., *Sociología de las Relaciones Internacionales*, Madrid, 1978, p. 263 y ss.

para hacer frente a tales violaciones, entendiéndose que, aun en estos casos, permanece el Estado responsable por omisión, por no tomar medidas positivas de protección.³¹⁴

Al respecto, Vanossi –al referirse a la presencia protagónica de lo que llama grupos intermedios en la sociedad- reflexiona que:

al esfumarse las fronteras entre la sociedad y el Estado, como consecuencia lenta pero fatal de un proceso de "estatalización de la sociedad" y de la "socialización del Estado", se llega a la incertidumbre y a la imprecisión sobre las "reglas del juego" (...) El Estado titulariza el poder, pero los "grupos" interfieren en la toma de las decisiones a través de presiones que a menudo los convierten en verdaderos "contra-poderes" del Estado. Asimismo, la actuación de los grupos se torna polifacética al punto que (...) llegan –potencialmente- a peligrar los derechos de las personas, de una manera tal que era inconcebible al tiempo en que el constitucionalismo surgió bajo la égida de un generalizado individualismo.³¹⁵

En ese sentido, el historiador Christopher Lasch en su obra póstuma señaló que la principal amenaza de nuestra época procede de los que se encuentran en la cúspide de la jerarquía social. Hoy son las élites las que controlan el flujo internacional de dinero e información, presiden fundaciones filantrópicas e instituciones de enseñanza superior, manejan los instrumentos de la producción cultural y establecen de ese modo los términos del debate público. De acuerdo con este autor, actualmente el término *civilización occidental* evoca un sistema organizado de dominio diseñado para imponer la conformidad con los valores burgueses y mantener a las víctimas de la opresión patriarcal –mujeres, niños, homosexuales, personas de color- en un estado permanente de sometimiento.³¹⁶

Las élites a las que se refiere Lasch son definidas por Giovanni Sartori como grupos controladores que ejercen poder político, económico o de otro tipo, aun siendo más pequeños que la mitad del universo sobre el cual se ejercen dicho poder.³¹⁷ En ese sentido, Vanossi alude a la presencia protagónica de grupos intermedios en la sociedad, como una circunstancia destacable del constitucionalismo social, entre los que menciona a los sindicatos de obreros y a los partidos políticos. Estos grupos en su acción e interacción dinámica originan

³¹⁴ Cfr. CASCADO TRINDADE, Antonio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 412-413.

³¹⁵ Cfr. VANOSI, Jorge Reinaldo A., *Op. cit.*, pp. 76-77.

³¹⁶ Cfr. LASCH, Christopher, *La rebelión de las élites y la traición a la democracia*, trad. Francisco Javier Ruiz Calderón, Paidós, Madrid, 1996, p. 31.

³¹⁷ Cfr. SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia 1. El debate contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 2000, pp. 182-186.

un replanteo en la idea de defensa social frente al abuso del poder: ya no se trata del abuso del poder político como forma única de resistencia a la opresión, sino que el abuso del poder económico y social de las corporaciones de intereses, abre paso a nuevas formas de opresión. La protección del individuo frente al accionar de toda persona o grupo que atente contra sus derechos, crea la necesidad de extender la noción clásica de protección de los derechos frente al Estado, llevándola al ámbito de una protección *erga omnes* (frente a todos), dado que los abusos que lesionan la libertad pueden tener la más variada procedencia.³¹⁸

Más allá del reconocimiento de la existencia de estos grupos que ejercen cierto poder en la dinámica social, advertimos como importante el reconocimiento y protección de aquellos sectores que quedan sumergidos por la presión ejercida a través de estos nuevos protagonistas. Lo cierto es que, como ha expresado Héctor Fix-Zamudio:

la sociedad contemporánea asume un carácter grupal cada vez más complejo, en el cual el tradicional imperio, que era el elemento distintivo de la autoridad, se ha venido desdibujando y actualmente los llamados grupos de interés y de presión poseen un poderío si no superior, al menos similar al de los funcionarios estatales, por lo que pueden afectar, a veces con mayor fuerza que las propias autoridades, la esfera jurídica de los particulares, incluyendo aquélla relativa a los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente.³¹⁹

En consecuencia, en las sociedades actuales, que con razón han sido calificadas de corporativistas, se multiplican los llamados poderes privados, que rompen las posiciones de igualdad, paridad y simetría, que serían necesarias en las relaciones entre particulares para poder hablar con rigor de una auténtica autonomía de la voluntad. Es por ello que, a decir de Rubén Hernández:

en los ordenamientos constitucionales existen normas sobre derechos fundamentales que no sólo proporcionan una protección dentro de la esfera de libertad frente al Estado sino que garantizan a cada ciudadano un *status social* en sus relaciones jurídicas con los demás y en especial con las formidables fuerzas sociales, los grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío en la sociedad moderna, amenaza al individuo aislado e impotente, y frente a los que el Estado debe o puede intervenir.³²⁰

³¹⁸ Cfr. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Op. cit.*, pp. 73-75.

³¹⁹ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*; Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1988, p. 101.

³²⁰ Cfr. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *La tutela de los derechos fundamentales*, Juricentro, San José, 1990, p. 108.

En efecto, la situación de indefensión a la que se ve sometido el individuo en una sociedad dominada, controlada y dirigida por poderes privados, hace que el planteamiento de los derechos y libertades no se conciba ya sólo en relación al poder del Estado, sino además ante ese conjunto de poderes privados capaces también de conculcarlos. Lo que supone un cambio radical en el entendimiento de la problemática constitucional y de la teoría de los derechos fundamentales, la cual no puede seguirse planteando desde una posición que reduzca su visión al enfrentamiento entre el Estado y el individuo, sino que por exigencias de la lógica más elemental, habrá que entenderla fundada desde una perspectiva más amplia, puesto que los derechos fundamentales son lesionados también, y en todas partes, por los múltiples poderes privados surgidos en el seno de la sociedad del presente. Ello determina la necesidad de establecer instrumentos jurídicos y procesales adecuados para la protección de los citados derechos.

Por último diremos que el estudio del sujeto pasivo nos conduce al análisis de una de las características fundamentales para sostener la tesis de la eficacia de los derechos humanos entre particulares: el poder. Tal como hemos visto, es sobre todo a partir de la historia reciente que numerosos autores han reconocido la existencia de poderes alternos al ejercido por el Estado. Entre estos autores se encuentra Georges Bourdeau, quien reconoce que si el Estado es poder, no es el único poder que existe en la colectividad. Hay en ella una pluralidad de representaciones del orden deseable y, por consiguiente, una multiplicidad de poderes³²¹

En su significado más general, la palabra poder designa la capacidad o posibilidad de obrar, de producir efectos. Entendido en sentido específicamente social, esto es en relación de la vida del hombre en sociedad, el poder se precisa en la capacidad del hombre para determinar la conducta del hombre³²² o como diría Weber, en la probabilidad de imponer la propia voluntad.³²³ A decir de Oppenheim, el poder ha de construirse como un concepto de relación, referido a

³²¹ Cfr. BOURDEAU, Georges, *El Estado*, Seminarios y Ediciones, 1975, p. 85.

³²² Cfr. BOBBIO Norberto y otros, *Op. cit.*, p. 1190.

³²³ Cfr. WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991. p. 43.

relaciones de interacción entre personas y grupos. La mayoría de los politólogos están de acuerdo en que el poder y sus conceptos análogos son conceptos de relación.³²⁴

En ese sentido, nuestra noción de poder es aquélla que tiene que ver con la relación de alteridad entre dos sujetos, en la que se encuentra de por medio la eficacia de uno o más derechos fundamentales. Fernández Miranda constata el carácter interactivo del poder al señalar que la palabra poder significa dominio, imperio, señorío, capacidad de mandar o ejecutar algo. El poder implica relación, es capacidad de decisión sobre otro.³²⁵ Ahora bien, el poder social, que es el que nos interesa, no es una cosa o una posesión: es una relación entre hombres, a saber es el "poder de un hombre sobre otro hombre."³²⁶

Dicha relación posee el carácter de triádica, lo que significa que para definir un cierto poder, no basta con especificar la persona o el grupo que lo retiene y la persona o el grupo al que están sometidos, sino que hay que determinar también la esfera de actividades a la cual el poder se refiere, es decir la esfera del poder, ya que la misma persona o el mismo grupo pueden ser sometidos a varios tipos de poder relacionados con diversos campos. La esfera del poder puede ser más o menos amplia y más o menos claramente delimitada.³²⁷

Lo anterior significa que existen tantas especies de poder como tipos en que pueden ser agrupadas las actividades del ser humano. De manera que hay diversas modalidades del poder, entre las que podemos mencionar: el familiar, el afectivo, el intelectual, el ideológico, el económico y el político.³²⁸ En ese sentido, Weber percibe las distintas formas en que se produce el poder: "el poder se traduce en la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad (...) el concepto de poder es sociológicamente amorfo. Todas las

³²⁴ Cfr. OPPENHEIM, Felix E., *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 14-15.

³²⁵ Cfr. FERNÁNDEZ MIRANDA, Torcuato, *Estado y Constitución*, Espasa-Calpe, 1975, p. 50.

³²⁶ Cfr. BOBBIO Norberto y otros, *Diccionario de Política*, Op. cit., p. 1191.

³²⁷ *Idem*. "El poder del médico se refiere a la salud, el del maestro se refiere principalmente al aprendizaje del saber, el empresario influye la conducta de los subordinados, sobre todo en la esfera económica y en la de la actividad profesional (...):"

³²⁸ Cfr. SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, Op. cit., pp. 529-531.

cualidades imaginables de un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada (...).³²⁹

Lo cierto es que el poder, así concebido, implica la existencia de una desigualdad. Para Rawls, una razón para controlar las desigualdades sociales y económicas es impedir que una parte de la sociedad domine al resto, al tiempo que reconoce que "las desigualdades políticas y económicas significativas se asocian a menudo con las desigualdades de estatus social que animan a los de menor estatus a considerarse a sí mismos inferiores y a que los demás también los consideren de ese modo. Esto puede suscitar actitudes generalizadas de deferencia y servilismo, por un lado, y una voluntad de dominio y una actitud arrogante, por el otro."³³⁰

b) La relación de alteridad y la teoría de Emmanuel Lévinas

Ya en el Capítulo I señalábamos la importante aportación de Aristóteles al definir a la justicia como el ejercicio de todas las virtudes referido al otro. En 1965, en su visita a la ONU, el Papa Pablo VI pidió que cada uno tenga conciencia de su responsabilidad y se comprometa a trabajar para el destino de todos los pueblos y de toda la humanidad; "¡nunca más los unos contra los otros, nunca, nunca más!"³³¹

El valor alteridad consiste en el reconocimiento y promoción del *otro* en su diferencia, como ser personal tan digno como uno mismo. Éste es, para Truyol, el gran tema de nuestro tiempo.³³² Para Boutros-Ghali los derechos humanos, vistos a escala universal, nos plantean la dialéctica más exigente: la de la identidad y la alteridad, del *yo* y del *otro*. Nos enseñan que somos a la vez idénticos y

³²⁹ Cfr. WEBER, Max, *Op. cit.*, p. 43.

³³⁰ Cfr. RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. Andrés De Francisco, Paidós, Madrid, 2002, pp. 177-178.

³³¹ Cfr. Visita de S. S. Pablo VI a la ONU, en Documentación Católica 62, 1965, p. 1734.

³³² Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, "Los derechos humanos en perspectiva histórica" en *IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Granada, 1980, p. 31.

diferentes.³³³ El estudio de la alteridad nos permite identificar dos elementos de gran utilidad para nuestra tesis: a) el reconocimiento del *otro* y b) el reconocimiento de que el *otro* es diferente a uno mismo.

Como ya lo señalamos, a partir de la idea de persona se afirma que cada ser humano es único, diferente a los demás, en tanto constituye una unidad distinta de cualquier otra.³³⁴ El ser humano es idéntico en dignidad, así como los derechos humanos lo son en validez. Sin embargo, el ser humano es desigual, de la misma manera en que los derechos humanos son desigualmente eficaces. Esto último significa que, en virtud de ciertas condiciones sociales que en ocasiones colocan al ser humano en posiciones de desigualdad respecto de los otros, sitúan también a los derechos humanos en aptitud de ser menos eficaces respecto a los mismos que encuentran un escenario de realización menos desfavorable.

Retomamos aquí lo expuesto a lo largo de la presente tesis, en el sentido de que las condiciones sociales e históricas, o lo que Aristóteles llamaba las exigencias de la vida, son las que conducen a que los derechos humanos gocen de una eficacia mayor para ciertas personas y menor para otras. Así pues, los seres humanos somos en esencia iguales y circunstancialmente desiguales. En ese sentido, coincidimos con quienes afirman que la alteridad, el reconocimiento del *otro* en su diferencia, es condición necesaria de la eficacia de los derechos humanos.³³⁵

Para Trias, la trascendencia del tema es tal que ha llegado a expresar que se trata de un tema político de primer orden, advirtiendo que "o se orienta la atención y el ánimo hacia ese reconocimiento, o los viejos demonios del exclusivismo, bajo forma etnocéntrica y racista, devorarán todo posible horizonte de entendimiento entre los hombres".³³⁶ En términos de Hans Georg Gadamer, el filósofo de la

³³³ Discurso del Secretario General de Naciones Unidas en la apertura de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 1993.

³³⁴ Cfr. ADAME GODDARD, Jorge, *Op. cit.*, pp. 83-84.

³³⁵ Cfr. MAGENDZO, Abraham, "Alteridad, componente fundante de una educación ciudadana", en www.educarchile.cl.

³³⁶ Cfr. TRIAS, E., "Humanidades" en *El País*, Madrid, viernes 19 de junio de 1992, p. 17.

hermenéutica moderna, la relación de alteridad se refiere a la capacidad ética de reconocer al *otro* como un legítimo *otro*.³³⁷

La relación interpersonal de alteridad que existe entre los hombres es la causa material del derecho. El interactuar humano es el escenario en el cual se confrontan las personas y sus bienes esenciales, lo que hace necesario determinar lo que es de cada uno y lo que es de los demás. Así se potencian las conductas que al buscar lo suyo, se actualizan en lo justo, y nos lleva al necesario equilibrio que impone el ejercicio de conductas rectas, lo que es la esencia del derecho. Saber ante quién pueden hacerse valer los derechos fundamentales implica establecer o especificar el sujeto pasivo de una relación jurídica, y por tanto determinar la relación de alteridad –como ha señalado Bidart Campos³³⁸ de un sujeto frente a otro. No hacerlo equivaldría a señalar que los derechos carecen de sentido y efectividad. Asimismo, la cuestión influye decisivamente en el grado de seguridad con que podamos ejercer los derechos fundamentales en el grupo social, por lo que constituye un interés que no es meramente académico, sino de vital importancia práctica en el mundo del derecho.

Sobre el tema, resulta de gran importancia acudir a las aportaciones del filósofo Emmanuel Lévinas (1905-1995), quien interpelando tanto a filósofos como a teólogos, construye –dentro del pensamiento francés y la influencia de la fenomenología alemana- una teoría ética de la alteridad. Su experiencia de vida se arraiga en la conciencia de un pueblo que ha padecido las barbaries nazis, lo que lo hace pensar en la ética de la atención como centro de su pensamiento. En ese sentido, Lévinas nos ayuda a fundamentar los derechos humanos a partir de la experiencia límite del sufrimiento y de la barbaridad de los pueblos.³³⁹

Después de Auschwitz la preocupación de Lévinas no podía quedar remitida a los modos de ser o a la comprensión del ser; sino a la relación del ser con el *otro*, a la responsabilidad y encuentro con el *otro*. La ética para Lévinas está más

³³⁷ Cfr. GEORG GADAMER, Hans, *El círculo hermenéutico y el problema de los prejuicios*, Teoría, Universidad de Chile, 1976, [s. p.].

³³⁸ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, 2ª ed., Buenos Aires, 1991, p. 7.

³³⁹ Cfr. SCHAEFER, G., *Op. cit.*

allá del ser.³⁴⁰ Las tesis esenciales de su pensamiento quedaron expuestas en *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad* (1961), obra en la que desarrolló la idea de que la presencia del *otro* -y, más concretamente, "el rostro (*visage*) del *otro*"- que llama a la conciencia moral a rechazar toda violencia con respecto al *otro*, es una experiencia fundamental que desconocen las filosofías de la totalidad, que reducen el *otro* al mismo. En esta obra, Lévinas invita a reconocer al *otro* como un ser humano en relación con el mundo y con otros seres humanos.³⁴¹

Lévinas propone una concepción de la alteridad que llama a la responsabilidad de cada uno para con el *otro*, quien es la fuente de toda alteridad y garantiza una fundamentación de los derechos humanos.³⁴² El rostro, es el modo por el cual el *otro* se presenta y expone su forma, la totalidad de su contenido.³⁴³ El rostro no es solamente la imagen plástica del *otro*, sino todo lo invisible de su vida, su trascendencia y su libertad. El rostro testimonia la presencia del tercero, de toda la humanidad.³⁴⁴

De esta manera, el *otro* pasa del estatuto de objeto a conocer al estatuto de rostro a acoger,³⁴⁵ y es precisamente en el momento en que el sujeto toma conciencia del *otro* cuando nace la convicción de que el Yo ya no puede escaparse más. Nótese que el *otro* cuestiona mas no lastima la libertad humana, sino que despierta su responsabilidad. En esta manifestación del *otro* existe una justicia que cuestiona, que acusa toda libertad arbitraria y obliga al Yo a asumir su responsabilidad. El *otro* me aborda desde lo alto³⁴⁶ y se impone como una exigencia que domina la libertad e indica el fin de mis poderes.³⁴⁷ El *otro*, desde su miseria o su señorío, manda al Yo como un maestro.³⁴⁸ En su trascendencia, el *otro* no violenta ni lastima la libertad del sujeto, sino la instaura a través de una enseñanza y un lenguaje.³⁴⁹

³⁴⁰ Cfr. MAGENDZO, Abraham, artículo citado en www.educarchile.cl.

³⁴¹ Cfr. LÉVINAS, Emmanuel, *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Sigueme, Salamanca, 1977.

³⁴² Cfr. SCHAEFER, G.; *Op. cit.*

³⁴³ Cfr. LÉVINAS, Emmanuel, *Op. cit.*, p. 75.

³⁴⁴ *Idem*, p. 226.

³⁴⁵ Cfr. PLOURDE S., *Débats inscrits à l'agenda de la réflexion éthique*, Ethica 9, 1997, pp. 163-178.

³⁴⁶ Cfr. LÉVINAS, Emmanuel, *Op. cit.*, p. 188.

³⁴⁷ *Ibid.* p. 109.

³⁴⁸ *Ibid.* pp. 95 y 226.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 212.

La libertad consiste en saber que la libertad está en peligro. Pero saber o ser consciente, es tener tiempo para evitar y prevenir el momento de inhumanidad.³⁵⁰ Para Lévinas, la prueba suprema de la libertad no es la muerte sino el sufrimiento.³⁵¹ Para Lévinas, reducir el *otro* a lo mismo, es reducir lo múltiple a la totalidad, es por esto que la adaptación del *otro* a lo mismo "no se obtiene sin violencia."³⁵² Para el filósofo, igualar el *otro* al mismo es ejercer sobre el *otro* un poder indebido y arbitrario, es en definitiva, aniquilar la diversidad subsumiéndola a la homogeneidad.³⁵³

Lévinas proyecta esa relación de alteridad, esa responsabilidad para con el *otro* de una manera universal: "El hombre no es próximo a mi simplemente en el espacio, o allegado como un pariente, sino que se aproxima esencialmente a mi en tanto yo me siento –en tanto yo soy- responsable de él."³⁵⁴ La revelación del *otro* le hace participar de la universalidad. Su presencia conduce a la defensa de los derechos del *otro* y expone la conciencia al sufrimiento. En adelante el sujeto es un ser para el *otro*.³⁵⁵

Para Lévinas los derechos humanos nacen en una historia y requieren tiempo y paciencia. En esta historia humana la apertura desinteresada al *otro* trastorna verdaderamente al Yo y lo provoca al universal, es decir, al deseo de vivir con y en medio de los otros.³⁵⁶ Magistralmente, Lévinas establece que "sin duda, en rigor filosófico, es importante no pensar los derechos humanos a partir de un Dios desconocido. Pero es posible aproximarse a la idea de Dios partiendo de lo absoluto que se manifiesta en la relación con los demás (...)."³⁵⁷

Lévinas rompe con el idealismo de la modernidad y construye una ética de la atención, de la responsabilidad, de la vigilancia, del cuidado por el *otro*, una moral heteronómica. Por consiguiente, mientras que a Kant le preocupa el desarrollo de

³⁵⁰ *Ibid.* p. 59.

³⁵¹ *Ibid.* p. 252.

³⁵² Cfr. LÉVINAS, Emmanuel, *Difficile liberté*, Le livre de poche, Paris, 1995, p. 409.

³⁵³ *Idem.*

³⁵⁴ Cfr. LÉVINAS, Emmanuel, *Ética e infinito*, Gráficas Rogar, 2ª ed., Madrid, 2000, p. 78.

³⁵⁵ Cfr. SCHAEFER, G., *Op. cit.*

³⁵⁶ *Idem.*

³⁵⁷ Cfr. LÉVINAS, Emmanuel, *Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro*, Pre-textos, Valencia, 1993, pp. 243-246.

una moral autónoma, a Levinas le interesa el sujeto moral responsable de los sufrimientos del *otro*, vigilante del *otro*.³⁵⁸ Por último, para Lévinas hablar de derechos humanos consiste en reconocer los derechos de hombres concretos, limitando siempre a la vez su voluntad libre y protegiéndole de toda violencia. Los derechos humanos son, ante todo, derechos del otro hombre y constituyen una coyuntura en la que Dios adviene a la idea. Ser Yo en el mundo es siempre tener una responsabilidad con los *otros*. Y ser para *otro* designa lo humano en los derechos que una sociedad se da.³⁵⁹

c) La autonomía de la voluntad

Por autonomía de la voluntad o autonomía privada entenderemos el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares de regular por sí sus intereses o, como prefieren decir otros, sus relaciones jurídicas con los demás sujetos.³⁶⁰

La autonomía privada es el poder de autodeterminación que le es reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho. Es el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas.³⁶¹

Dicho poder de los particulares de regular por sí sus propios intereses o las relaciones jurídicas que entablan con otras personas tiene sus naturales limitaciones que, en términos generales, están constituidas por las buenas costumbres y las leyes imperativas, esto es, aquellas leyes que necesariamente deben cumplirse y que no pueden ser descartadas ni modificadas. Dichas limitaciones tienen el objetivo de evitar que los intereses de los particulares se contrapongan a los de la sociedad o que terceros puedan ser perjudicados.³⁶²

Así pues, la autonomía privada en modo alguno puede tener carácter absoluto, no sólo por la limitación inherente a la persona, sino porque de ser así

³⁵⁸ Cfr. MAGENDZO, Abraham, artículo citado en www.educarchile.cl.

³⁵⁹ Cfr. SCHAEFER, G., *Op. cit.*

³⁶⁰ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A, *II Derecho Civil. Parte preliminar y parte general*, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 1991, p. 155.

³⁶¹ Cfr. Diccionario Jurídico Espasa, *Op. cit.*, p. 101.

³⁶² Cfr. ALLESANDRI RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 156.

desembocaría en anarquía social, por lo que el ejercicio de la autonomía privada ha de moverse dentro de un marco general, constituido por las leyes imperativas, la moral y el orden público.³⁶³ En ese sentido, la cuestión se concretará en decidir en qué medida los derechos fundamentales aparecen como límites a la autonomía privada, y en qué medida corresponde al derecho resolver tales conflictos.³⁶⁴ El planteamiento sería el siguiente: ¿debe el Estado intervenir afectando a esferas individuales protegidas por derechos fundamentales en conflicto, o el Estado no debe intervenir legitimando el resultado de la actuación libre de los particulares?

Coincidimos con Rübner cuando señala que las colisiones entre los derechos fundamentales se plantean no como un conflicto de intereses entre dos ciudadanos, sino que se trata más bien de otro fenómeno: el Estado debe intervenir en la regulación de tales derechos con la intención de protegerlos.³⁶⁵ Lo antes señalado, implica movernos en el cauce de las relaciones interpersonales,³⁶⁶ terreno donde tendrá relevante importancia la llamada *colisión de derechos*, es decir, el conflicto entre diversos individuos que en una sociedad plantean el uso debido de sus derechos, pero que en un momento se topan con el derecho de otra persona que a su vez justifica su acción en el uso legítimo de otro derecho humano. Los problemas de mayor magnitud se plantearán respecto a relaciones entre particulares donde se ha hecho uso del principio de la autonomía de la voluntad sin limitación u obstaculización alguna por parte del Estado.

³⁶³ Vid. Diccionario Jurídico ESPASA, *Op. cit.*, pp. 101-102.

³⁶⁴ Al respecto Cfr. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, "Autonomía privada y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo I (enero-marzo), tomo XLVI, Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993; y AGUIAR DE LUQUE, Luis, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española", en *Revista de Derecho Político No. 10*, Madrid, 1981, p. 115.

³⁶⁵ Cfr. PABÓN DE ACUÑA, José María, *Op. cit.*, p. 2210.

³⁶⁶ Se ha utilizado la división de conflictos interpersonales e intrapersonales en el lenguaje jurídico, para resaltar el matiz, que provoca el sujeto activo en la relación jurídica. Los primeros son aquéllos donde los titulares de uno y otro derecho son distintos, refiriéndose generalmente esta clasificación a conflictos entre particulares. Los últimos son aquéllos, donde el conflicto se plantea entre los derechos de un solo individuo. (ejemplo: el suicidio, la eutanasia pasiva, etc.) Vid. RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Autonomía individual y derecho a la propia vida. (Un análisis filosófico-jurídico)", en *Revista de Centro de Estudios Constitucionales No. 14*, Madrid, enero-abril 1993.

CAPÍTULO III

PRINCIPALES APORTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE PARTICULARES

1. Antecedentes

Los principios liberales de la Revolución Francesa concluyeron en una separación simplista entre autoridad e individuo, cuya máxima expresión se encontraba en la Ley *Chapelier*,³⁶⁷ expedida en Francia con la intención de destruir todo sistema intermedio entre el Estado y los particulares, y que a decir de Vanossi produce la “amputación legal del derecho de asociación.”³⁶⁸ Esa concepción liberal partió de la separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de los términos de este binomio un estatuto jurídico diferente. De forma que la Constitución era concebida como estatuto jurídico del Estado, teniendo como correlato, en el ámbito de lo privado al Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad.

En virtud de lo anterior, los derechos fundamentales y su plasmación positiva en las Constituciones que se van promulgando a partir de finales del siglo XVIII tienen como objetivo garantizar un ámbito personal exento a la injerencia estatal. El hecho que los presupuestos teóricos del constitucionalismo moderno encontraran fundamento en la idealización de una esfera de libertad frente al poder trajo como consecuencia que en una buena parte de las Constituciones modernas, no se haya recogido pronunciamiento alguno del tema del efecto horizontal de los derechos fundamentales, ni de su garantía constitucional frente a vulneraciones efectuadas por particulares.³⁶⁹

Asimismo, la legislación privada asumió como fundamentales, al grado de sacralizarlos, los principios de *generalidad de la ley*, *igualdad ante la ley* y *autonomía de la voluntad*. Por lo tanto, fue a través de la satisfacción y cumplimiento de estos principios como se pensó que se podía realizar y

³⁶⁷ La Ley *Chapelier* del 4 de junio de 1791, llamada así por el nombre de su autor, prohibía la organización gremial.

³⁶⁸ Cfr. VANOSI, Jorge Reinaldo A., *Op. cit.*, p. 75.

³⁶⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto, artículo citado en www.csj.gob.sv/Doctrina.

garantizar jurídicamente la libertad del hombre sobre la tierra. Es así que en su origen y evolución posterior, los derechos fundamentales se conciben como garantías o instrumentos de defensa frente al Estado, no siendo de aplicación a las relaciones jurídicas privadas. De esta forma, se planteó la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales, desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos.

Sin embargo, la separación tajante entre la Constitución y el Código Civil ha dejado de servir de descripción exacta de la estructura fundamental del ordenamiento, porque la idea subyacente, la separación igualmente estricta entre el Estado y la Sociedad, ha dejado de existir.³⁷⁰ Lo cierto es que ante las omisiones de los textos constitucionales, han tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia las que, respondiendo a elementales exigencias de la lógica jurídica, y supliendo los silencios constitucionales, abrieran el camino al reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Reconocimiento tanto más obligado cuanto que el propio enriquecimiento numérico y de contenido de los derechos fundamentales, ha determinado la aparición de derechos en cuyos ámbitos de actuación la intervención del Estado es limitada, y cuyas lesiones provienen básicamente de la actuación de los particulares.³⁷¹

La pretendida igualdad entre los individuos resulta artificial frente al poderío de algunos de ellos, que se sitúan injustamente sobre los demás y le impone condiciones despiadadas bajo el pretexto de una pretendida igualdad jurídica entre los hombres, surgiendo así en la primera posguerra una transformación de esta concepción individualista y liberal que trajo consigo el reconocimiento de los derechos sociales, por conducto de dos fenómenos paralelos: la socialización del derecho y el derecho social.³⁷²

³⁷⁰ Cfr. GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1977.

³⁷¹ Cfr. DE VEGA GARCÍA, Pedro, *Op. cit.*, p. 701.

³⁷² Para la diferenciación entre la socialización del derecho y el derecho social, Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Introducción al estudio del derecho procesal social" en *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada*, Madrid, 1965, pp. 502-510 y bibliografía ahí citada.

2. La socialización del derecho y el derecho social

El fenómeno de socialización del derecho consiste en la modificación de las disciplinas jurídicas a través del enfoque de la dimensión social de la persona humana. Dicho fenómeno se caracterizó por la renovación de los principios que regían las disciplinas jurídicas tradicionales, con la adición de nuevos elementos de justicia social, como sucedió con los ordenamientos civil, comercial, administrativo e inclusive constitucional, en los cuales se advirtió la intervención decidida de las autoridades para proteger a los sectores marginados y lograr, a través de la tutela jurídica, una verdadera igualdad.

Por otra parte, algunos sectores jurídicos comenzaron a esbozar principios completamente nuevos, con lo cual se consolida la creación de nuevas disciplinas que se habían iniciado a fines del siglo XIX, las cuales se agrupan de manera gráfica bajo la denominación de derecho social, el cual abarca el surgimiento de nuevas normas jurídicas orientadas a la protección de los grupos sociales marginados. En ese sentido, el derecho social está destinado a regular las instituciones laborales, de seguridad social, agrarias y económicas, diseñadas con el criterio fundamental de la tutela de los débiles económica, social y culturalmente, frente al imperio de los empresarios, los terratenientes y las grandes empresas, ahora incluso de carácter transnacional.³⁷³ Sólo la configuración del Estado como social de derecho, será la que culmine en alguna forma con la evolución en la consecución de los fines de interés general, la que armonice una acción mutua entre Estado y sociedad, y difumine la dicotomía derecho público-derecho privado.³⁷⁴ Sin embargo, lo anterior no significa que esta interacción implique a su vez la desaparición de las respectivas categorías o ámbitos de lo público y lo privado. Es decir, no puede interpretarse en el sentido de la completa confusión entre Estado y sociedad y la improcedencia de toda distinción funcional y técnica entre derecho público y privado.

³⁷³ En la primera posguerra se advierte claramente esta transformación con la creación de nuevas disciplinas jurídicas sorprendentemente dinámicas, especialmente las relativas al derecho del trabajo, el derecho social agrario, las primeras manifestaciones de la seguridad social y la regulación de las actividades económicas, a través del enfoque de lo que el tratadista Boris Mirkine Guelzevitch calificó como "dimensión social del derecho". Cfr. MIRKINE GUETZEVITCH, Boris, *Las nuevas Constituciones del mundo*, Editorial España, Madrid, 1931, p. 37.

³⁷⁴ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y administración, Tres estudios*, Coedición de INAP-BOE, Madrid, 1995, p. 32.

Al respecto, Aguiar de Luque sostiene que "Estado y sociedad civil no constituyen hoy dos sistemas autónomos y auto-regulados, sino dos sistemas interdependientes con múltiples puntos de interconexión, que legitiman una intervención de los poderes públicos y que se concreta en la expresión Estado social."³⁷⁵ En ese sentido, Antonio Truyol ha señalado que "la conciliación de los derechos sociales con los individuales es la meta que persigue hoy en Occidente el llamado Estado social de Derecho."³⁷⁶

En la mayoría de los ordenamientos constitucionales del siglo XIX, se otorgó primacía a la protección de los derechos humanos de carácter individual, la que debía hacerse valer frente a las autoridades públicas, las cuales estaban obligadas a respetar –generalmente a través del deber de abstención- las libertades clásicas de expresión, de movimiento, de tránsito y de reunión. Ante los tradicionales derechos individuales de la persona, es decir, los clásicos derechos del hombre, aparecen otros grupos de derechos, también de carácter esencial para la dignidad humana, pero que están dirigidos a proteger a la persona humana como ser social, así como a los grupos de que forma parte, por lo que se han denominado derechos económicos, sociales y culturales.³⁷⁷

Como es bien sabido, la Constitución mexicana del 5 de febrero de 1917 fue la primera del mundo en elevar varios de estos derechos a la categoría de normas constitucionales,³⁷⁸ iniciando así lo que se ha denominado *constitucionalismo social*,³⁷⁹ que continuó la Constitución alemana de Weimar de 1919. A decir de Fix-Zamudio, la ley suprema mexicana de 1917, "elevó al rango constitucional un conjunto de disposiciones tutelares de los derechos sociales de los grupos de trabajadores y de campesinos, tradicionalmente débiles ante los patronos y los

³⁷⁵ Cfr. AGUIAR DE LUQUE, Luis, "Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Estado de la cuestión". en *Actualidad Jurídica X*, editorial ECSA, Barcelona, 1981, p. 7.

³⁷⁶ Cfr. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Op. cit.*, p. 22.

³⁷⁷ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Op. cit.*, p. 102.

³⁷⁸ La Constitución Federal del 5 de febrero de 1917 en su texto original refleja una época de transición entre el Estado liberal representado por la Constitución Federal de 1857 y las nuevas transformaciones hacia la socialización y la creación del derecho social. Al respecto, Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La protección jurídica de los derechos humanos" en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, año II, núm. 5, México, mayo-agosto 1987, pp. 357-388.

³⁷⁹ Sobre el nacimiento y desarrollo de los derechos sociales reconocidos en la Constitución mexicana de 1917, Cfr. TRUEBA URBINA, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo*, México, Porrúa, 1971.

terratenedentes.”³⁸⁰ Lo cierto es que la contribución de la Constitución de 1917 es trascendental, en tanto que amplía la valoración del ser humano, al estimarlo no sólo en su *status* particular de libertad y dignidad ante el poder, sino también en el entorno social y económico.³⁸¹

Para González Porras, será a partir de la Constitución de Weimar de 1919, donde la norma constitucional deja de ser fuente exclusiva de derecho público, reguladora de la forma de gobierno y de las garantías individuales, para aparecer al mismo tiempo y sin olvidar aquellas otras funciones, como ley fundamental en las relaciones entre particulares.³⁸² En virtud de esta transformación, se establece –en la segunda posguerra– el Estado social de derecho, calificado también por algunos tratadistas como *democracia social*, el cual surge precisamente de la transformación del Estado de derecho clásico, individualista y liberal en una organización política y jurídica en la cual se reconoce la estructura grupal de la sociedad y la necesidad de armonizar los diversos intereses de los grupos sociales, económicos, políticos y culturales cada vez más complejos, a través de los principios de la justicia social.³⁸³

A decir de Manuel García Pelayo, el Estado social se caracteriza por la intervención creciente en las actividades económicas, sociales, políticas y culturales, para armonizar y coordinar los diversos intereses de una comunidad pluralista; redistribuir bienes y servicios, y para obtener una meta muy difícil de alcanzar: *la justicia social*, y por este motivo se le ha calificado de muy diversas maneras como Estado benefactor, promotor, distribuidor, *manager*, etcétera.³⁸⁴ Por su parte, el profesor Wolfgang Friedman señaló que el Estado social realiza cinco funciones diferentes, como resultado de sus actividades dirigidas hacia la justicia social: 1. como protector; 2. como dispensador de los servicios sociales; 3.

³⁸⁰ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Op. cit.*, pp.102-103.

³⁸¹ Cfr. LARA PONTE, Rodolfo, *Op. cit.*, p. 416.

³⁸² Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, “La minoría de edad después de la Constitución y de la reforma del Código Civil” en *Revista de Derecho Público*, Madrid, mayo de 1984, p. 458.

³⁸³ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, “El Estado Social y sus implicaciones” en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pp. 13-82.

³⁸⁴ *Ibid.*, pp. 30-40.

como administrador industrial; 4. como controlador económico y 5. como árbitro.³⁸⁵

Si bien históricamente se ha comprobado que el Estado social de derecho no determina por sí mismo la existencia de un régimen democrático,³⁸⁶ la tendencia contemporánea se dirige hacia la aproximación entre el concepto de Estado social y el de democracia, como lo dispone expresamente el artículo 1º, inciso 1 de la Constitución española de 1978, que califica al nuevo sistema político como "Estado social y democrático de derecho". En ese sentido, encontramos que son varios los preceptos constitucionales contemporáneos los que consignan expresamente el concepto de Estado social de derecho y entre ellos podemos mencionar el artículo 20, fracción I de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, el cual dispone que "la República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social"; el artículo 2 de la Constitución francesa de 1958 que señala que "Francia es una República indivisible, laica, democrática y social"; el artículo 1, inciso 1 del proyecto de Constitución de la Confederación Suiza, de 1977, el cual establece que "la Confederación suiza es un Estado federativo, democrático, liberal y social"; así como el artículo 79 de la Constitución del Perú de 1980, que señala que "el Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo".³⁸⁷

En el caso de México, a decir del jurista Héctor Fix-Zamudio, a nuestra Constitución de 1917 se le han incorporado de manera paulatina numerosos preceptos que reciben cambios sociales de nuestra sociedad, especialmente a partir de los años cuarenta, en que el país comenzó su transformación de una sociedad predominantemente agrícola, como lo era en 1917, en una organización crecientemente industrial y urbana, por lo que podemos afirmar que, sin una declaración expresa como en las Constituciones mencionadas anteriormente, nos aproximamos a través de esas modificaciones constitucionales, hacia el Estado

³⁸⁵ Cfr. FRIEDMAN, Wolfgang, *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1966, pp. 504-511.

³⁸⁶ Como lo demostraron los regímenes autoritarios de Alemania, Italia, España y Portugal.

³⁸⁷ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano" en *Memoria de El Colegio Nacional*, México, 1981, pp. 53-54.

social de derecho.³⁸⁸ Ahora bien, debemos tener presente que no cualquier inclusión o agregado de cláusulas económicas y sociales implica el establecimiento del Estado social de derecho, “siempre es necesario cumplimentar los recaudos y las exigencias de la racionalización del poder, sin la cual las cláusulas antedichas podrían lucir como catálogo de ilusiones o algo equivalente en el mundo de las fantasías constitucionales (...) la democracia constitucional contiene la exigencia insoslayable del perfeccionamiento remanente de la *racionalización del poder*.”³⁸⁹

En palabras de Francisco Javier Acuña, para arribar a una democracia constitucional habrá que sortear aún grandes dificultades, las que sólo se resolverán si somos capaces de invocar un sentido de Estado que precisamente coloque a las ideas (las democráticas) por encima de los protagonismos personales y de partido.³⁹⁰ Ahora bien, el Constitucionalismo social tiene ya una prolongación suficiente como para detectar la existencia de tres etapas bien definidas, cuyas aportaciones han enriquecido la concepción de Estado social de derecho.³⁹¹

1) El periodo que va desde su surgimiento –con las Constituciones de México y Weimar- hasta el ocaso de la democracia causado por el apogeo de las potencias del Este. Durante este tiempo (1917 a 1940) las formulaciones constitucionales consistieron básicamente en la inserción formal de los nuevos derechos, los derechos sociales, más la incorporación de algunas cláusulas económicas que producían el efecto de limitar el ejercicio absoluto de ciertos derechos individuales o que reservaban para el Estado el monopolio o la supremacía en la realización de ciertas actividades;

2) El periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, a partir de la derrota del Eje y del restablecimiento democrático en Europa occidental. Durante ese tiempo quedan protocolizados todos los nuevos roles del Estado, entendidos como

³⁸⁸ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El Estado social de derecho y la Constitución mexicana, rectoría del Estado y economía mixta*; México, UNAM-Porrúa, 1985, pp. 77-86.

³⁸⁹ Cfr. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Op. cit.* p. 68.

³⁹⁰ Cfr. ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier; *La CNDH una institución a medio camino. Propuestas para su urgente transformación*, 1999, Grupo Mandala Editores, p. 16

³⁹¹ Apud. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Op. cit.*, pp. 71-73.

deberes o imperativos de éste hacia la sociedad (Constitución de Italia, artículo 3), al tiempo que corona la nueva concepción al adoptarse el nombre de Estado social de derecho (República Federal de Alemania). Asimismo, se perfeccionan los mecanismos para asegurar la mayor racionalización del poder, y se generalizan nuevas formas de control de constitucionalidad, del control parlamentario sobre la administración, de protección jurisdiccional de los derechos humanos, entre otros. Adquiere vigencia un criterio recto: a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un consiguiente reforzamiento de los controles y de la responsabilidad de quienes ejercen ese poder,³⁹² y

3) En el periodo actual, desde los años setenta, aparecen nuevos derechos sociales para proteger a titulares que surgen con la fuerza o la justificación social suficiente como para obtener la protección jurisdiccional (ejemplo: niños y ancianos); también surgen nuevos grupos que adquieren entidad y perfil como para obtener el reconocimiento de su personería en la concreta situación de poder emplazar al Estado para alcanzar la satisfacción de ciertas necesidades (ejemplo: consumidores); y además se llega al progresivo reconocimiento de nuevos bienes jurídicos tutelados a través de la técnica específica de los derechos sociales (ejemplo: el medio ambiente).

Lo cierto es que pese al Estado social de derecho, la creciente complejidad de la sociedad contemporánea ha traído como consecuencia el fortalecimiento de ciertos sectores sociales que pueden afectar los derechos, tanto individuales como sociales, de sus propios integrantes o los de miembros de otros sectores, especialmente cuando los primeros se constituyen en grupos de presión, lo que ha determinado la necesidad de tutelar a los particulares, no sólo frente a los organismos públicos, como lo ha sido de manera tradicional, sino respecto a estos grupos sociales, económicos, profesionales y culturales.

³⁹² "Por un lado crece el aparato estatal, pero por otra parte, se trata de unir a los destinatarios de ese accionar estatal con los medios que les permitan cubrirse de los riesgos graves de la discrecionalidad y de la eventual arbitrariedad." Cfr. VANOSSI, Jorge Reinaldo, A., *Op. cit.*, p. 71.

3. La doctrina alemana de la *drittwirkung der grundrechte*

Antes de comenzar el análisis de la evolución doctrinal de la eficacia de los derechos humanos en las relaciones privadas en Alemania, trataremos la importancia de la misma y su repercusión en el derecho comparado. En palabras de Munch:

con el paso del tiempo la *Drittwirkung* se ha convertido en un artículo de exportación jurídica. En no pocos países del mundo la idea de la vigencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado ha penetrado en el pensamiento jurídico o al menos es tema de discusión. España, Portugal, Irlanda e Italia, Bélgica y Holanda, Austria y Suiza e, incluso Japón son ejemplo de ello. Actualmente la *Drittwirkung* se discute con especial intensidad en la República Surafricana, tal vez hoy en día el campo de experimentación constitucional más interesante del mundo.³⁹³

Asimismo, antes de entrar de lleno al estudio de la *drittwirkung* alemana, consideramos pertinente repasar lo que para algunos tratadistas constituye el antecedente más cercano a la moderna concepción axiológica de los derechos fundamentales: la denominada teoría de la integración. Para Smend el punto de partida de esta teoría se encuentra en la concepción del Estado como una entidad dinámica en permanente transformación y renovación, el cual despliega su actividad a la consecución de objetivos comunes, mismos que justifican su existencia. Dichos objetivos son "contenidos sustantivos de tipo eidético"; es decir, valores. Smend sostiene -además- que "la condición para que los valores tengan eficacia y vida propia es la misma comunidad en que son vividos y a la que actualizan. Y viceversa también la comunidad depende de los valores que la sustentan."³⁹⁴

De esta manera, Smend introduce el concepto de valor en la teoría constitucional, y consecuentemente el contenido decisivo de la Constitución no serían las normas formales de competencia, sino las representaciones valorativas que se encuentran naturalmente de modo especial en los derechos humanos, los cuales superan así su función secundaria, consistente en la capacidad de poner límites a lo estatal, para recobrar el sentido legitimador que poseían en el

³⁹³ Cfr. MUNCH, I., "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania" en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*; Salvador Coderch, Pablo (Coord.), Civitas, Madrid, 1997, p. 30.

³⁹⁴ Cfr. SMEND R., *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 62 y 93.

iusnaturalismo del siglo XVIII, en tanto que garantes de la existencia del Estado y, a la vez, principio regulador del orden positivo.³⁹⁵

Por otro lado, a pesar de que Smend niega el carácter de derecho aplicable de los derechos humanos, con lo cual se corre el riesgo de reducirlos a fundamentos legitimadores del Estado, sin ninguna eficacia normativa, puede afirmarse que la teoría de la integración es el punto de partida para una ampliación de la validez de los derechos humanos, en tanto que poseen similar repercusión sobre todos los ámbitos jurídicos, incluso también en aquéllos donde en principio no proceden. En virtud de lo anterior, de acuerdo con Julio Estrada, los derechos fundamentales tienen una triple significación: son reglamentación técnica especial; sirven como reglas de interpretación; y son parte – independientemente de su normativa especial- de la proclamación de un sistema unificador de valores, que es a su vez el sentido de la existencia constitucional. De esta manera, los derechos humanos pueden ser interpretados como tales en la totalidad del derecho constitucional y correspondientemente extendidos a todo el ordenamiento jurídico, aun cuando no contengan regulaciones específicas.³⁹⁶

De este modo, como señala Leisner, además de alcanzarse un progreso intelectual decisivo frente a la tradición hasta entonces existente, se sientan las bases para la construcción de la teoría de la *drittwirkung der grundrechte*: los derechos humanos no son relevantes en el ámbito *iusprivatista* sólo por contener regulaciones de derecho privado expresa o tácitamente. Como sistema global repercuten, por validez propia, constitucional, en todos los ámbitos, y este efecto no se limita en modo alguno a un derecho determinado, porque es propio a todos ellos, sin consideración a su formulación particular, la que solamente puede indicar el grado de intensidad.³⁹⁷

Es así que por influencia directa de la teoría de los valores, - al quedar los derechos configurados como elementos objetivos con funciones determinadas por la propia Constitución- , la jurisprudencia y doctrina alemanas elaboran la teoría

³⁹⁵ *Ibid.* p. 166.

³⁹⁶ Cfr. ESTRADA, Alexei J., *Op. cit.*, pp. 62-63.

³⁹⁷ Cfr. LEISNER, *Op. cit.*, pp. 71 y ss.

de la *drittwirkung der grundrechte*, según la cual los derechos fundamentales afectan no sólo las relaciones entre el Estado y el ciudadano, es decir, a las relaciones de subordinación, sino también a las relaciones de coordinación nacidas entre los particulares.³⁹⁸

Esta teoría se basa en mantener la plena vigencia de los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las esferas del ordenamiento jurídico. De esta forma los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos pero también a los individuos. El debate doctrinal en torno a la eficacia de los derechos humanos entre particulares tiene su origen en los años cincuenta en Alemania, respecto a la cuestión de si correspondía una igualdad salarial entre hombres y mujeres, en virtud del artículo 3.2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, el cual consagraba que el hombre y la mujer tienen igualdad de derechos.³⁹⁹

En aquel entonces, fue Nipperdey el primero en postular el efecto directo de los derechos fundamentales hacia terceros, y como consecuencia de él la igualdad salarial, mediante su disertación de 1950 *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*. La expresión alemana *drittwirkung der grundrechte* (literalmente, efecto frente a terceros de los derechos fundamentales), denota la incidencia de los derechos fundamentales en el derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas.⁴⁰⁰

Con anterioridad a la formulación de la *drittwirkung* la vinculación de los particulares era bastante problemática puesto que en prácticamente todas las concepciones clásicas formuladas en torno a los derechos fundamentales éstos tenían eficacia indiscutible frente a los poderes públicos pero eran resistentes frente a la esfera privada. Los derechos constituían facultades de exigencia o de inhibición respecto del Estado, sin que existiera un planteamiento jurídico que

³⁹⁸ Cfr. VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, pp. 41-42.

³⁹⁹ Al respecto Vid. ESTRADA, Julio Alexei, *La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*, Op. cit., pp. 87 y ss.

⁴⁰⁰ La definición procede de J. SCHWABE, *Die sogennante Drittwirkung der Grundrechte*, München, 1971, p. 26.

podiera objetivizar la exigencia, sentida pero no determinada jurídicamente, de que los particulares también estuvieran sujetos a los derechos.⁴⁰¹

En ese sentido, pronto se configurarían las diversas posturas en torno a la eficacia de los derechos humanos entre particulares, que se dividirían entre los partidarios de la eficacia inmediata o directa (aquéllos que sostenían que los derechos fundamentales eran directamente aplicables en el tráfico jurídico privado) y los partidarios de la así llamada eficacia indirecta o mediata (es decir, quienes abogaban por la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, a través de las cláusulas y conceptos generales del derecho privado).

Todavía queda por confirmar si estas dos teorías son tan opuestas entre sí como sus dos principales autoridades, Nipperdey y Dürig; o bien, si en ambas es posible percibir –como lo han señalado Alexy y Starcks– una proximidad mayor de la que admiten los defensores de cada postura. Lo cierto es que más allá de las críticas que cada una pueda recibir, ambas teorías poseen el mérito de procurar ampliar el ámbito de protección de los derechos humanos en las relaciones jurídicas privadas.

A continuación, analizaremos los dos enfoques desarrollados por esta doctrina, cada uno de los cuales ofrece su propia versión acerca del modo en que la *drittwirkung* tiene lugar, es decir, la manera en que los derechos humanos despliegan su eficacia en el ordenamiento jurídico privado: la teoría de la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales, y la teoría de la eficacia indirecta o mediata.

⁴⁰¹ Cfr. FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Op. cit.*, 1992, pp. 74-75.

A) La eficacia directa

La eficacia inmediata o directa entre terceros de los derechos fundamentales supone que éstos rigen inmediatamente y como tales derechos, es decir, como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones privadas.⁴⁰² Como ya se mencionó, fue Nipperdey quien, en ocasión del debate sobre la igualdad salarial, se pronunció por vez primera en favor de la eficacia de los derechos humanos en el tráfico jurídico privado, y el primero también en hacerlo a favor de una eficacia directa.

En ese sentido, Nipperdey afirmó la eficacia de los derechos humanos entre particulares como proveniente directamente de la Constitución, sin necesidad de mediación legislativa. Los argumentos de Nipperdey fueron acogidos por el Tribunal Federal del Trabajo, quien en 1955 se pronunció expresamente a favor de la eficacia directa del precepto fundamental de la igualdad salarial de hombres y mujeres ante igual rendimiento laboral, y justificó con ello la vinculación de los convenios colectivos a los derechos fundamentales.⁴⁰³

Según la teoría de la eficacia directa o inmediata planteada por Nipperdey, los derechos fundamentales no sólo poseen un efecto frente a las instituciones del Estado, sino también frente a particulares, en forma directa o inmediata. Sin embargo, para Nipperdey, no todos los derechos fundamentales poseen este efecto horizontal, sino solamente algunos, en especial aquéllos relacionados al derecho laboral.

Nipperdey, quien fuera presidente del Tribunal Laboral Federal, comienza por admitir la existencia de una serie de derechos fundamentales que sólo "vinculan al poder público en el estricto sentido de la palabra".⁴⁰⁴ En ese sentido, Nipperdey cita la libertad de reunión, la libertad de circulación, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad privada y la herencia, la indemnización por expropiación, la

⁴⁰² Cfr. CUADRA SALCEDO, Tomás, *Op. Cit.*, p. 50.

⁴⁰³ Cfr. *Neue Juristische Wochenschrift*, No. 18, mayo de 1955, pp. 684 y ss.

⁴⁰⁴ Cfr. « Die Würde des Menschen », en NEUMANN, F. L., Nipperdey, H.C. y Scheuner, V., *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin, 1954, p. 18 y ss.

conservación de la nacionalidad, la no extradición para alemanes y el derecho de asilo.

Lo anterior deja ver que el máximo defensor de la *drittwirkung* directa, en modo alguno desconoce que el Estado sea el principal destinatario de los derechos fundamentales. Acepta la concepción tradicional de los derechos humanos como derechos públicos subjetivos, con un agregado sustancial: No pocas disposiciones tienen además la importante función de proposiciones ordenadoras o principios para con el orden jurídico en su conjunto. Se trata del efecto directamente normativo de algunas disposiciones jurídico-fundamentales como derecho constitucional objetivo vinculante.⁴⁰⁵

Nipperdey señala la existencia de otras normas sobre derechos fundamentales que no sólo guardan relación con una esfera de libertad que se debe proteger frente al Estado, sino que también garantizan a cada ciudadano un *status socialis* en sus relaciones jurídicas con los demás y, en especial con los *sozialmächte*, los grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío en la moderna sociedad amenaza al individuo aislado e impotente, y frente a los que el Estado debe intervenir justamente para defender al inerme ciudadano. Pero la *drittwirkung* no se limita a estos casos de manifiesta desigualdad entre las partes, toda vez que el derecho constitucional, con efecto constrictivo u obligatorio, concede a los particulares una determinada posición jurídica en sus relaciones con los otros particulares, sin tomar en cuenta su poder o influencia. Al respecto, el Tribunal Federal Laboral de Alemania habla de principios ordenadores para la vida social, que tienen un significado directo también para el tráfico jurídico entre los ciudadanos, y entre los que se encuentra el derecho fundamental a la libertad de expresión, la prohibición de discriminar a causa de la ideología política, el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres, y la libertad de concurrencia.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Cfr. ESTRADA, Alexei Julio, *Op. cit.*, p. 104.

⁴⁰⁶ Cfr. GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO A., *Op. cit.*, pp. 22-23.

Para Nipperdey algunas disposiciones de derechos fundamentales aúnan un doble carácter: además de su tradicional significado de derechos públicos subjetivos, son principios objetivos que informan la totalidad del ordenamiento jurídico, incluyendo el derecho privado. Sin embargo, nuestro autor de manera alguna pretende una eficacia generalizada de los derechos humanos, pues reconoce que la aplicación de estas normas constitucionales que poseen ese doble carácter, de ningún modo llega a afectar en exceso la esfera de libertad del individuo, pues sólo podrá e irá a restringirla hasta donde fuera absolutamente necesario en el interés de una "vida social sana." De este modo, la *drittwirkung* aparece como la consecuencia lógica de las transformaciones que implica el concepto de Estado social, en especial la primacía del interés general sobre las motivaciones particulares y la realización efectiva del principio de igualdad.⁴⁰⁷

En ese sentido, Nipperdey propone un *iter* de aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, el cual, por la importancia de las cuestiones que aborda, es preciso reproducir. En primer lugar, se debe verificar si tan siquiera cabe contemplar el derecho fundamental en el ámbito jurídico privado. Como ya se mencionó, Nipperdey distingue entre aquellos derechos que sólo vinculan al Estado y aquéllos de los cuales puede inferirse un precepto vinculante para los particulares. Superado este requisito inicial y si se concluye que la norma en cuestión puede ser aplicada en el tráfico jurídico privado, se pasa a apreciar debidamente la finalidad protectora y el orden que contiene la norma en cuestión y de acuerdo con el ámbito de protección que requiera dicha finalidad se determina a su vez la extensión de la protección entre los particulares. Así, en principio la norma debe aplicarse sin límite, donde se trate de la relación entre el individuo y los poderes sociales. Ahí radica, en general, el punto de partida y de arranque de la doctrina sobre el efecto absoluto de los derechos fundamentales.⁴⁰⁸ Precisamente por la condición de inferioridad en que se encuentra el individuo aislado frente a dichos poderes.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Cfr. ESTRADA, Alexei Julio, *Op. cit.*, pp. 104-105.

⁴⁰⁸ Cfr. NIPPERDEY, H., "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", en *Die Grundrechte IV*, Berlin, Duncker and Humblot, 1962, pp. 743-753.

⁴⁰⁹ Aun los partidarios de la *drittwirkung* mediata consideran plausible la posibilidad de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los poderes sociales. En ese sentido, Dürig afirma: "(...) la directa aplicación de los derechos fundamentales al tráfico jurídico privado recibe su verdadero carisma de la necesidad de proteger al hombre de los poderes sociales intermedios con los que, efectivamente, no, en contra de lo que presupone el derecho privado tradicional, se

Del mismo modo que frente a los poderes sociales, Nipperdey sostiene la aplicabilidad de los derechos humanos en las relaciones privadas, cuando una de las partes sin ser un poder social, detenta una posición de poder económico o de otra índole frente a la otra. A semejante estado de cosas, que de hecho equivale a la sujeción del individuo al poder soberano, deben aplicarse directamente las normas constitucionales.⁴¹⁰ Cuando se trata de particulares que estén en una situación de igualdad jurídica y de una efectiva o casi completa igualdad fáctica, se suprime en principio la finalidad protectora de los derechos fundamentales, porque aquí entrarían a desplegar sus efectos la autonomía privada y la libertad contractual. En ese orden de ideas, para Nipperdey la autonomía privada no existe, y por ende tampoco la libertad contractual, ante una desigualdad fáctica. Proceder de otro modo sería concebir la libertad contractual en términos formales y no reales. Es así que la *drittwirkung* cobra valor como un instrumento para la efectiva realización de la igualdad.⁴¹¹

Lo cierto es que en virtud de que la realidad social del Estado constitucional no funciona desde la simetría y paridad en las relaciones privadas que exigiría la autonomía de la voluntad, y toda vez que desde situaciones privadas de privilegio se pueden conculcar los derechos y libertades de quienes ocupan las posiciones más débiles, se ha abierto camino la tendencia, cada vez más generalizada en la doctrina y la jurisprudencia, a admitir la fórmula de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales.⁴¹² Además de Nipperdey, notables sectores de la doctrina -entre los que destacan Lombardi y Gomes Canotilho- se han pronunciado por la eficacia inmediata de los derechos fundamentales frente a los particulares. Su razonamiento se basa en el hecho de que si los derechos fundamentales se conciben como derechos públicos subjetivos, la única manera de salvar esa condición es la de reconocer su eficacia frente a todos, tanto los poderes públicos como los poderes privados.

relaciona paritariamente, sino que más bien está en mayor o menor medida sometido a ellos." Apud. ESTRADA, Alexei Julio, *Op. cit.*, p. 107.

⁴¹⁰ Cfr. NIPPERDEY, H. *Op. cit.*, p. 753 Apud. ESTRADA, Alexei Julio, *Op. cit.*, p. 107.

⁴¹¹ Cfr. ESTRADA, Alexei Julio, *Op. cit.*, pp. 107-108.

⁴¹² Cfr. DE VEGA, GARCÍA, Pedro, "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)" en *Derechos fundamentales y Estado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; México, 2002. pp. 608-700.

Ahora bien, la admisión de la *drittwirkung* directa no deja de encerrar sus riesgos y dificultades. El hecho de que las normas constitucionales puedan terminar suplantando en su aplicación a las normas del derecho privado supone, como han recordado algunos doctrinistas, una erosión notable en el entendimiento del principio de autonomía de la voluntad, que sirvió de base cimentadora a todo el derecho privado y constitucional clásicos.⁴¹³ Conscientes de esa situación, los defensores de la *drittwirkung* directa no han dudado en establecer ciertos condicionamientos a la hora de fijar los mecanismos de su ejercicio. Gomes Canotilho, por ejemplo, defiende una eficacia inmediata con soluciones materiales diferenciadas, que se concreten en un esfuerzo de concordancia práctica, a fin de evitar que la eficacia irradiadora de los derechos fundamentales llegue al punto de forzar la capitulación de los principios del orden civil.⁴¹⁴ Para este autor, la aplicación de los derechos fundamentales directamente en las relaciones privadas no puede negarse, pero tampoco puede admitirse de forma indiscriminada, de modo que hay que dar respuestas diferenciadas a la pretendida eficacia inmediata de los derechos humanos.

Por su parte, para Lombardi no cabe duda que el origen del debate doctrinal sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se encuentra en relaciones caracterizadas por una disparidad evidente entre las partes, siendo típicos los casos del trabajo subordinado y de los miembros de grupos sindicales o profesionales. En este tipo de relaciones las partes no están en aquella posición de simetría que aparece como justificación constante de la autonomía privada, sino que una de ellas se encuentra por razones económicas y sociales en una posición dominante, mientras que la otra está en una posición más débil. Sin embargo, Lombardi considera que a pesar de que se verifiquen este tipo de relaciones la eficacia inmediata no puede ser indiscriminada, ni puede desplegarse indiferentemente, sin exigir la concurrencia de dos condiciones especiales: En primer lugar, las características del poder privado deben ser tales que permitan reconocer en ellas un relieve publicístico. Es

⁴¹³ Cfr. DE VEGA GARCÍA, Pedro, *Op. cit.*, pp. 702-703.

⁴¹⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoría da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Editora Almeida, Portugal, 1998, p. 573

decir, que el poder privado asuma, frente a todos los que están en contacto con él, una posición de relevancia social, y en consecuencia una incidencia pública, cuya principal manifestación es una nota de supremacía que asegura al poder privado una mayor libertad respecto a su contraparte, y entonces pone a esta última en una posición típica de sujeción respecto al primero. Asimismo, Lombardi agrega una segunda condición en la cual el poder privado abuse de esa posición de supremacía, de tal modo que los instrumentos ordinarios de tutela previstos por el derecho privado no ofrezcan adecuadas garantías a la parte débil.⁴¹⁵

Por su parte Leisner asume una posición radical al pretender trasladar al derecho privado la problemática constitucional de la reserva de ley. Conforme a ello sólo sería posible admitir la posibilidad de restringir la aplicabilidad de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico de los particulares, en tanto la Constitución establezca para el derecho fundamental en cuestión la reserva de ley, es decir, la posibilidad de que el legislador limite normativamente el precepto constitucional.⁴¹⁶ Los resultados a que llevaría una posición tan extrema son muy peligrosos pues en virtud de ella podría invalidarse cualquier negocio jurídico en el que las partes acepten obligaciones que de alguna manera restrinjan derechos fundamentales para los cuales constitucionalmente no está prevista la reserva legal, aun cuando no vayan en menoscabo de la libertad fundamental.

Cuadra-Salcedo se pronuncia a favor de una *drittwirkung* inmediata, despojándola de aquellos elementos que la caricaturizan y la hacen rechazable. Para este autor, la *drittwirkung* inmediata significa que se atribuyen derechos inmediatos a los particulares en sus relaciones privadas aunque en cada caso haya de ponderarse el alcance de esos derechos, con el fin de matizar la radical afirmación de su eficacia inmediata en las relaciones privadas. En ese sentido, si bien Cuadra-Salcedo sostiene una aplicación inmediata de los derechos fundamentales, incluso en el Derecho privado, también reconoce que dicha aplicación inmediata no significa un transplante automático del derecho fundamental en el derecho privado, sino que ha de articularse con el principio de

⁴¹⁵ Cfr. LOMBARDI, G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Universidad de Torino, Giappichelli Editore, Torino, 1970, pp. 83-90.

⁴¹⁶ Cfr. LEISNER, W., *Op. cit.*, p.384.

autonomía, de la misma manera como hay que articular el derecho a la información y el derecho a la intimidad. Esa articulación de derechos fundamentales y autonomía exigirá una elaboración institucional y doctrinal que tenga en cuenta diversas perspectivas, funciones y fines de las instituciones en presencia; esa armonización nos llevará a decir que el derecho a la libertad de expresión no existe, por ejemplo, para pretender anular la cláusula contractual que prohíbe a un periodista trabajar para otra empresa de la competencia, o que el derecho a la igualdad no existe frente a las mejoras testamentarias, ni tampoco para exigir de un común acreedor que nos trate con la misma tolerancia con que trata a otro deudor. Sin embargo, para este autor, la citada articulación nos llevará a concluir que el derecho a la cláusula de conciencia existe en las relaciones privadas y que es ilícita una renuncia contractual al ejercicio del mismo y a las indemnizaciones correspondientes; y que es también inconstitucional obligar a un empleado a estar adscrito a un determinado sindicato o a no estar en ninguno.⁴¹⁷

Es así que para evitar la esquizofrenia jurídica que implica reconocer frente a los actos de los poderes públicos la efectividad de los derechos fundamentales, en razón de su condición de derechos públicos subjetivos, y privarlos de esa condición frente a las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares, transformándolos en meros derechos reflejos, las más elementales exigencias de la lógica jurídica llevan al reconocimiento de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales frente a los particulares. A manera de ejemplo, Cuadra-Salcedo menciona que la prohibición de obligar a declarar sobre las preferencias ideológicas contenida en la Constitución subsiste en las relaciones laborales de una empresa constructora, cuyo objeto en nada tiene que ver con las ideas; pero en cambio desaparece cuando se quiere ingresar en un partido político o se quiere profesar alguna religión. Una cosa es que a nivel general nada se oponga a que los derechos humanos surtan efecto en las relaciones privadas y otra cosa es que el derecho fundamental exista o no en cada relación singular, en razón a la peculiar naturaleza de ésta; es una cuestión de límites del derecho humano y de articulación con otros bienes constitucionalmente protegidos.⁴¹⁸ Lo cierto es que el

⁴¹⁷ Cfr. CUADRA-SALCEDO. *Op. cit.*, pp. 73-78.

⁴¹⁸ *Idem.*

problema del alcance de la *drittwirkung der grundrechte* debe abordarse con prudencia, ya que una aplicación absoluta e indiscriminada de la misma puede conducir al resultado opuesto, por una inversión dialéctica, que García Torres ha ejemplificado de la siguiente manera:

Si el comerciante no puede tener un solo proveedor porque ha de tratar de igual manera a todos ellos y, por tanto, formular los pedidos a prorrata a cuantos industriales fabriquen el producto que merca; y si el individuo no puede encargar la confección de su vestuario a un solo sastre por idénticas razones y con análogas consecuencias, es claro que habríamos acabado no sólo con el tráfico jurídico privado, sino también con la libertad más inmediata y menos prescindible, pero de la que quizá somos, los ciudadanos y el Constituyente, menos conscientes, porque sólo la pérdida de un bien, o la amenaza de perderlo, hacen cobrar dolorosa conciencia de su necesidad.⁴¹⁹

Los detractores de la eficacia inmediata destacan las negativas consecuencias que puede tener en el tráfico privado y señalan algunos supuestos concretos; así, por ejemplo, supondría que un arrendador no podría ser tolerante con un inquilino que no paga e intolerante con otro en las mismas circunstancias; equivaldría a que un trabajador en una fábrica de armas podría alegar su objeción de conciencia para dejar de trabajar e incluso solicitar indemnización; significaría también esta eficacia inmediata que sería inválida la prohibición para los asociados de un sindicato o los militantes de un partido de pertenecer a otros, pues ello limitaría su derecho de asociación. Los ejemplos son suficientemente ilustrativos de las distorsiones que la irrupción indiscriminada de los derechos fundamentales provoca en las relaciones privadas; al grado que algunos han hablado, en frase expresiva, de las metástasis cancerígenas de los derechos fundamentales en el derecho privado.⁴²⁰

Más allá de las posturas a favor o en contra de esta teoría, los textos constitucionales y normativos no ofrecen –salvo aisladas excepciones– apoyo expreso para mantener la *drittwirkung der grundrechte* y su afirmación ha sido, allí donde se ha podido hacer, una cuestión sólo doctrinal y jurisprudencial; pero aún así la comunidad jurídica no ha alcanzado la menor homogeneidad sobre la *drittwirkung* y, aunque pueda parecer inverosímil dada la trascendencia de la

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁴²⁰ Vid. GOMES CANOTILHO, *Op. cit.*, p. 570.

cuestión, la inseguridad y sobre todo, la cautela son los caracteres generales de quienes se han aplicado a su estudio.⁴²¹

B) La eficacia indirecta

Dürig es el principal defensor de la teoría de la *drittwirkung* indirecta. En 1956, en su escrito *Grundrechte und Privatrechtsprechung*, sentó las bases de su posición doctrinal, según la cual los derechos fundamentales operarían en el ámbito privado a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente. El punto de partida de Dürig es el principio de la garantía de la dignidad humana consagrado en la Ley Fundamental de Bonn, el cual no se limita a establecer una obligación negativa a cargo del Estado, sino que impone un deber de protección y de tutela. Es así que el Estado queda obligado a configurar su orden jurídico universal de una manera tal que hasta a las fuerzas extraestatales les impida violar la dignidad del hombre. La realización de este deber estatal de protección origina la cuestión de cómo ha de tenerse en cuenta el sistema constitucional de valores en el sistema privado. Para Dürig la intensidad protectora de los derechos fundamentales es diferente según vaya dirigida contra el Estado o contra terceros, puesto que en el derecho privado cuenta con la limitante de la autonomía de la voluntad, la que en sí misma es ya una expresión de la dignidad humana. De lo anterior resulta que el medio idóneo para la realización de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado es la incorporación de su contenido en los conceptos y cláusulas tradicionales del derecho privado, capaces y necesitadas de ser colmadas valorativamente.⁴²²

En virtud de lo anterior, podemos concluir que la *drittwirkung* indirecta encuentra en las cláusulas generales tradicionales reconocidas por la doctrina iusprivatista -tales como las buenas costumbres, la buena fe, y las demás previstas por el ordenamiento civil- los puntos de irrupción o puntos de entrada de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado. Estas cláusulas son idóneas para recibir los contenidos establecidos por las normas constitucionales relativas a las posiciones fundamentales de libertad. De ahí que se explique la

⁴²¹ Cfr. GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Op. cit.*, p.13.

⁴²² Cfr. DÜRIG, G., "Grundrechte un Privatrechtsprechung" en *Festschrift für H Nawiasky*, München, Beck, 1956, pp. 9-65.

incidencia de los derechos fundamentales no ya directamente provocando consecuencias jurídicas en las actuaciones de los particulares, sino operando, como se ha visto, de manera indirecta, a través de las cláusulas generales antes consideradas. De esta forma, la doctrina de la *drittwirkung* indirecta supone que la aplicación de los derechos humanos en las relaciones privadas estaría siempre sujeta a una actividad jurisdiccional, siendo tarea de los jueces introducir los valores que ellos expresan en el ámbito jurídico privado, a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente.⁴²³

En ese sentido, el juzgador del caso específico debe extraer del derecho fundamental correspondiente el principio que éste contiene, para introducirlo después en el contenido de la cláusula general, que finalmente será aplicada para la solución del conflicto jurídico-privado. En palabras de Lombardi: "los derechos fundamentales, en el campo de las relaciones privadas, no operarían como tales, esto es en su cualidad de derechos subjetivos, sino que desplegarían una eficacia indirecta en la medida en que expresan un principio general de valor. Entonces no opera aquí el derecho fundamental sino el principio que él justifica."⁴²⁴

a) El fallo Lüth

Si bien en el célebre caso Lüth-Urteil del 15 de enero de 1958, el Tribunal Federal del Trabajo no debatió en toda su extensión la cuestión de la así llamada *drittwirkung* de los derechos fundamentales, resolvió adoptar una argumentación favorable a la denominada eficacia indirecta o mediata. En este fallo, el Tribunal desarrolló jurisprudencialmente el significado general del carácter objetivo de valor de los derechos fundamentales, estableciendo los conceptos centrales de la teoría de los valores sostenida más tarde en numerosas decisiones del Tribunal Constitucional: valor, ordenamiento valorativo, jerarquía valorativa y sistema de valores.⁴²⁵

⁴²³ Cfr. ESTRADA, Alexei J., *Op. cit.*, pp. 111-115.

⁴²⁴ LOMBARDI, G., *Op. cit.*, p. 71.

⁴²⁵ Cfr. ESTRADA, Alexei J., *Op. cit.*, p. 67.

En 1950, Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, había hecho un llamamiento público al boicot de una película dirigida por Harlan, quien en la época nazi se había distinguido por sus películas antisemitas. Requerido por la productora de la película para que explicara con qué autorización había pronunciado sus palabras, Lüth respondió con el envío de una carta abierta a la prensa en la que exhortaba a las sociedades alemanas activas en el campo cinematográfico a que no comercializaran la película de autos y, al público, a que no fuera a verla. La productora acudió al juez civil de Hamburgo y, tras un primer éxito procesal en forma de medida cautelar, alcanzó fortuna definitiva al ser estimadas sus pretensiones. Lüth fue condenado en el sentido de prohibírsele seguir incitando la no comercialización o la no visión de la película, así como con la obligación de soportar las costas del pleito.

Para el juzgador se trataba de una incitación al boicot contraria a las buenas costumbres, que entraba dentro del parágrafo 826 del Código Civil alemán: "El que dolosamente causa daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres está obligado a repararlo". En criterio del Tribunal, a Lüth no le era reprochable que hubiese expresado una opinión contraria a la reaparición profesional de Harlan, sino que hubiese apelado a la opinión pública para hacer imposible no sólo dicha reaparición sino también la exhibición de la película. Contra la sentencia, Lüth interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Land, así como recurso por violación de su derecho fundamental a la libertad de expresión, del que señalaba que sin duda incluía la posibilidad de influir en otros mediante la palabra.

La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal parte de la calificación de las decisiones judiciales como actos del poder público y a continuación entra a estudiar la cuestión principal de si los *grundrechte* inciden en el derecho civil, y en qué forma la hacen, recordando la polémica doctrinal del tiempo, cuyas posiciones extremas resume: por un lado la tesis de que los derechos fundamentales sólo se dirigen contra el Estado y, por el otro, la de que los derechos fundamentales o al menos algunos, y desde luego los más importantes, rigen también el tráfico jurídico privado.

El Tribunal aclara que de su propia jurisprudencia no puede derivarse una inclinación hacia ninguna de tales concepciones extremas, y se cuida de distanciarse de la doctrina del Tribunal del Trabajo. Puntualizando su intención de abstenerse de sentar doctrina general, el Tribunal señala lo siguiente:

Sin duda los derechos fundamentales tienen por objeto, en primer lugar, asegurar la esfera de libertad de los particulares frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Ello se deriva tanto del desarrollo histórico-espiritual de la idea de los derechos humanos, como de los hechos históricos que han llevado a la recepción de los derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados. Y tal sentido es el que tienen también los derechos fundamentales en la Constitución, que con su ubicación preferente quieren afirmar la primacía del hombre y de su dignidad frente al poder del Estado. A ello responde que el legislador haya arbitrado el remedio especial de defensa de estos derechos (...) sólo contra actos del poder público.⁴²⁶

En ese sentido, podemos constatar que este fallo parte de la tradicional teoría liberal que entiende los derechos humanos como derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Sin embargo, el fallo Lüth reconoce también que:

No obstante, es igualmente cierto que la Ley Fundamental, que no quiere ser neutral frente a los valores, en su título referente a los derechos fundamentales también ha instituido un orden objetivo de valores y ha expresado un fortalecimiento principal de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que tiene su centro en el libre desarrollo de la personalidad humana y su dignidad en el interior de la comunidad social, debe regir como decisión constitucional básica en todos los ámbitos del derecho; de él reciben directrices e impulso la legislación, la administración y la jurisdicción. De esa forma influye también sobre el derecho civil; ninguna disposición jurídico-civil debe estar en contradicción con él y todas ellas deben interpretarse conforme a su espíritu.⁴²⁷

De esta manera, el Tribunal alemán proclama la naturaleza de todo el conjunto de los derechos fundamentales como sistema valorativo, que penetra la totalidad del conjunto normativo y rige su interpretación. Asimismo, con este párrafo, el fallo Lüth introduce la estructura dual de los derechos fundamentales; junto con su concepción tradicional como derechos subjetivos frente al poder público, aparecen como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que consideradas en su conjunto dan origen a un sistema

⁴²⁶ Cfr. Recopilación Oficial de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 7, 198, 204 en <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/index.html>

⁴²⁷ *Ibidem*, 205.

de valores. Esta nueva cualidad que reciben los derechos fundamentales no debe ser entendida como una mera añadidura a su carácter tradicional de derechos subjetivos de defensa frente al Estado, sino como un componente esencial que transforma completamente su naturaleza y determina su moderna concepción,⁴²⁸ según la cual éstos rigen “de modo universal, esto es, en toda dirección y en todos los ámbitos del derecho.”⁴²⁹ A continuación se reproducen algunos párrafos de la sentencia del caso Lüth:⁴³⁰

El contenido de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en derecho privado por medio de las disposiciones que directamente rigen este ámbito jurídico. Mientras que el nuevo derecho debe estar en armonía con el sistema de valores de los derechos fundamentales, el derecho preconstitucional subsistente debe ordenarse a ese sistema de valores, del que recibe un específico contenido jurídico-constitucional que en todo caso determina su interpretación. Una contienda entre particulares sobre los derechos y deberes derivados de tales normas de derecho civil influidas por los derechos fundamentales sigue siendo material y procesalmente una contienda jurídico-civil: se interpreta y aplica derecho civil, aun cuando su interpretación ha de seguir al derecho público, a la Constitución.

(...) La influencia de los derechos fundamentales como criterios valorativos, se realiza sobre todo mediante aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio, es decir, mediante los principios que por razones del interés general, han de ser vinculantes para la modelación de las relaciones jurídicas entre los particulares y por ende están sustraídas a la autonomía de la voluntad. Tales disposiciones, por su finalidad, están emparentadas con el derecho público, del que son un complemento, en especial con el derecho constitucional. Para la realización de esa influencia a la jurisprudencia se le ofrecen sobre todo las “cláusulas generales”, que como las del párrafo 826 del Código Civil, remiten para el juicio de la conducta humana a medidas metaciviles e incluso metajurídicas. A la hora de decir lo que estos mandatos sociales exigen en el más concreto ha de partirse, en primer lugar, de la unidad de las representaciones de valor que el pueblo ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo cultural y fijado en su Constitución. Por eso se han calificado con razón las cláusulas generales como los “puntos de irrupción” de los derechos fundamentales en el derecho civil.

(...) Por mandato constitucional el juez ha de examinar si las disposiciones de derecho civil que él debe aplicar materialmente están influidas por los derechos fundamentales en la forma expuesta, y, en su labor de interpretación y aplicación, ha de tener en cuenta tales modificaciones del derecho privado. Tal es el sentido de que también el juez civil está vinculado a los derechos fundamentales. Si no observa esa medida y basa su sentencia en el olvido de la influencia de la Constitución sobre las normas civiles, no sólo actúa contra el derecho constitucional al desconocer el contenido de las normas sobre derechos fundamentales en cuanto normas objetivas, sino que, en cuanto titular del poder público, viola mediante su sentencia el derecho fundamental a cuyo respeto también por el poder judicial tiene el particular un derecho jurídico-constitucional.

(...) El Tribunal Constitucional debe examinar si el tribunal civil ha juzgado con acierto el alcance y el efecto de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho civil. Pero de ahí se deriva al tiempo el límite de su labor revisora: no es asunto del Tribunal Constitucional examinar en su integridad las sentencias del juez civil; sólo

⁴²⁸ Cfr. GOERLICH; *Wertordnung und Grundgesetz*, Nomos, Baden-Baden, 1973, pp. 53 y ss.

⁴²⁹ Cfr. BÖCKENFÖRDE, E., *Op. cit.*, p. 109.

⁴³⁰ Cfr. Recopilación oficial de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 7, 198, pp. 204 y ss en <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/index.html>

debe examinar el llamado "efecto de irradiación" de los derechos fundamentales sobre el derecho civil y hacer valer aquí también el contenido de valor de la norma constitucional. El sentido del instituto de la *Verfassungsbeschwerde* es que todos los actos del poder legislativo, ejecutivo y judicial deban ser examinados según la medida de los derechos fundamentales (parágrafo 90, BVerfGG). De la misma forma que el Tribunal Constitucional Federal no puede actuar como instancia de revisión o de supervisión sobre los tribunales civiles, tampoco puede prescindir del examen de tales sentencias y desentenderse de eventuales desconocimientos de las normas y medidas de los derechos fundamentales.

Lüth recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, y éste, aunque afirmó que no había derecho fundamental en las relaciones privadas, anuló, sin embargo, la sentencia del tribunal civil en virtud de que no había examinado si el artículo 826 del Código Civil alemán, que prohíbe el boicot por ser contrario a las buenas costumbres, había quedado modificado por los derechos fundamentales; a tal efecto el Tribunal Civil debía haber tenido en cuenta el efecto de irradiación de tales derechos en el derecho privado y, en el caso concreto, la influencia de la libertad de expresión sobre el concepto de contrario a las costumbres en la prohibición del boicot.

Como se ve, el Tribunal evita afirmar que Lüth ejerza un derecho fundamental a la libertad de expresión, lo que dice el Tribunal es que el artículo 826 del Código Civil ha quedado modificado. Ahora bien, desde la perspectiva de Lüth lo que se está reconociendo es su derecho a llamar al boicot. Y desde el punto de vista procesal, la singularidad radica en saber cómo el Tribunal Constitucional anula una sentencia que, según él, no viola un derecho fundamental del señor Lüth, sino la interpretación del derecho objetivo, cuando el artículo 90 de la Ley del Tribunal Constitucional sólo permite la *verfassungsbeschwerde* a quien haya sido perjudicado en uno de sus derechos fundamentales. En otras muchas sentencias posteriores⁴³¹ se ha vuelto a plantear el tema de *grundrechte und privatverkehr*. Tal es el caso, recientemente de las sentencias 25, 256, Blinkfüer-Entscheidung y 30, 173, Gründgens Mephisto-Entscheidung, ambos sobre libertad de expresión.

⁴³¹ Bverf GE 7, 230, Wahlplakat-Fall; 10, 302; 11, 277; 12, 113, Schmid-Fall; 17, 302; 24, 236, Lumpensammler-Entscheidung; 26, 44: 31, 58, IRP-Entscheidung; 32, 311, Grabstein-Entscheidung; 34, 269, Soraya-Entscheidung; 305, 202, Lebach-Fall.

En opinión de Cuadra-Salcedo, la aceptación de la eficacia de los derechos humanos entre particulares a través de la acción de un juez no permite apreciar con claridad si el derecho fundamental opera directamente como tal en la relación privada o si lo hace de una forma indirecta, como es, sin ninguna duda, el caso de la influencia a través de la actuación legislativa. Siguiendo con este autor, ante la actuación de un juez en el reconocimiento de derechos fundamentales frente a personas privadas, parece deducirse que no hay derecho fundamental pues lo que ocurre es que, cuando en caso de conflicto un particular acude al juez, el conflicto entre privados (no abierto directamente a los derechos fundamentales) se transforma en un conflicto entre el particular que pide justicia y un órgano estatal obligado a darla. En ese sentido, los derechos fundamentales aparecen por primera vez con el planteamiento judicial del conflicto, esto es, con la intervención de un órgano del poder público.⁴³²

4. La jurisprudencia argentina

La acción de amparo argentina en el ámbito nacional fue admitida por los fallos de los tribunales federales como un instrumento no sólo contra los actos de las autoridades públicas en sentido estricto, sino también contra los actos de los particulares violatorios de los derechos humanos, entendiéndose por éstos en realidad a los grupos de presión, y por supuesto a los organismos descentralizados.⁴³³ Todo ello a partir de los casos Siri y Samuel Kot resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. El nexo común entre una y otra sentencia estriba en que en la primera de ellas, la Corte Suprema creó la denominada *acción de amparo*, innovación jurisprudencial cuyo efecto principal fue el hacer extensivo el procedimiento sumario previsto por el *hábeas corpus* a la protección de otros derechos fundamentales protegidos en la Constitución, distintos de la libertad corporal, aspecto procesal éste en el que la sentencia del caso Kot sigue el precedente sentado por el caso Siri.

⁴³² Cfr. CUADRA-SALCEDO, Tomás, *Op. cit.*, pp. 71-72.

⁴³³ Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo V., *La doctrina de la Corte Suprema sobre amparo de la libertad y los grupos de interés y de presión*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 30 de diciembre de 1958, pp.1-4.

El caso Siri,⁴³⁴ resuelto en 1957, tiene el mérito de haber asignado plena operatividad a las cláusulas de derechos y garantías incluidas en los artículos del capítulo inicial de la Constitución Nacional. En dicha oportunidad se señaló que en consideración al carácter y la jerarquía de los principios de la Constitución relacionados con los derechos individuales, correspondía apartarse de la doctrina tradicional de la Corte Suprema, que relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios (administrativos o judiciales) la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el *habeas corpus*. En este histórico fallo se destacan dos doctrinas de la Corte Suprema de innegable valor: 1) que basta la comprobación inmediata de que la garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, para que aquélla sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de ley que la reglamente; y 2) que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias.⁴³⁵

El caso Kot aborda directamente la cuestión de la violación de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (los de libertad de trabajo, propiedad y libre actividad) por la acción de particulares (los trabajadores que, a consecuencia de un conflicto laboral, habían ocupado la fábrica de la familia Kot e impedido el acceso de capataces y personal administrativo, paralizando totalmente la actividad fabril), afirmando la invocabilidad de los derechos fundamentales entre particulares y extendido la protección del amparo, que procede frente a actos manifiestamente ilegales o arbitrarios que infrinjan un derecho constitucional a las violaciones producidas por otros particulares.

⁴³⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Colección Fallos, tomo 239, pp. 459 y ss en <http://www.csjn.gov.ar> Durante el gobierno de facto, en 1956, se clausura la imprenta que Ángel Siri poseía en Mercedes, provincia de Buenos Aires. Nunca se supo qué autoridad dispuso la clausura, pero las Fuerzas Armadas impedían la ocupación de la imprenta por los delegados del propietario, pues éste había sido encarcelado. El solicitante compareció ante el Juzgado en lo Penal número 3 de la ciudad de Mercedes, manifestando que el diario *Mercedes*, continuaba clausurado desde comienzos de 1956 mediante custodia policial en el local; así se vulneraban la libertad de imprenta y de trabajo que consagran los artículos 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional y artículos 13, 14 y 23 de la Constitución Provincial.

⁴³⁵ Cfr. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Op. cit.*, pp. 83 y 84.

En el caso Samuel Kot, resuelto el 5 de septiembre de 1958, se abre la posibilidad de un amparo contra actos u omisiones entre particulares, mediante la presentación de un recurso innominado ante la Corte Suprema de Argentina.⁴³⁶ En este caso se estimó que los derechos de la persona consagrados expresa o implícitamente por la Constitución, deberían ser respetados no sólo por las autoridades, sino también por los particulares, desarrollándose con posteridad una serie de principios derivados del criterio expresado por los jueces federales argentinos que permitió a los afectados ocurrir al juicio de amparo para defender sus derechos infringidos por grupos sociales, tales como los sindicatos de trabajadores –que fue precisamente la situación a que se refirió el citado caso Kot-, asociaciones profesionales, instituciones de enseñanza, organizaciones deportivas, etcétera.

En este caso, la Corte Suprema argentina giró alrededor de una posible y ficticia diferenciación entre derechos subjetivos públicos y derechos subjetivos privados. Los primeros se encuentran en las relaciones individuo-Estado, mientras que los segundos en las relaciones individuo-individuo. Según Kot, los derechos poseen un contenido que es sujeto en algunas ocasiones a la configuración jurisprudencial, especialmente en aquellos casos donde el contenido de estos derechos pudiera ser transgredido. Lo importante es que en este caso se expresa la posibilidad debido a la situación en el Estado actual, de la existencia de grupos de poder privados que podrían vulnerar derechos de particulares, por encontrarse en una situación de suprasubordinación frente a otros. La Constitución argentina no desampararía ante tales situaciones, ni les impone necesariamente el recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios, pudiéndose recurrir mediante amparo.⁴³⁷

Por su interés, a continuación se reproducen los pasajes más significativos de esta sentencia:⁴³⁸

⁴³⁶ Vid. SAGÜES, Néstor, *Derecho procesal constitucional*, tomo III, (Acción de amparo), Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 9 y ss.

⁴³⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto, artículo citado en www.csj.gob.sv/Doctrina.

⁴³⁸ Vid. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Colección Fallos, tomo 241, pp. 291 y ss.

Que si bien en el precedente citado (la sentencia del caso Siri) la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública y no de actos de particulares, tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional. Admitido que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33 de la Constitución Nacional), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y *a priori* toda restricción que emane de personas privadas.

(...) Es verosímil presumir que, en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública. En el tiempo en que la Constitución fue dictada, frente al individuo solo e inerte no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado. Pero los constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos sino, más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y, aun, eternos: la protección de la libertad. Esto último es lo que resulta del inequívoco y vehemente espíritu liberal de la Ley Suprema, aquello otro lo que se comprueba objetivamente en los textos constitucionales mismos. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" (porque son los derechos esenciales del hombre) se circunscriba a los ataques que provengan sólo de la autoridad.

(...) Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada (que es, desde luego, la del *habeas corpus* y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.) por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de estos derechos. Las circunstancias concretas de esta causa constituyen por sí solas un ejemplo significativo.

(...) Aun menos es el distingo a que antes se ha hecho referencia, considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social de estos últimos cincuenta años. 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. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales (...) Si, en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea, los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos frente a tales organizaciones colectivas, nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la constitución y, con ella, la del orden jurídico fundamental del país. Evidentemente, eso no es así. La Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros, ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios.

Como se ve, en plena década de los cincuenta, cuando en Alemania hacía poco que se había comenzado a formular la teoría de la *drittwirkung*, la Corte Suprema argentina llega a conclusiones similares a las de los padres de la *unmittelbare drittwirkung*.

5. La solución colombiana

En Colombia, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos constitucionales, el Constituyente de 1991 en el inciso final de su artículo 86, previó expresamente la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, de ahí que –a decir de Julio Estrada- no hayan tenido lugar los problemas procesales presentes en otros ordenamientos jurídicos, sobre la posibilidad de aplicar las garantías constitucionales en el tráfico *inter privatos*.⁴³⁹

En ese sentido, aun cuando en Colombia encontramos pronunciamientos generales sobre la dimensión objetiva de los derechos fundamentales⁴⁴⁰ y sobre el deber de protección, lo cierto es que en virtud de la explícita previsión constitucional, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han preocupado por elaborar una teoría acerca del tipo de eficacia entre particulares aplicable en Colombia, y en general se acepta que precisamente en virtud del mandato constitucional la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares es directa.⁴⁴¹ Es así que el artículo 86 de la Constitución colombiana reconoce el tema de la procedencia de las garantías constitucionales frente a vulneraciones de los derechos fundamentales por particulares, estableciendo que:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario (...) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...). La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afectare grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Nótese sin embargo que, a diferencia de lo que ocurre frente a los poderes públicos, el Constituyente colombiano delimitó de manera expresa los supuestos en los cuales es posible interponer la garantía constitucional específicamente prevista para su defensa por violaciones imputables a un privado, dándole con esto el carácter de excepcional a la vinculación de los particulares a los derechos humanos. La Constitución enumera de manera genérica los supuestos en los

⁴³⁹ Cfr. ESTRADA, Julio Alexei, *Op. cit.*, p. 269.

⁴⁴⁰ Por ejemplo, la sentencia T-406 de 1992.

⁴⁴¹ Cfr. ESTRADA, Julio Alexei, *Op. cit.*, p. 269.

cuales procede la acción de tutela contra particulares, a saber en las siguientes tres vertientes: a) la prestación de un servicio público, b) la conducta de un particular que afecte grave y directamente el interés colectivo y c) el estado de subordinación y de indefensión.

Este precepto constitucional fue reglamentado por el Decreto ley 2591 de 1991, en cuyo artículo 42 se refuerza el carácter excepcional de la previsión constitucional al restringir los supuestos de procedencia de la acción —entre otros— cuando el demandado es un particular encargado de la prestación de servicios públicos de “educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 19, 20, 23, 27 29, 37 y 38 de la Constitución; de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía; o servicios públicos domiciliarios”.⁴⁴² Sin embargo, en la práctica la disposición reglamentaria ha sido ignorada por la jurisprudencia constitucional que de manera reiterada ha preferido recurrir a los supuestos directamente contemplados en el artículo 86 constitucional.⁴⁴³

A pesar de las restricciones contempladas en el Decreto ley de 1991, la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-507 de 1993, sienta un importante precedente constitucional, en tanto que de dicha sentencia se infiere una regla que servirá como pauta general para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares: “el particular que presta un servicio público, cualquiera que sea, se equipara a la autoridad pública y por ende es destinatario de la acción ante la violación de ciertos derechos fundamentales que en principio sólo vinculan a dichas autoridades.” A juicio de la Corte, la vinculación de los particulares a los derechos humanos se justifica en virtud de la ruptura de la situación de igualdad que caracteriza las relaciones entre privados, provocada por la situación de preeminencia en que se coloca aquél que asume la prestación del

⁴⁴² Tal limitación a los derechos tutelables fue declarada inconstitucional en la sentencia C-134 de 1994, por lo tanto, actualmente cabe invocar la tutela contra violaciones a cualquier derecho aun en los supuestos contemplados por los citados numerales.

⁴⁴³ A decir de Julio Estrada, dicha norma reglamentaria ha sido aplicada por la jurisprudencia constitucional “únicamente para justificar la denegación del amparo”, y menciona como ejemplo la sentencia T-338 de 1993, en la que se negó la tutela porque el actor no se encontraba dentro de los supuestos de indefensión previstos en el numeral 9 del artículo 42, así como la sentencia T-798 de 2001, en la que se negó el amparo porque el particular demandado no prestaba un servicio público domiciliario. Vid. ESTRADA, Julio Alexei, *Op. cit.*, p. 271.

servicio.⁴⁴⁴ Este argumento sería desarrollado con posterioridad en la mencionada sentencia C-134 de 1994, en la que la Corte Constitucional sostiene que:

la acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la llamada justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público (...) o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material –con relevancia jurídica- frente al usuario: es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido y, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere la inmediata protección judicial.

Además, la Corte Constitucional paulatinamente ha ido extendiendo el calificativo de servicios públicos a nuevas actividades,⁴⁴⁵ y en consecuencia ampliando los supuestos en los cuales, bajo este concepto, los particulares están vinculados por las normas que consagran derechos fundamentales. Cabe destacar la aportación de la sentencia T-105 de 1996, en la que se establece que “el seguro obligatorio de accidentes de tránsito obedece a un régimen impositivo del Estado que compromete (...) el interés general y busca de manera continua y regular satisfacer necesidades de orden social y colectivo –protección de los derechos a la vida y a la salud-, en procura de un adecuado y eficiente sistema de seguridad social que propenda por un mejor modo de vida.”

Respecto al segundo supuesto contemplado en la Constitución colombiana de que la conducta de un particular afecte⁴⁴⁶ grave y directamente el interés colectivo,⁴⁴⁷ la práctica jurisprudencial ha sido moderada y ha hecho un uso relativamente escaso de él. Lo anterior -en opinión de Julio Estrada- debido a que entraña el problema procesal de que la Constitución colombiana prevé específicamente otro tipo de acciones para la defensa de los intereses colectivos:

⁴⁴⁴ Cfr. ESTRADA, Julio Alexei, *Op. cit.*, p. 273.

⁴⁴⁵ Dicha extensión ha permitido que la Corte califique como servicio público la administración de cementerios (sentencias T-162 de 1994, T-517 de 1995, T-609 de 1995 y T-602 de 1996), la actividad aseguradora en lo concerniente al seguro obligatorio de accidentes de tránsito (sentencia T-105 de 1996), y, en jurisprudencia más reciente la actividad bancaria (SU-157 de 1999) y la actividad de parqueo y de patios (Sentencia T-1000 de 2001).

⁴⁴⁶ En cuanto a qué ha de entenderse por afectación grave y directa, Vid. sentencia T-225 de 1993 y T-219 de 1994. En la primera, la gravedad hace referencia a la importancia del bien amenazado o vulnerado, y se entiende que es directa cuando se afecta en (...) forma personal e inmediata el interés de los perjudicados”.

⁴⁴⁷ Los eventos en que según la jurisprudencia constitucional colombiana opera el supuesto en que el particular afecta el interés colectivo son: a) la generación de ruidos molestos o en general por contaminación auditiva –trátese de establecimientos de diversión (sentencias T-575 de 1995 y T-198 de 1996) o de empresas que funcionan cerca de zonas residenciales (sentencia T-028 de 1994), por la emisión de malos olores (sentencias T-622 de 1995 y T-115 de 1997) o el vertido de desechos químicos (sentencia T-251 de 1993), o cuando se aúnan varios tipos de contaminación (sentencia T-200 de 1996); y b) aquellas situaciones que responden a conductas del particular que constituyen un abuso de las facultades que le han sido legalmente otorgadas (sentencias T-379 de 1995 y T-425 de 1995).

las acciones populares (artículo 88). En ese sentido, en primera instancia habría que deslindar los supuestos en que procede la tutela de aquéllos en que proceden estas últimas.⁴⁴⁸ Si bien, es posible identificar una línea jurisprudencial bastante amplia sobre la procedencia de la acción de tutela por la vulneración de los derechos e intereses colectivos,⁴⁴⁹ a partir de la expedición de la Ley 472 de 1998, que regula las acciones populares, la interpretación de la Corte se ha vuelto cada vez más restrictiva, en cuanto a la procedencia de la garantía constitucional en estos casos,⁴⁵⁰ pero en todo caso, la argumentación de la Corte ha sido la misma en términos generales: cabe la tutela cuando la conducta del particular que afecte grave y directamente el interés colectivo vulnere derechos fundamentales. Si no hay vulneración de los derechos fundamentales, no procede la acción de tutela y habrá que recurrir a las acciones populares.

Cabe mencionar la solución ofrecida por la Corte Constitucional en los supuestos en que el particular cuya conducta amenaza o vulnera el derecho fundamental se halla en ejercicio de una actividad legítima, es decir, de una actividad para cuyo ejercicio cuenta con autorización legal o administrativa; lo que plantea el problema de la no procedencia de la tutela contra conductas legítimas de un particular, previsto en el artículo 45 del Decreto ley 2591. La Corte ha resuelto tal problema acudiendo a la figura del derecho privado del abuso del derecho, de lo que se deduce que se trata de casos típicos de colisión de derechos que la Corte resuelve por medio de la ponderación y de la armonización concreta de los bienes jurídicos en conflicto. Sin excepciones, la ponderación

⁴⁴⁸ Cfr. ESTRADA, Julio Alexei, *Op. cit.*, p. 274.

⁴⁴⁹ Vid. Sentencias T-406 de 1992, T-251 de 1993 y T-28 de 1994, f. j. 2ª. En esta última la Corte Constitucional sostuvo que: "(...) en algunos eventos la acción u omisión de un particular, así como la de una autoridad pública, puede afectar a un número plural de personas, todas ellas identificadas o identificables, en cuyo caso no se puede predicar una situación de *interés colectivo* que amerite la protección jurídica mediante la figura de las acciones populares de que trata el artículo 88, sino que se trata de una circunstancia que puede protegerse o remediarse mediante instrumentos especiales como lo son las acciones consagradas en la legislación colombiana, o la acción de tutela definida por el artículo 86 constitucional. En consecuencia, cuando se presentan los supuestos descritos, es posible tutelar los derechos fundamentales de las personas, toda vez que se trata realmente de una acumulación de acciones encaminadas a proteger a unos individuos determinados. Tal es el caso por ejemplo de la contaminación de la comida en una escuela, o de la deficiente protección del servicio público de acueducto en un conjunto residencial de una ciudad. En estas situaciones, si bien una pluralidad de personas se encuentran afectadas, todas ellas son identificables e individualizables y, por ende, cada una puede reclamar ante los jueces el amparo de sus derechos, amenazados o vulnerados; en caso de no hacerlo, surge también la vía de la acción de clase, mediante la cual esas personas pueden reclamar por un daño que se les haya ocasionado "sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares (artículo 88). Finalmente la acción de tutela procede contra particulares cuando se afecte grave y directamente el interés colectivo, esto es, un interés que abarca a un número plural –y generalmente indeterminado– de personas que se ven afectadas por la conducta nociva desplegada por un particular (...)."

⁴⁵⁰ Vid. Sentencia T-769 de 2001.

redunda en una restricción de los derechos del demandado en beneficio de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.⁴⁵¹

Por otro lado, en lo que se refiere a la indefensión y subordinación, diremos que se trata de los supuestos que han dado lugar al mayor número de pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, por ser precisamente aquellos invocados con mayor frecuencia. Así pues, por tratarse de dos conceptos amplios e indeterminados, su precisión ha corrido por entero a cargo de la jurisprudencia, que ha adoptado una definición que generó consenso y que en consecuencia ha sido la más utilizada:

Entiende la Corte que la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de que se trate.⁴⁵²

De este modo, se diferencia el ámbito de validez de cada concepto. Como afirma la cita anterior, se trata de dos vocablos que reconocen situaciones diferentes aunque en determinadas circunstancias pueden ir asociados, es decir, no se excluyen. La subordinación supone una relación jurídica de dependencia, que la Corte Constitucional ha aplicado —entre otros casos— en las relaciones laborales;⁴⁵³ en la subordinación de los hijos menores de edad frente a sus padres;⁴⁵⁴ y en la relación de las juntas administradoras de los conjuntos residenciales.⁴⁵⁵ Por su parte, los supuestos de indefensión son mucho más amplios pues no suponen la existencia de un vínculo de carácter jurídico entre el querellante y el demandado. Inicialmente la palabra remite a la ausencia de un

⁴⁵¹ Vid. Sentencias T-425 de 1995, T-575 de 1995 y T-198 de 1996.

⁴⁵² Vid. Sentencia T-290 de 1993, f. j. 3ª.

⁴⁵³ La subordinación laboral se ha afirmado: a) en atención a lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo, según el cual la subordinación es uno de los elementos constitutivos de la relación laboral, Vid. Sentencias T-593 de 1992, T-161 de 1993, T-230 de 1994; b) respecto de los pensionados y su antiguo patrono, en algunos de estos casos también se invoca la indefensión, Vid. Sentencia T-833 de 1998; y c) con relación a los sindicatos respecto de las empresas, cuando se trata de salvaguardar el derecho de asociación sindical, Vid. Sentencia T-526 de 1999).

⁴⁵⁴ Esta subordinación se desprende del conjunto de relaciones derivadas de la patria potestad, y de la dependencia económica y afectiva de los menores respecto de sus progenitores, Vid. Sentencias T-290 de 1993 y T-293 de 1994.

⁴⁵⁵ En este caso, la subordinación se deriva de los medios de coacción jurídicos o extra jurídicos con que cuentan las juntas administradoras sobre los residentes, Vid. Sentencia T-233 de 1994.

medio de defensa frente a los ataques de un tercero, la jurisprudencia colombiana ha hecho énfasis en la naturaleza relacional del concepto, y por lo tanto es la situación de una de las partes de la relación –la más débil, por supuesto- la que configura el estado de indefensión, independientemente de que ésta disponga o no de mecanismos judiciales distintos a la tutela para hacer frente a la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales. De este modo no se distingue en realidad entre el supuesto fáctico y el procesal, pues ambos a la luz de la jurisprudencia colombiana, configuran la indefensión.⁴⁵⁶

A continuación se hará mención de algunos de los sucesos en los que según el supremo intérprete constitucional se configura la indefensión: a) cuando se constriñe a pagar una acreencia, utilizando métodos extraprocesales que suponen la divulgación pública y sin posibilidades de defensa de su condición;⁴⁵⁷ b) debido a la situación de marginación social y económica del demandante,⁴⁵⁸ que puede agravarse si es una persona de la tercera edad;⁴⁵⁹ c) cuando el demandante padece una minusvalía física o síquica, que lo coloca en una situación de desventaja frente al demandado;⁴⁶⁰ d) cuando el afectado por la vulneración de un derecho fundamental es un menor;⁴⁶¹ e) cuando, pese a haberse ejercitado oportunamente los medios de defensa ordinarios, debido a la actitud renuente del demandado a acatar las decisiones judiciales previas se configura la indefensión;⁴⁶² f) frente a los poderes sociales o económicos que disponen en su favor de instrumentos que pueden afectar la autonomía privada del individuo, tales como los medios de comunicación,⁴⁶³ clubes de fútbol,⁴⁶⁴ las juntas administradoras de los conjuntos residenciales,⁴⁶⁵ las asociaciones

⁴⁵⁶ Cfr. ESTRADA, Julio A., *Op. cit.*, p. 280.

⁴⁵⁷ Vid. Sentencias T-412 de 1992 y T-411 de 1995.

⁴⁵⁸ Vid. Sentencia T-605 de 1992.

⁴⁵⁹ Vid. Sentencias T-125 de 1994, T-036 de 1995, T-351 de 1997, T-495 de 1999, T-1008 de 1999 y SU-062 de 1999.

⁴⁶⁰ Vid. Sentencias T-174 de 1994, T-024 de 1995 y T-288 de 1995.

⁴⁶¹ En este caso la Corte Constitucional ha aplicado escrupulosamente el principio consagrado en el artículo 42.9 del Decreto ley 2591, según el cual "siempre que el demandante es un menor se presume indefensión", Vid. Sentencias T-179 de 1993, T-039 de 1993 y T-182 de 1996.

⁴⁶² Vid. Sentencias T-290 de 1993 y T-789 de 2001.

⁴⁶³ Vid. Sentencias T-611 de 1992, T-066 de 1998, T-605 de 1998, T-1721 de 2000 y T-634 de 2001.

⁴⁶⁴ Vid. Sentencias T-498 de 1994, T-123 de 1998, T-302 de 1998, T-371 de 1998, T-029 de 1999 y T-138 de 2000, todas ellas relacionadas con la negación del club al jugador de la carta de libertad y por lo tanto de la posibilidad de ser contratado por otro equipo; así como la sentencia T-288 de 1995, en la que se afirma la indefensión de los particulares que asisten a los partidos de fútbol en relación con las decisiones de los clubes que los marginen de participar en el espectáculo.

⁴⁶⁵ Vid. Sentencias T-233 de 1994, T-333 de 1995, T-070 de 1997, T-216 de 1998, T-1082 de 2001 y SU-509 de 2001, en las que coexiste la subordinación y la indefensión.

profesionales⁴⁶⁶ y las empresas que gocen de una posición dominante en el mercado;⁴⁶⁷ y g) la indefensión por inactividad de la administración.

De la enunciación anterior es posible distinguir entre supuestos de indefensión meramente relacional, aquéllos en los cuales el único hecho relevante es la posición de debilidad de una de las partes respecto de la otra, sin importar si éste último cuenta con medios de defensa judicial distintos de la acción de tutela (supuestos a, b, c y d); y los supuestos en los que los medios de defensa judicial a disposición de quien ha sido vulnerado en sus derechos fundamentales se revelan ineficaces (supuestos e y g). Frente a los poderes sociales o económicos generalmente se presenta una combinación de las dos acepciones del término de indefensión: desigualdad fáctica y ausencia de medios de defensa judicial.

En lo que toca al supuesto de indefensión por inactividad de la administración, diremos que se trata de una construcción original de la Corte Constitucional colombiana, que tiene mucho que ver con la figura del deber de protección, desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia alemana. En 1992, la Corte Constitucional colombiana –mediante la sentencia T-604– recurre por primera vez a la teoría de la indefensión por inactividad de la administración.⁴⁶⁸ La esencia de esta construcción radica en que si la administración no utiliza las potestades de que está investida para hacer cesar las lesiones o amenazas a los derechos humanos que provienen de la actividad de un particular, el afectado puede recurrir a la acción de tutela, puesto que con su inactividad la administración ha propiciado que se rompa el plano de igualdad que debe presidir el tráfico *inter privatos* y ha permitido que el transgresor ocupe una situación de preeminencia fáctica respecto de quien resulta vulnerado en sus derechos fundamentales.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ Vid. Sentencia T-697 de 1996.

⁴⁶⁷ Vid. sentencias T-579 de 1995, T-375 de 1997, T-394 de 1999, T-640 de 1999 y T-677 de 2001.

⁴⁶⁸ Se trataba de una tutela interpuesta por un particular contra una empresa de transporte público de propiedad privada la cual había suspendido una ruta de autobuses que prestaba servicio en el barrio del demandante. Como no se trataba de un servicio público, en principio no cabía la acción de tutela.

⁴⁶⁹ Como ya se mencionó, generalmente la indefensión por inactividad concurre en los eventos en que la conducta de un particular afecta de manera grave y directa el interés colectivo. Vid. ESTRADA, Julio A. *Op. cit.* en 282-283.

El hecho generador de la indefensión lo constituye la conducta omisiva de la administración, la cual, a pesar de que por vía legal o reglamentaria se le ha confiado la solución de este tipo de incidentes, no atiende los continuos reclamos del afectado, y de este modo le priva de los medios de defensa que tiene a su disposición. Se reprocha al poder público que no haga uso de su poder sancionatorio para restablecer el equilibrio roto. Por lo que en estos casos también podría demandarse directamente a la administración,⁴⁷⁰ y no a los particulares autores directos de la violación, o incluso demandar conjuntamente a ambos.⁴⁷¹

Sin embargo, de acuerdo con la Corte, no cualquier inacción administrativa genera tal estado de indefensión. En ese sentido, ha determinado un conjunto de requisitos que debe reunir la omisión administrativa para que sea procedente la acción de tutela:⁴⁷² a) gravedad de la omisión, en vista del bien constitucional cuyo cuidado depende del ejercicio oportuno y diligente de las competencias asignadas a la respectiva autoridad; b) demora injustificada de la autoridad para ejercitar las funciones atribuidas por la ley; c) nexo claro de causalidad entre la omisión administrativa y la situación ilegítima de ventaja de un particular que la explota materialmente en su favor y en detrimento de las demás personas; d) existencia de una lesión directa o de una amenaza cierta sobre un derecho fundamental que tienen como causa directa y principal el comportamiento omisivo y su aprovechamiento por el particular; y e) previo agotamiento de los recursos administrativos consagrados en la ley con el objeto de obtener que cese la omisión, salvo que su agotamiento pueda convertir en irreparable la lesión o la amenaza.

Por otro lado, en lo que respecta a la tutela contra particulares y la autonomía de la voluntad privada, podemos mencionar que hasta fecha relativamente reciente existía un último reducto que a juicio de la Corte seguía siendo infranqueable: el ámbito de las relaciones contractuales. La Corte, siguiendo una interpretación claramente liberal de la autonomía privada y de la

⁴⁷⁰ Vid. Sentencias T-144 de 1994 y T-325 de 1993.

⁴⁷¹ Vid. Sentencia T-357 de 1995.

⁴⁷² Vid. Sentencia T-622 de 1995.

libertad negocial,⁴⁷³ negó casi siempre la procedencia de la tutela en los conflictos originados en este tipo de relaciones.

No obstante, en dos casos excepcionales dejó de aplicar la anterior doctrina, y admitió la procedencia de la tutela aun cuando en el fondo se debatiera la validez de estipulaciones contractuales. Se trataba de situaciones límite en las cuales las especialísimas circunstancias personales de los demandantes los colocaban, a juicio de la Corte, en una situación de indefensión frente al demandado, y en las que la vulneración de obligaciones de carácter legal amenazaban derechos fundamentales de los querellantes.⁴⁷⁴

A partir de 1996, los contratos de prestación de servicio médicos⁴⁷⁵ y más recientemente los contratos relacionados con la actividad bancaria han abierto una brecha en la posición inicial de la Corte, respecto a la procedencia de la tutela en las relaciones contractuales. Respecto a la tutela contra compañías privadas encargadas de la prestación del servicio de salud, en virtud de una relación contractual, la jurisprudencia constitucional ha esbozado los siguientes argumentos tales como que la salud constituye un servicio público,⁴⁷⁶ que debido a los bienes jurídicos en juego (la salud, la integridad personal y la vida) procede la acción de tutela a pesar de la existencia de recursos judiciales ordinarios,⁴⁷⁷ y que debido a la naturaleza de los contratos de adhesión y en virtud del desequilibrio que existe entre el usuario y la empresa prestadora del servicio, ésta última puede imponer cierto tipo de cláusulas que rompen el equilibrio contractual y hagan más gravosa la situación de la parte débil.⁴⁷⁸

⁴⁷³ Según la cual en materia contractual no existe subordinación de ninguna de las partes –ya que ambas actúan en el plano de igualdad que consagra la ley– y menos aún indefensión –pues existe un variado acervo de acciones para la satisfacción de las pretensiones de índole contractual. Vid. Sentencia T-240 de 1993.

⁴⁷⁴ Se trata de las sentencias T-125 de 1994 y T-351 de 1997. En ambos casos la tutela fue interpuesta por personas de la tercera edad, de escasos recursos económicos, que habían sido despojados de su patrimonio por las personas encargadas de administrarlo.

⁴⁷⁵ En opinión de Julio Estrada: "Tal vez ha sido ésta una respuesta del juez constitucional a la paulatina privatización de la seguridad social en Colombia (...) que generaba una grave desprotección de los usuarios (...) pues para resolver las controversias (...) debían recurrir a la jurisdicción ordinaria, como en cualquier relación contractual, mucho más dispendiosa y tardía que la tutela (...) Cfr. ESTRADA, Julio A, *Op. cit.*, p.288.

⁴⁷⁶ Vid. Sentencia T-533 de 1996.

⁴⁷⁷ Vid. Sentencia T-307 de 1997.

⁴⁷⁸ Vid Sentencia SU-039 de 1998: "en el contrato de servicios de medicina prepagada (...) las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal (...)."

Por otra parte, en los conflictos surgidos entre las entidades financieras y sus clientes es posible observar también una interesante evolución jurisprudencial, marcada por una paulatina aceptación a la posibilidad que se afecten derechos fundamentales en el tráfico negocial que tiene lugar dentro del marco de la actividad bancaria, financiera y bursátil. Al igual que en el caso de los servicios médicos, la Corte ha reconocido el carácter de servicio público de este tipo de actividad.⁴⁷⁹ Asimismo, el juez constitucional analiza los límites de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual, y concluye que por tratarse de una actividad de interés público la libertad contractual de las entidades financieras es restringida y que debe respetar los derechos de los clientes esencialmente los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, las libertades económicas y el principio de igualdad.⁴⁸⁰

6. La postura peruana

La Constitución peruana no contiene una disposición que explicita la eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. Sin embargo, partiendo de la interpretación de algunas de sus disposiciones y de la que de ella ha hecho el Tribunal Constitucional, se puede afirmar que, en efecto, los derechos constitucionales proyectan su fuerza normativa al ámbito de las relaciones entre particulares. En ese sentido, tres disposiciones constitucionales permiten inferir dicho efecto como vigente en el ordenamiento jurídico peruano que, como veremos luego, son los que emplea el Tribunal Constitucional: a) el principio de primacía de la Constitución, b) el principio de dignidad de la persona y c) la legitimación procesal pasiva en los procesos de tutela de derechos.⁴⁸¹

Ahora bien, pueden distinguirse dos etapas en el desarrollo argumentativo del Tribunal Constitucional peruano al afirmar el efecto entre particulares de los derechos humanos. Una primera fase en la que no se plantea la necesidad de fundamentar la cuestión, misma que da por admitida. En esta etapa no efectúa un

⁴⁷⁹ Vid. Sentencia T-735 de 1998.

⁴⁸⁰ Vid. Sentencias SU-157, 166 y 167 de 1999.

⁴⁸¹ Apud. MENDOZA ESCALANTE, Mijail, "Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano", en *Revista Pensamiento Constitucional* No. 10, *Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2004.

pronunciamiento global sobre el problema, sino que se refiere concretamente a la vinculación al derecho al debido proceso y sus diversas variables en el ámbito de los procedimientos disciplinarios efectuados en entes corporativos privados.⁴⁸² La primera sentencia al respecto es la dictada en el caso *Amillas Gamio*, en 1996, en la que el Tribunal Constitucional expresa que:

no es argumento válido para desestimar la presente demanda, el empleado por el Club emplazado, que sostuvo que "la sanción adoptada por la Junta Calificadora y de Disciplina en el caso del demandante respondió a los estatutos del Club (...) y que es meridianamente claro que ese proceso (disciplinario) no puede ser considerado bajo las formalidades propias de un juicio o procedimiento judicial", lo que no parece aceptable, por cuanto el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado, como el desarrollado por el Club demandado.⁴⁸³

Esta fase inicial se caracteriza por la resolución y la admisión de un significativo número de acciones de amparo justamente contra sanciones disciplinarias por entes corporativos privados que continúan la línea argumentativa trazada en el caso *Amillas Gamio* y se prolonga hasta el inicio de una segunda etapa donde el Tribunal intenta fundamentar este efecto *inter privados* de derechos humanos. Esta segunda fase puede representarse con la sentencia del 11 de julio de 2002, en el caso *Sindicato Unitario de Trabajadores del Perú, S.A. y FETRATEL*, donde se cuestionaba el despido unilateral del que habían sido objeto los miembros del sindicato recurrente y se alegaba la lesión del derecho al trabajo y la libertad sindical.⁴⁸⁴

En esta ocasión el Tribunal se planteó el problema constatando que se trataba de un caso de eficacia horizontal, que por ende debía ser abordado en ese contexto: "Por esta razón, la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, como en la presente controversia, debe también plantearse tomando como base a la eficacia *inter privados* de los derechos constitucionales."⁴⁸⁵ El efecto horizontal de los derechos humanos es expresado en los siguientes términos:

⁴⁸² Cfr. *Ibid*, p. 4.

⁴⁸³ Cfr. Sentencia contenida en Expediente NO. 067-93-AA/TC del 12 de diciembre de 1996.

⁴⁸⁴ Cfr. Sentencia contenida en Expediente 1124-2001-AA/TC del 11 de julio de 2002.

⁴⁸⁵ *Idem*, fundamento núm. 7.

La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38 de la Constitución, "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)." Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, (...) En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.⁴⁸⁶

De esta sentencia se desprende que el efecto horizontal de los derechos humanos entre particulares se deriva del principio de primacía de la Constitución y la consideración de su fuerza normativa. Respecto al principio de primacía de la Constitución, podemos señalar que éste no significa sólo la primacía de ella respecto al resto de las normas de ordenamiento jurídico (artículo 51 de la Constitución peruana) y la consiguiente subordinación de éstas a aquéllas, sino también que, en cuanto fuente de derecho, sus normas vinculan al Estado y a la sociedad, tal como lo señala el artículo 38 constitucional, antes mencionado.

De lo anterior, se desprende una conclusión que resulta de primordial importancia para nuestro estudio: "en el respeto y cumplimiento de la norma fundamental impuestos a todos los peruanos, se está enunciando la vinculatoriedad de éstos a dicha norma y, desde luego, a los derechos fundamentales contenidos en ella."⁴⁸⁷ Esta línea de argumentación es seguida en una sentencia del año 2003, en la cual, en ocasión del caso Llanos Huayco, el Tribunal Constitucional emplea además el principio de dignidad, al señalar que: "esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1º de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ *Idem*, fundamento núm. 6.

⁴⁸⁷ Cfr. MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Op. cit.*, p. 3.

⁴⁸⁸ Cfr. Sentencia contenida en Expediente 976-2001-AA/TC del 13 de marzo de 2003, fundamento núm. 5, penúltimo párrafo.

Como puede observarse -de modo análogo a la fundamentación que Nipperdey⁴⁸⁹ y Leisner⁴⁹⁰ formulan respecto a la Ley Fundamental- en esta sentencia el Tribunal peruano halla en la dignidad de la persona un argumento a favor del efecto en terceros. La dignidad constituye un principio fundamental del ordenamiento constitucional peruano que se infiere de las referencias que a él hace el artículo 1º de la Constitución. Asimismo, esta misma sentencia alude al argumento procesal de la legitimación pasiva cuando sostiene: "Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones y omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones *inter privatos* y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos."⁴⁹¹

El significado jurídico político del principio de la dignidad de la persona como un principio fundamental de la Constitución, es el reconocimiento del valor central de la persona en el Estado, lo cual implica que éste y el propio orden social se justifican o legitiman en razón de la consecución de este principio. Desde una perspectiva jurídica constitucional, este principio trae consigo dos consecuencias:⁴⁹² a) en cuanto fin supremo impone la protección y promoción de la persona y b) esa protección no se circunscribe respecto al Estado, sino también a la sociedad, pues el respeto de la dignidad se impone, según el propio artículo 1º de la Constitución peruana como "fin supremo de la sociedad y del Estado."

La protección y promoción de la dignidad de la persona se manifiestan en la protección y promoción de los derechos fundamentales. Por esto, el respeto de la dignidad al que alude la Constitución peruana es, justamente, el que se debe a los derechos fundamentales. Este respeto significa jurídicamente sujeción, vinculatoriedad, a aquéllos. Por otra parte, si el principio de dignidad se proyecta también al Estado-sociedad, además del Estado-aparato, resulta que no sólo es

⁴⁸⁹ Vid. NIPPERDEY, Hans Carl, *Op. cit.*, pp. 17 y ss.

⁴⁹⁰ Cfr. LEISNER, Walter, *Op. cit.*, pp. 139-151.

⁴⁹¹ *Idem*, fundamento núm. 8, 2º párrafo.

⁴⁹² Cfr. MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Op. cit.*, p. 3.

éste el sujeto destinatario de los derechos fundamentales, sino también la sociedad en general, cabe decir, los particulares.⁴⁹³ Es por esto que las relaciones jurídicas que se dan en este ámbito y, en cuanto tales, son justamente de derecho privado, han de respetar los derechos fundamentales.

Como ya se mencionó, la Constitución peruana no contiene disposición expresa respecto al efecto horizontal de los derechos humanos y, por ende, no precisa si el efecto ha de ser directo o indirecto. Sin embargo, el Tribunal en la mencionada sentencia del caso Llanos Huayco, ha afirmado que se trata de una eficacia directa, aunque, precisando que ello no significa “que el juez constitucional pueda realizar un control de la misma intensidad como la que normalmente se realiza en los actos que emanan de los poderes públicos (...).”⁴⁹⁴

En ese sentido, lo que el Tribunal Constitucional peruano entiende como efecto directo de los derechos fundamentales, puede ser comprendido con mayor claridad cuando, en la sentencia del caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, refiriéndose a la fuerza normativa de la Constitución, derivada del artículo 38 de ésta, alude específicamente a lo que denomina como su “fuerza regulatoria de relaciones jurídicas (...) entre particulares.”⁴⁹⁵ Esta afirmación significa su reconocimiento como auténticas normas de conducta. Es decir, con aptitud prescriptiva de mandatos, prohibiciones o permisiones en las relaciones jurídicas privadas.

Así, a la fuerza activa y pasiva de los derechos humanos sobre el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, se añade esta denominada fuerza regulatoria. De este modo, la opción de atribuir efecto indirecto a los derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas, entendiendo como tal el que despliegan a través de conceptos jurídicos abiertos o cláusulas generales del derecho privado y el que opera por medio de la interpretación de las normas jurídico privadas, ha sido, por lo menos hasta el momento, descartada. En ese sentido, habría que concluir que para el Tribunal Constitucional peruano el efecto de los derechos

⁴⁹³ *Idem*.

⁴⁹⁴ Cfr. Caso *Llanos Huayco*, *Op. cit.*, fundamento 8, 3º párrafo.

⁴⁹⁵ Cfr. Sentencia *Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. Y FETRATEL*, Tribunal Constitucional del Perú, fundamento 6, en <http://www.tc.qob.pe>

humanos entre particulares no se halla condicionado ni circunscrito a un efecto indirecto en el sentido antes descrito.⁴⁹⁶

Así pues, el Tribunal peruano ha reconocido la intermediación de la ley, la cual aún cuando posee una función delimitadora del contenido del derecho, no conduce a la suplantación del mismo, ya que conforme el propio tribunal lo ha indicado –aludiendo del “contenido constitucionalmente protegido”- la ley ha de respetar su contenido esencial.⁴⁹⁷ Así pues, la intermediación de la ley no elimina ni excluye la intervención del derecho fundamental como parámetro de conducta. Por el contrario la concretización del contenido de un derecho y su limitación contribuyen a precisar sus alcances. Función que a menudo también desenvuelve la jurisprudencia constitucional, máxime en ausencia de desarrollo legislativo de los derechos.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha proyectado el efecto regulatorio del derecho al debido proceso, y en particular el derecho a la defensa, cuando en la sentencia del caso Cárdenas Torres, señala que “no se puede argumentar que no era necesario iniciar procedimiento alguno para sancionar al demandante, dado que aunque el Estatuto de la emplazada no contiene ninguna norma sobre el particular, dicho documento no puede estar por encima de la Constitución (...), ni tampoco ignorar los derechos fundamentales que ella reconoce.”⁴⁹⁸ Dentro de esta perspectiva, resulta claro que aún cuando el estatuto de la persona jurídica no estableciera normas que regularan el procedimiento sancionatorio en el propósito de garantizar el derecho al debido proceso, éste y, por tanto, los derechos y principios que lo componen, han de aplicarse directamente.

Por otro lado, el problema de las colisiones entre derechos fundamentales en los casos de efectos horizontales implican operaciones de ponderación que, según el Tribunal Constitucional, ha de resolverse considerando la diversa *iniensidad* que ellos despliegan respecto al Estado. Ahora bien, en su concepto,

⁴⁹⁶ Cfr. MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Op. cit.*, pp. 7-8.

⁴⁹⁷ Cfr. Sentencia del caso *Llanos Huayco*, Tribunal Constitucional del Perú, fundamento 7, 1º párrafo en <http://www.tc.gob.pe>

⁴⁹⁸ Cfr. Sentencia del caso *Cárdenas Torres* contenida en Expediente 1401-2001-AA/TC, del 9 de octubre de 2002, Tribunal Constitucional del Perú, fundamento 3, en <http://www.tc.gob.pe>

además de considerar este matiz de intensidad en estos casos, corresponderá la aplicación de los principios de *proporcionalidad* y *razonabilidad*.⁴⁹⁹ A decir del Tribunal peruano, las ponderaciones que han de efectuarse para resolver los problemas de colisión en las controversias privadas deberán hacerse tomando en cuenta el principio de proporcionalidad en sus tres variantes de adecuación: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En ese sentido, el tribunal ha sostenido –respecto al ejercicio de las potestades de dirección del empleador en torno a los derechos constitucionales del trabajador- que si bien la empresa empleadora: “(...) dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador.” Situación que implica que “las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable.”⁵⁰⁰

7. La teoría de la irradiación

Existe cada vez más consenso acerca de la importancia de los trabajos de Robert Alexy en el campo de la teoría de los derechos humanos.⁵⁰¹ Alexy ha señalado que uno de los efectos más importantes de los derechos humanos como principios constitucionales es el efecto ante terceros o efecto horizontal, a lo que este autor denomina *efecto de irradiación* de los derechos humanos. Para explicar esta tesis, Alexy cita al Tribunal Constitucional Alemán: “De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los

⁴⁹⁹ Cfr. Sentencia del caso *Llanos Huayco*, *Op. cit.*, fundamento 8, último párrafo.

⁵⁰⁰ Cfr. Sentencia del caso *Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. Y FETRATEL*, *Op. cit.*, fundamento 7.

⁵⁰¹ Cfr. CIANCIARDO, Juan, “Cognitivismo débil, pretensión de corrección, injusticia y principios en el razonamiento judicial. Una visión crítica” en *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 2001, p. 105.

ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia.”⁵⁰²

La tesis de la irradiación es primordial para el cumplimiento de los derechos humanos, ya que, en primer lugar, establece que constituyen criterios, o mandatos de optimización, no sólo para los jueces, sino también para legisladores y autoridades administrativas, Pero lo más significativo es el llamado efecto inmediato de los derechos humanos, que se da entre personas particulares. La más fuerte formulación de este efecto en terceros es la que señala que todas las relaciones jurídicas entre particulares están directamente reguladas por estos principios iusfundamentales.⁵⁰³

En virtud de dicho efecto las relaciones del derecho constitucional con las otras ramas jurídicas deben considerarse desde una perspectiva distinta, según la cual cada ámbito del derecho permanece como tal (sin ser disuelto en el derecho constitucional) y conserva sus características propias, pero los derechos humanos actúan como un principio de interpretación de sus preceptos y por lo tanto “se impone en ellos acuñándolos e influyéndolos; estos ámbitos del derecho quedan en cierto modo conformados constitucionalmente.”⁵⁰⁴

De manera que de acuerdo con Hesse, al derecho privado, que hasta entonces determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados.⁵⁰⁵ En resumen, el Código Civil pierde su carácter de supremo regulador de las relaciones privadas, y cede su lugar a los mandatos constitucionales, entre los que ocupan un lugar privilegiado los derechos humanos.

⁵⁰² Cfr. ALEXY, Robert, *Op. cit.*, p. 507.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 513.

⁵⁰⁴ Cfr. BÖCKENFÖRDE, E., *Op. cit.*, p. 112

⁵⁰⁵ Cfr. HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 59.

Esta amplia protección que se debe dar a los derechos humanos en los niveles de gobierno, en los tres poderes y entre particulares es una consecuencia natural de su carácter de principios básicos de la Constitución, que forman la plataforma mínima que se debe otorgar a los ciudadanos para que puedan interactuar jurídicamente. Existirían entonces tres niveles de protección, tanto positiva como negativa, como en el caso *Velosa Barreto* de la Corte Europea: un primer nivel, referido a los deberes del Estado, primordialmente legislativos y judiciales; un segundo nivel relativo a la influencia del Estado con respecto a particulares; y un tercer nivel relativo a las relaciones entre particulares.⁵⁰⁶

Alexy ejemplifica el segundo nivel con el célebre caso *Lüth* que hemos analizado previamente, y el tercero con el fallo *Blinkfüer*. El caso *Lüth* presentaba la dificultad de juzgar un caso civil con respecto a la prohibición de realizar determinadas declaraciones, a la luz de los derechos fundamentales. El fallo estableció: "Si el juez civil (...) no respeta estas pautas y su fallo se basa en no haber tenido en cuenta esta influencia jurídico-constitucional en las normas de derecho civil, viola no sólo el derecho constitucional objetivo al desconocer el contenido de la norma de derecho fundamental (como norma objetiva), sino que más bien, en tanto titular del poder público, lesiona con su fallo el derecho fundamental a cuyo respeto, también por parte del poder judicial, el ciudadano tiene un derecho constitucional."⁵⁰⁷

El problema que se plantea es si un tribunal civil está facultado para lesionar un derecho fundamental a través de su fallo. La importancia de esta decisión es crucial para la tesis de la irradiación, pues considera a los derechos fundamentales como límites a la decisión del juez, incluso por encima de la legislación civil, dado su carácter de principios iusfundamentales. En cuanto al caso *Blinkfüer*, la pregunta fundamental es si una acción privada que viola un derecho fundamental puede ser tolerada por el Estado. El problema se dio por un boicot que realizó la Editorial Springer con respecto a la revista *Blinkfüer*. El editor de la revista presentó una demanda por daños que rechazó el Tribunal Federal. El

⁵⁰⁶ Cfr. MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *Op. cit.*, p. 78.

⁵⁰⁷ Cfr. Alexy, Robert, *Op. cit.*, p. 517.

Tribunal Constitucional revocó dicha decisión por no otorgar protección a la libertad de prensa contra una acción privada.⁵⁰⁸ En ese sentido, a la pregunta antes formulada corresponde una respuesta afirmativa: El Estado debe otorgar protección a aquellas personas que se ven afectadas en sus derechos humanos por acciones privadas. Como podemos ver, la tesis de la irradiación no es sólo un instrumento que incrementa la posibilidad de aplicar los derechos humanos correctamente, sino un ejemplo de cómo se deben aplicar.

Como parte del principio de irradiación se deducen dos principios que han sido aplicados por el Supremo Tribunal Constitucional Español. El primero –*favor libertatis*– se refiere a dotar de la mayor viabilidad y vigor posible al derecho fundamental, queda implícito: al momento de revisar las leyes, y el segundo –*preferred position*– deriva del sistema de revisión constitucional norteamericano, señala que se debe dar siempre mayor valor a los derechos fundamentales, interpretando la ley en la forma más favorable a la maximización de su contenido.⁵⁰⁹ Aunque aparentemente el segundo principio se refiere más a la jerarquía de estos derechos y el primero a la posibilidad de ampliación de sus efectos, podemos decir que tienen la misma finalidad: otorgarles una posición privilegiada.

8. Algunos aportes constitucionales y legales

Por último, antes de concluir este capítulo, creemos conveniente mencionar–sin afán exhaustivo– algunas disposiciones normativas, la mayoría de ellas de carácter constitucional, que consagran la protección constitucional ante actos u omisiones de particulares que violen los derechos humanos. A decir de Rodríguez Rescia, “las legislaciones más avanzadas han dado paso a reconocer el recurso de amparo para proteger derechos (...) no sólo contra actos del Estado, sino también contra particulares.”⁵¹⁰

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 518.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 201.

⁵¹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, *Op. cit.*, p. 14.

En ese sentido, Pedro de Vega García, se ha pronunciado a favor de la procedencia del recurso de amparo contra actos de particulares, subrayando la incongruencia que significa el hecho de que los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países sigan manteniéndose fieles a los más puros postulados del Estado liberal clásico, al regular la jurisdicción constitucional de la libertad desde la vieja creencia que son sólo el Estado y sus poderes públicos los que pueden lesionar los derechos fundamentales. En efecto, al reducir el ámbito protector del amparo a los actos de autoridad, y dejar fuera de su tutela el avasallamiento de los derechos y libertades por la acción de los poderes privados, su configuración como recurso definitivo y gran conquista jurídica y política de la democracia constitucional moderna no deja de ser un espejismo, o en palabras de este autor: la simple consagración de un mito. De esta forma, este constitucionalista español aboga por la necesaria ampliación del ámbito protector del recurso de amparo, para así enmendar la extraordinaria incongruencia implícita en el hecho de que la jurisdicción constitucional de la libertad excluya de su ámbito competencial a sus más peligrosos enemigos.⁵¹¹

En ese sentido, encontramos que el artículo 18.1 de la Constitución de Portugal de 1976 contiene la disposición expresa de la eficacia frente a particulares de los derechos humanos, al señalar que “los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas.” Dicho artículo, forma parte de los “principios generales de los derechos y deberes fundamentales”, consagrados en el Título I de la Primera Parte de esta Constitución.⁵¹²

En Paraguay, encontramos que la Constitución de 1992 establece en su artículo 134 que: “Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derecho o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera

⁵¹¹ Cfr. DE VEGA GARCÍA, Pedro, Prólogo en Figueruelo Burrueza, Ángela, *Op. cit.*

⁵¹² Cfr. Constitución de Portugal, 1976, en www.constitucion.es/otras_constituciones/eurona

remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente, el procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción popular para los casos previstos en la ley.⁵¹³

Por su parte, el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Bolivia señala lo siguiente:

se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes. El recurso de amparo se interpondrá por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente -salvo lo dispuesto en el Art. 1291 de esta Constitución-, ante las Cortes Superiores en las capitales de Departamento y ante los Jueces de Partido en las provincias, tramitándose en forma sumarísima. El Ministerio Público podrá también interponer de oficio este recurso cuando no lo hubiere o no pudiere hacerlo la persona afectada.

(...) La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente de recibida la información del denunciado y, a falta de ella, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el recurrente. La autoridad judicial examinará la competencia del funcionario o los actos del particular y, encontrando cierta y efectiva la denuncia, concederá el amparo solicitado siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados, elevando de oficio su resolución ante el Tribunal Constitucional para su revisión, en el plazo de veinticuatro horas. Las determinaciones previas de la autoridad judicial y la decisión final que conceda el amparo serán ejecutadas inmediatamente y sin observación.⁵¹⁴

Al respecto, el artículo 43 de la Constitución argentina señala lo siguiente:

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 el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

⁵¹³ Cfr. *Constitución de la República de Paraguay*, 1992, en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/conspar2.htm>

⁵¹⁴ Cfr. *Constitución Política del Estado de Bolivia*, en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/consbool1.htm>

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

En Costa Rica, la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989 denomina el Capítulo II, de su Título III: "Del amparo contra sujetos de derechos privado", en cuyo artículo 57 se señala que:

El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o, se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de esta Ley. La resolución que rechace el recurso deberá indicar el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado. No se podrán acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas del sujeto privado.⁵¹⁵

Por su parte, el artículo 59, relativo a la legitimación pasiva, establece que "El recurso se dirigirá contra el presunto autor del agravio, si se tratare de persona física en su condición individual; si se tratare de una persona jurídica, contra su representante legal; y si lo fuere de una empresa, grupo o colectividad organizados, contra su personero aparente o el responsable individual."⁵¹⁶ Asimismo, con relación al contenido y ejecución de la sentencia afirmativa, el artículo 62 señala que:

La sentencia que conceda el amparo declarará ilegítima la acción u omisión que dio lugar al recurso, y ordenará que se cumpla lo que dispone la respectiva norma, según corresponda a cada caso dentro del término que el propio fallo señale, y condenará a la persona o entidad responsable a la indemnización de los daños y perjuicios causados y al pago de las costas. Si el acto fuere de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar al responsable a que actúe en el sentido de respetar el derecho de que se trate, con aplicación en lo demás de lo dispuesto en el párrafo anterior. La liquidación de los daños y perjuicios y de las costas se reservará a la vía civil de ejecución de sentencia.⁵¹⁷

Por su parte, el artículo 63 prescribe lo siguiente:

Si al declararse con lugar el amparo, hubieren cesado los efectos del acto

⁵¹⁵ Cfr. Ley de la Jurisdicción Constitucional, Núm. 7135, 11 de octubre de 1989, en www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ljc.html

⁵¹⁶ *Idem.*

⁵¹⁷ *Idem.*

reclamado, o éste se hubiere consumado en forma que no sea posible restablecer al perjudicado en el goce de su derecho, la sentencia prevendrá al agravante que no debe incurrir en actos u omisiones iguales o semejantes a los que dieron mérito para acoger el recurso, y lo condenará en abstracto, a la indemnización de los daños y perjuicios causados y al pago de las costas, con aplicación de lo dispuesto en el artículo anterior. Todo ello sin perjuicio de las otras responsabilidades civiles o penales que correspondan.⁵¹⁸

Asimismo, cabe señalar que, en virtud del artículo 64 de esta Ley, “el rechazo del amparo contra sujetos de Derecho privado no prejuzga sobre la responsabilidad civil o penal en que haya podido incurrir el autor del agravio, y el ofendido podrá ejercitar o promover las acciones respectivas.”

⁵¹⁸ *Idem.*

CONCLUSIONES

PRIMERA. *Sobre los aportes históricos de la eficacia de los derechos entre particulares.* El estudio de la historia de los derechos humanos nos ha permitido dos objetivos muy concretos: reconocerlos como derechos en constante evolución, dinámicos, aptos para transformarse y por lo tanto, abiertos a la posibilidad de contemplar como violatorias conductas provenientes de sujetos pasivos distintos al propio Estado; por otro lado, el análisis histórico nos da la oportunidad de rescatar ciertas nociones –ya presentes en épocas pasadas- con base en las cuales creemos posible sustentar nuestra tesis principal: la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Dentro de esos conceptos que la historia nos aporta, podemos subrayar los siguientes: a) la desigualdad humana, b) el amor al prójimo, c) el derecho natural, d) la adaptación de la ley a la realidad, e) el principio volitivo de la ley, f) los límites al poder y g) la responsabilidad del individuo.

SEGUNDA. *Sobre la desigualdad en la historia.* La noción de desigualdad es esbozada en un primer momento por el Código de Hammurabi cuando señala que el Dios Hammurabi fue llamado para “contener al poderoso en su opresión del débil.” Asimismo, en la historia del pueblo judío se constata la preocupación por los débiles y los pobres. Buda –por su parte- predicó la igualdad de todos los hombres, en tanto que Aristóteles incluyó en su concepción de justicia, la nota de igualdad. Para este pensador, en la justicia se aplica y realiza el principio de igualdad como fundamento de la cohesión y armonía en la vida social. En China, se habló del ataque del grande hacia el pequeño, el maltrato de la mayoría hacia la minoría, el engaño del listo al inocente y la subestima del rico hacia el pobre. El cristianismo no solamente reconoció la existencia de desigualdades entre los hombres, sino que proclamó la igualdad humana fundamentada en la común filiación divina y se centró en proteger a los débiles, pobres y enfermos. En la Edad Media, la exclusión de los esclavos al goce de las prerrogativas de los fueros, puso en evidencia la desprotección y desigualdad –asentada esencialmente en el principio hereditario condicionado por el nacimiento- de esta clase feudal. Posteriormente, ya en la Edad Moderna, la corriente filosófica del iusnaturalismo contractualista dejó en claro su postura en torno a la desigualdad,

advirtiendo que la libertad y la igualdad de los hombres no son un dato de hecho, sino un ideal por perseguir; no un ser, sino un deber ser. En ese sentido, baste recordar a Hobbes, para quien los hombres se tienen que asociar, toda vez que en el estado de naturaleza, que él mismo define como caótico, los fuertes se imponen sobre los débiles. Para Locke, el estado civil tiene como objetivo permitir la más amplia expresión de la libertad y la igualdad naturales. Por su parte, Rousseau profundizó sobre el tema en su *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, obra en la que expone que el problema de la desigualdad estriba en la aparición y consolidación de la existencia de privilegios de unos hombres sobre otros. Ahora bien ¿de qué manera la desigualdad nos permite fundamentar la eficacia de los derechos humanos entre particulares? El reconocimiento de la existencia de desigualdades a lo largo de la historia, nos da la posibilidad de contrarrestar la teoría clásica de los derechos humanos fundamentada en una pretendida igualdad entre los gobernados, en virtud de la cual resulta inconcebible que un particular oprima o imponga condiciones despiadadas a otro. Bajo esta óptica, el único capaz de hacerlo es el Estado, a quien sí se le reconoce en un plano de superioridad respecto de los gobernados. Dicha concepción guarda cierta lógica si se toma en cuenta que es influenciada –principalmente- por los principios liberales franceses que parten de una separación radical entre la sociedad y el Estado. Sin embargo, de la lectura de la histórica se desprende que -a lo largo del tiempo- los derechos fundamentales se han reconocido a partir de binomios que no necesariamente se corresponden con el de Estado-individuo planteado por las ideas liberales: poderoso-débil, grande-pequeño, mayoría-minoría, rico-pobre, listo-inocente, libre-esclavo, sano-enfermo son sólo algunas de las comparaciones extraídas de la historia y que aluden a desigualdades nacidas en el seno mismo de la sociedad, en las relaciones entre particulares.

TERCERA. Sobre el amor al prójimo. El amor al prójimo es esbozado en un primer momento en los Diez Mandamientos del pueblo judío. Asimismo, tanto Buda como Confucio lo predicarán en sus enseñanzas. Sin embargo, será el cristianismo el que con mayor profundidad desarrolle el tema, al postular el amor al prójimo como a uno mismo con base en la igualdad fundamentada en una común filiación divina. El amor al prójimo constituye el antecedente más remoto

de la fórmula según la cual todos los hombres *deben conducirse fraternalmente los unos con los otros*, incluida en numerosos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y es –desde nuestro punto de vista- la máxima que nos permite reconocer el papel activo –de amor, de fraternidad, de responsabilidad- de los hombres para con sus semejantes. Nos encontramos ante una cuestión de alteridad, ante una fórmula bellísima que por un lado pone en el centro de la protección al ser humano, al tiempo que exhorta a todas las personas –mediante la práctica del amor- a proteger y respetar a sus semejantes como a si mismas: a no matar, a no robar, a no herir, a no esclavizar. Tales responsabilidades difícilmente se concilian con el enunciado según el cual los derechos humanos no pueden ser violados por particulares. En términos prácticos, cuando alguien atenta contra la vida de otra persona está –antes y sobre todo- violando una norma de derecho natural, aquella que le prescribe amar a sus prójimos y por ende le impide atentar contra la vida de éstos.

CUARTA. Sobre el derecho natural. La noción de la existencia de un derecho natural empieza a germinar con los griegos, en concreto con Heráclito, quien plantea la idea de un derecho natural que deriva de una ley inmutable. Por su parte, el estoicísimo considera que el fundamento del derecho está en la naturaleza humana. Con el nacimiento de Cristo se reconoce la existencia de una ley divina y una ley natural que rige el destino de las personas. Más tarde, San Agustín sostendrá que la ley eterna es fundamento de las leyes humanas, lo que significa que el derecho positivo debe basarse en el derecho natural. Posteriormente, Santo Tomás sostuvo que la ley humana debía quedar sujeta a la ley eterna que proviene de Dios. Francisco Suárez, siguiendo a Aristóteles y a Santo Tomás, afirma que el derecho natural es una parte de la ley ética natural. Por su parte, Hugo Grocio abordará el problema de la ley permanente sosteniendo la inmutabilidad del derecho natural, el cual es un orden de principios absolutos que ni Dios mismo puede alterar. En ese sentido, el reconocimiento histórico de una ley natural inmutable a la que habrán de ajustarse las leyes y conductas humanas constituye un antecedente al reconocimiento posterior de la *universalidad* de los derechos humanos, según la cual estos derechos rigen en todo momento y lugar. Asimismo, en virtud del derecho natural, los derechos humanos se nos presentan como derechos absolutos provenientes de un principio

universal y necesario, y por ende, existentes bajo todos los supuestos posibles. Los derechos humanos son enunciados de derecho natural, pues su fundamento no es otro que la propia dignidad de la persona humana. Ahora bien, a manera de ejemplo diremos que el derecho natural ordena que en todo momento y lugar todo ser humano tiene derecho a que se proteja y respete su salud. Las leyes humanas reconocen ese derecho y desarrollan las medidas sanitarias y sociales tendientes a garantizarlo. No basta con que el Estado observe las normas de derecho natural en la promulgación de leyes, sino que – en virtud de la universalidad derivada del propio derecho natural- es necesario que contemple todos los supuestos posibles en los que el derecho a la salud puede verse vulnerado. En otras palabras, el derecho natural no posee límites en su jurisdicción, por lo que es capaz de permear todos los ámbitos del derecho. Ahora bien, nótese que los derechos humanos, al provenir del derecho natural, no se limitan a regular determinadas conductas, sino que su observancia es general.

QUINTA. *Sobre la adaptación de la ley a la realidad.* Aristóteles será quien desarrolle con mayor precisión la cuestión relativa a la adaptación de la ley. Para el filósofo griego la ley tiene carácter general, y al no referirse a los casos particulares, es preciso adaptarla a los mismos. Para él, la equidad es la adaptación de la fórmula legal genérica a las exigencias de la vida en aras de la justicia natural. Posteriormente, San Agustín advierte que las leyes humanas variarán al tenor de las exigencias históricas. Asimismo, para Francisco Suárez la universalidad e inmutabilidad de los primeros principios de la ley natural se concilian con las exigencias cambiantes de la realidad social. Más recientemente, Norberto Bobbio ha sostenido la pluralidad estructural y temporal de los derechos humanos como concepciones históricas que habrán de definirse permanentemente. A manera de ejemplo diremos que el derecho a no ser torturado requiere que la legislación en un país como México obligue a las autoridades a destinar los recursos necesarios para crear los mecanismos que efectivamente permitan –entre otras- las siguientes acciones: castigar a los responsables e indemnizar a las víctimas de tortura; capacitar y sensibilizar al respecto a los cuerpos policíacos, a los militares, a los jueces, a los ministerios públicos, a los abogados defensores, entre otros; dar a conocer y aplicar el Protocolo de Estambul; y considerar como responsables de tortura a los

miembros de grupos de seguridad privada. Por su parte, en un país como Suecia, por ejemplo, no sería necesario que la ley contemplara este tipo de medidas, pues la tortura en dicho país es casi nula. La reflexión sería la siguiente: debemos partir de las demandas de derechos humanos, posteriormente analizar la realidad en la que dichas demandas pretenden ser materializadas, y en ese sentido ajustar las prácticas legales, políticas y sociales a las exigencias proporcionadas por los derechos fundamentales. Del estudio de la realidad, de las condiciones, medios y situaciones en las que cada derecho fundamental puede ser realizado, podemos observar que determinadas conductas cometidas por particulares violan los derechos humanos de otros, quienes –por diversas razones- no encuentran en la ley la previsión suficiente para que dichas conductas no acontezcan.

SEXTA. *Sobre el principio volitivo.* Francisco Suárez concibe la ley como un acto intelectual que contiene determinaciones racionales encaminadas a ordenar la actividad de seres dotados de entendimiento; pero al mismo tiempo y considerada en el legislador, la ley supone un acto de voluntad por virtud del cual obliga a aquéllos a quienes va dirigida. La ley requiere dos cosas, moción y dirección, juicio recto de lo que se debe hacer (principio intelectual) y voluntad eficaz de mover a ello (principio volitivo). De esta manera, Suárez nos aporta un importante antecedente para la comprensión de la fórmula de la eficacia de las normas jurídicas, según la cual cualquier norma implica por su propio sentido la vocación de ser cumplida por su destinatario, es decir, la pretensión de ser eficaz. Bajo esta óptica, las leyes que contienen derechos fundamentales suponen no solo la expresión de mandamientos inmutables, sino además la determinación de cumplir esos mandamientos.

SÉPTIMA. *Sobre los límites del poder.* La noción de limitación al poder es proclamada por el Código de Hammurabi, los fueros de la Edad Media, la Carta Magna y posteriormente las declaraciones de derechos humanos inglesa y francesa. El Código de Hammurabi hace referencia a la contención del poderoso en su opresión del débil; en tanto que los fueros medievales especifican que tal limitación será sobre el poder real. De igual manera, las declaraciones europeas en una primera fase, se referían al poder de la Corona, pues surgen en un contexto histórico en el que todo el poder era conferido a un solo individuo. Ya en la época actual, el fenómeno de internacionalización de los derechos humanos

surge bajo esa idea de limitación del poder: la conmoción histórica producida por las dos guerras mundiales puso en evidencia que el control del ejercicio del poder público no debe dejarse a cargo de las instituciones domésticas. Ahora bien, restringir la posibilidad de la conducta del poderoso es un deber de las normas jurídicas.

OCTAVA. *Sobre la responsabilidad del individuo.* Terminada la Segunda Guerra Mundial, el Tratado de Londres trató de materializar la responsabilidad internacional de los criminales de guerra creando el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, entre cuyos aportes fundamentales encontramos que no importaba si el criminal era o no agente del Estado. Los actos ilícitos internacionales cometidos por agentes del Estado, normalmente hacen responsable internacionalmente a éste último. Sin embargo, por tratarse de crímenes internacionales comenzaría a considerarse que –en el plano internacional- más allá de la responsabilidad del Estado, existía una responsabilidad del individuo, la cual era complementaria y no excluyente de la responsabilidad estatal. En este mismo sentido, el Tribunal se regía por el principio de no exoneración de responsabilidad por invocar el cumplimiento de órdenes superiores, con lo que se asentó la responsabilidad individual más allá de quien haya o no perpetrado de los crímenes internacionales. Un antecedente más reciente de la responsabilidad internacional del individuo lo constituye la creación de la Corte Penal Internacional la cual está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas físicas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. De acuerdo con el Estatuto de Roma, la Corte tiene facultad para conocer de los siguientes crímenes: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto de Roma.

NOVENA. *Sobre el concepto de derechos humanos.* Luego de constatar la complejidad terminológica que rodea al concepto de derechos humanos, y una vez analizadas las concepciones aportadas por diversos doctrinistas, proponemos definir los derechos humanos como aquellas facultades inherentes a la dignidad de la persona humana, cuyo ejercicio permite a su titular la posibilidad de

desarrollar sus capacidades humanas, físicas y espirituales, y cuyo respeto es exigible al Estado y a los particulares. El Estado tiene el deber de no realizar acciones que vulneren estos derechos y llevar a cabo las acciones necesarias para que los mismos gocen de eficacia. Por su parte, los particulares tienen el deber de comportarse fraternalmente los unos con los otros, no realizando conductas que menoscaben los derechos humanos de los demás y participando (en la medida de sus posibilidades) en la creación de condiciones que permitan la eficacia de estos derechos.

DÉCIMA. *Sobre la eficacia de los derechos humanos.* Más allá de la importancia que representan las formulaciones teóricas en torno a los derechos humanos, hemos advertido como urgente el desarrollo de mecanismos para lograr que estos derechos gocen de la eficacia necesaria para impedir su violación. En ese sentido, entendemos por eficacia el suceso de que la norma de derechos humanos sea cumplida por sus destinatarios. Se verifica la eficacia cuando se produce una correspondencia entre la conducta real de ciertos sujetos y la conducta que una norma, dirigida a ellos, establece como prescrita. En ese orden de ideas, creemos que la eficacia de las normas de derechos humanos, depende en gran medida del reconocimiento de la realidad social en la cual dichas normas deben aplicarse, o lo que es: la eficacia de los derechos humanos no depende de su enunciación como norma constitucional, sino de la realidad, de las especialísimas circunstancias que en cada momento y lugar condicionan su cumplimiento, así como de su capacidad de generar nuevas realidades. A manera de ejemplo diremos que el derecho de ser elegidos en elecciones periódicas; y el derecho de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas, no constituyen sino una declaración de buenas intenciones por parte de la Convención Americana en el caso de México. Se trata de dos normas ineficaces, pues la conducta de su destinatario, el Estado mexicano, no se corresponde con la prescripción normativa, la cual, por su parte, es ajena y distante a la realidad electoral mexicana que limita la eficacia de estos derechos, condicionando su ejercicio a la pertenencia del ciudadano a los partidos políticos. ¿Qué hubiese pasado, por ejemplo, si la Convención Americana hubiese contemplado la realidad mexicana, y más aun, si contemplándola, hubiese propuesto suscitar una nueva realidad? Seguramente, contaríamos con un

enunciado como el siguiente: Queda prohibido que el Estado restrinja el ejercicio de estos derechos por razones de pertenencia a partidos u organizaciones políticas. El Estado debe crear los mecanismos de participación ciudadana que permitan la eficacia de estos derechos. Dichos mecanismos deben ser tales, que su acceso y pertenencia no menoscabe de manera alguna los derechos humanos, particularmente los de libertad de pensamiento, expresión reunión y asociación. De esta manera, se estaría universalizando la eficacia de estos derechos humanos, al tiempo que se combatiría el monopolio partidista.

DÉCIMA PRIMERA. *Sobre la relación entre eficacia y validez de los derechos humanos.* Como hemos visto, la eficacia de los derechos humanos, se traduce en el cumplimiento, por parte de los destinatarios, de las normas que contienen tales derechos. Por su parte, la validez constituye una propiedad de las normas, en virtud de la cual se reconoce que dicha norma satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento. La distinción cobra importancia, ya que nos permite reconocer que el problema de los derechos humanos, no es de validez, sino de eficacia. Sin embargo, en el caso de las relaciones privadas, hay quien pudiese pensar que los derechos humanos no gozan tan siquiera de validez, pues dichas normas no contemplan como destinatarios a los particulares. La respuesta sería la siguiente: Si bien la gran mayoría de las normas de derechos humanos no señalan expresamente como destinatarios de las mismas a todos los seres humanos, tampoco aportan un reconocimiento en sentido inverso. Aunado a lo anterior, los derechos humanos cuentan con tres principios que nos permiten postular la validez de las normas de derechos fundamentales en las relaciones privadas: a) el principio de inherencia; b) el principio de universalidad y c) el principio *pro homine*.

DÉCIMA SEGUNDA. *Sobre el principio de inherencia de los derechos humanos.* En virtud del principio de inherencia, los derechos humanos al ser consustanciales a la persona humana, nacen y se extinguen con ella, sin que el ordenamiento jurídico haga otra cosa que reconocerlos y regularlos. Por tratarse de derechos innatos u originarios, no precisan de ningún mecanismo especial que los vincule a la persona. En ese sentido, gracias a este principio, la validez de los derechos humanos no depende del reconocimiento del Estado. Ahora bien, bastaría la enunciación de este sólo principio para cerrar las puertas a la negación

de la validez de los derechos humanos en las relaciones particulares. El planteamiento que sustentaría nuestra postura sería el siguiente: Si A es el titular de una serie de derechos, cuya validez depende únicamente de su condición de ser humano, entonces A puede oponer esos derechos en cualquier momento y ante cualquier agente violador.

DÉCIMA TERCERA. *Sobre el principio de universalidad y el principio pro homine.* Estrechamente ligado a la inherencia, encontramos el principio de universalidad, según el cual los derechos humanos se extienden a todo el género humano en todo tiempo y lugar. Lo anterior significa que en virtud de esta característica, todos los seres humanos, en todo momento y lugar somos titulares de estos derechos. Dicha *titularidad universal* nos impide circunscribir su validez a un único destinatario: el Estado, pues de así hacerlo estaríamos contradiciendo el carácter *erga omnes* de los derechos fundamentales. Gracias a su universalidad, estos derechos rigen de modo universal, esto es, en toda dirección y en todos los ámbitos del derecho. Por su parte, el principio *pro homine* establece que en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana, o lo que es, la que con mayor amplitud proteja los derechos fundamentales.

DÉCIMA CUARTA. *Sobre el rango constitucional y la doble dimensión de los derechos humanos.* Las normas de derechos humanos al ser normas constitucionales gozan de una posición privilegiada que les permite a) ser preferidas respecto al resto de las normas jurídicas y b) actuar como principios de interpretación de la legislación, la administración y la justicia. Los derechos humanos, al ser derecho constitucional, actúan como principio de interpretación de los preceptos de las otras ramas jurídicas, las cuales –sin ser disueltas en el derecho constitucional y conservando sus propias características- son acuñadas e influidas por los derechos humanos, quedan en cierto modo conformadas constitucionalmente. Además de esa supremacía constitucional de la que gozan los derechos humanos, la teoría sobre su doble dimensión nos proporciona elementos para fortalecer nuestra tesis. Dicha teoría postula que los derechos fundamentales además de ser derechos subjetivos frente al Estado, son un sistema de valores que irradia sobre el conjunto del ordenamiento jurídico. En otras palabras, los derechos humanos son –en virtud de su carácter de derechos

públicos subjetivos- derechos de defensa frente al Estado; pero al mismo tiempo y objetivamente se erigen como un sistema de valores que fungen como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado, e informan las relaciones recíprocas entre particulares, actuando como límites a la autonomía privada.

DÉCIMA QUINTA. *Sobre el carácter prescriptivo de los derechos humanos.*

Siguiendo con el tema de la influencia de los derechos humanos, diremos que al momento de su interpretación, estos derechos deben entenderse como auténticas normas jurídicas capaces de inducir en sus destinatarios ciertas formas de conducta. Ahora bien, una clasificación del lenguaje distingue a los derechos humanos en dos partes: descriptiva – ya que poseen una referencia concreta- y prescriptiva –pues tiene como función regular cierta conducta-. Siguiendo a Robert Alexy y apegándonos al concepto de eficacia de las normas, no debe haber duda de que las normas de derechos humanos tienen que ser entendidas prescriptiva y no descriptivamente. A manera de ejemplo tomemos el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, según el cual “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” Dicho precepto debe ser interpretado y aplicado en el sentido -no solamente- de describir tres de los derechos que todo ser humano posee: la vida, la libertad y la seguridad; sino que principalmente debe entenderse que está ordenado que a todo ser humano se le respete y garantice el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad. Diremos pues, que la función principal de las normas de derechos humanos es precisamente normar, prescribir y no solamente describir.

DÉCIMA SEXTA. *Sobre el fundamento de los derechos humanos.* Así como

Aristóteles, San Agustín y Suárez en su momento defendieron la importancia de tomar en cuenta las cambiantes exigencias históricas al momento de aplicar la ley; diversos pensadores actuales, entre los que se encuentran Schaefer y Bobbio, nos recuerdan la urgencia de fundamentar los derechos humanos siempre tomando en cuenta las limitaciones de las sociedades; las condiciones, los medios y las situaciones en las que estos derechos pueden ser realizados. Precisado lo anterior, coincidimos con la teoría que encuentra en la dignidad de la persona humana el fundamento de los derechos humanos. Por dignidad entendemos la supremacía que tiene la persona respecto de todos los demás

seres corpóreos que no tienen esas posibilidades. Por su parte, el concepto de persona humana significa que cada ser humano es único pues constituye una unidad distinta de cualquier otra. En virtud de la dignidad (primacía) de la persona, el primer deber social es el amor al prójimo, a un prójimo que es diferente a uno mismo. En ese sentido, los deberes aparecen como correlatos de los derechos humanos.

DÉCIMA SÉPTIMA. *Sobre los límites a los derechos fundamentales.* El estudio de los límites a los derechos fundamentales, nos remite a la posibilidad de justificar la vinculación entre estos derechos y las relaciones particulares. En ese sentido, diremos que el ejercicio de los derechos humanos está jurídicamente limitado por el respeto de los derechos de los demás, ya que nadie puede pretender justificadamente el ejercicio de un derecho cuando causa directamente una transgresión a los derechos de otras personas. De lo anterior surge un deber ante la sociedad, el cual es expresado por la Declaración Americana en los siguientes términos: toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad (Artículo XXIX).

DÉCIMA OCTAVA. *Sobre la eficacia de los derechos humanos frente al Estado.* El principal destinatario de los derechos fundamentales es el Estado, quien se encuentra vinculado por ellos en cuanto a su carácter necesario de normas de aplicación directa. En ese sentido, el Estado es siempre responsable de la eficacia de los derechos humanos. De esta manera, aun cuando reconocemos que el Estado no es el único agente violador de los derechos humanos, el Estado siempre será responsable de aquellas violaciones a los derechos humanos cometidas bajo su jurisdicción. Al respecto, serían dos las hipótesis posibles: Ya sea por que el propio Estado cometa las violaciones de derechos humanos, en cuyo caso no cabría la menor duda de su responsabilidad; o bien que dichas violaciones sean cometidas por entidades diversas al Estado. En este último caso, el Estado seguirá siendo responsable ya no por la violación en sí, sino por faltar a su deber de protección, esto es, por no desarrollar los mecanismos y normas para evitar dicha violación. En este supuesto, el Estado es responsable de poner en marcha el aparato estatal, a fin de sancionar a los responsables, indemnizar a las víctimas y prevenir violaciones semejantes en el

futuro. Así pues, podemos señalar que toda violación de derechos humanos cometida bajo la jurisdicción del Estado mexicano, entraña la responsabilidad del mismo, independientemente de si dicha violación es cometida o no por el Estado. Sobre este tema, también debemos mencionar que existen derechos humanos cuyo obligado es exclusivamente el Estado, y por lo tanto su violación por parte de un particular se nos ocurre como materialmente imposible. Tal es el caso del derecho a la justicia, a la nacionalidad, el derecho de petición, el derecho a un proceso regular, el derecho de protección contra la detención arbitraria, el derecho de asilo, el derecho de sufragio y el derecho a la participación en el gobierno, por ejemplo. Se trata de aquellos supuestos en que el derecho fundamental se estructura en relación al ejercicio de funciones estatales.

DÉCIMA NOVENA. *Sobre la eficacia de los derechos humanos entre particulares.* La concepción clásica que sólo concibe a los derechos humanos como derechos frente al Estado no fue formulada porque dichos derechos no fuesen primariamente derechos frente a todos, sino porque —en ese momento histórico- el Estado en razón de sus funciones podía encontrar con mayor facilidad justificaciones para desconocerlos. Asimismo, dicha concepción surgió en un contexto en el que el concepto de control del poder se entendía referido únicamente a la actividad del Estado. Lo cierto es que al ser en el marco de la sociedad, y no del Estado, donde el hombre desarrolla su verdadera existencia, es en ese ámbito donde cabe situar con realismo la problemática jurídica de los derechos fundamentales. Lo anterior nos llevaría a considerar que las ofensas a la dignidad de la persona humana pueden tener diversas fuentes más allá del propio Estado, y que las propias formas de violaciones de los derechos humanos se han diversificado. Basta un vistazo a la realidad para comprobar nuestra suposición: más allá de la soberanía del Estado existen grupos, poderes y relaciones que inciden en la libertad individual con una fuerza igual o superior a la de las autoridades públicas. Dejando de lado aquellos derechos humanos cuya violación sólo puede ser cometida por el Estado, diremos que —en términos generales- el resto de los derechos humanos son susceptibles de ser vulnerados por particulares. Como ejemplo, piénsese en los derechos sindicales, el derecho al honor, el derecho a la intimidad, la libertad de tránsito, la libertad de religión, la libertad de expresión, el derecho a la propiedad, los derechos medioambientales,

derecho a la constitución y protección de la familia, derecho a la libertad de investigación entre otros. En términos generales, podíamos señalar que todos estamos obligados a no interferir de ninguna manera con el pleno desarrollo de la personalidad del otro, o lo que es, estamos obligados a comportarnos fraternalmente los unos con los otros.

VIGÉSIMA. *Sobre la alteridad y la teoría de Emmanuel Lévinas.* La alteridad se define como el reconocimiento y promoción del otro en su diferencia, como ser personal tan digno como uno mismo. Se trata de la capacidad ética de reconocer al otro como un legítimo otro. Emmanuel Lévinas, desarrolla una ética de la atención que nos permite fundamentar los derechos humanos a partir de la experiencia límite del sufrimiento de los pueblos. Para este filósofo, la presencia del otro apela a la conciencia moral a rechazar toda violencia con respecto al otro. Lévinas propone una concepción de la alteridad que llama a la responsabilidad de cada uno para con el otro. La libertad consiste en saber que la libertad está en peligro. Ser consciente de ello es tener tiempo para evitar y prevenir el momento de inhumanidad. Para Lévinas, la reducción del otro al mismo sólo se obtiene con violencia, ya que igualar el otro al mismo es ejercer sobre el otro un poder indebido y arbitrario, es aniquilar la diversidad subsumiéndola a la homogeneidad. Lévinas proyecta la relación de alteridad, la responsabilidad para con el otro de una manera universal, en adelante el sujeto es un ser para el otro. Lévinas rompe con el idealismo de la modernidad y construye una ética de la atención, de la responsabilidad, de la vigilancia, del cuidado por el otro: ser Yo en un mundo es siempre tener una responsabilidad con los otros. Y ser para otro designa lo humano en los derechos que una sociedad se da.

VIGÉSIMA PRIMERA. *Sobre la socialización del derecho y el derecho social.* La socialización del derecho y el derecho social son dos fenómenos paralelos que surgen en el siglo pasado, con el objeto de reconocer los derechos sociales, transformando así la concepción individualista y liberal con base en la que hasta ese momento se venían gestando los derechos humanos. El fenómeno de socialización del derecho consiste en la modificación de las disciplinas jurídicas a través del enfoque de la dimensión social de la persona humana, con miras a proteger a los sectores marginados y a lograr, a través de la tutela jurídica, una verdadera igualdad. En ese sentido, algunos sectores jurídicos comenzaron a

esbozar principios completamente nuevos, con lo que se consolida la creación de nuevas disciplinas que se agrupan bajo la denominación de derecho social, el cual abarca el surgimiento de nuevas normas jurídicas orientadas a la protección de los grupos marginados. El derecho social está destinado a regular las instituciones laborales, de seguridad social, agrarias y económicas, diseñadas con el criterio de la tutela de los débiles económica, social y culturalmente, frente al imperio de los empresarios, los terratenientes y las grandes empresas. Con la configuración del Estado como social de derecho se difumina la dicotomía derecho público-derecho privado. De estos dos procesos, nos interesa observar el enfoque de protección de los grupos débiles, y el hecho histórico de que esta tutela se desarrolla en oposición al poder ejercido por entidades distintas del Estado: los patronos, los terratenientes. De esta manera, se amplía la valoración del ser humano al estimarlo no sólo en su *status* particular, sino también tomando en cuenta su entorno social y económico. Con lo anterior, al reconocerse la estructura grupal de la sociedad y la necesidad de armonizar los diversos intereses, la Constitución dejará de ser fuente exclusiva de derecho público, para aparecer –al mismo tiempo– como ley fundamental en las relaciones privadas. De tal manera, el Estado social se caracterizará por intervenir cada vez más en la armonización y coordinación de los diversos intereses de una comunidad pluralista. La Constitución Mexicana de 1917, al ser la primera en incluir derechos sociales, inicia lo que se ha denominado constitucionalismo social, fenómeno cuyas aportaciones han enriquecido la concepción de Estado social de derecho. Dentro de la evolución del constitucionalismo social encontramos ciertos elementos que nos permiten fortalecer nuestra tesis: el perfeccionamiento de los mecanismos para asegurar la mayor racionalización del poder. A todo acrecentamiento del poder debe corresponder un consiguiente reforzamiento de los controles y de la responsabilidad de quienes ejercen ese poder. En términos generales, diremos que los fenómenos aquí señalados constituyen un claro ejemplo del carácter dinámico y la progresividad de los derechos humanos, pues –sobre todo a partir de los años setenta– en virtud del constitucionalismo social no sólo aparecieron nuevos derechos sociales, sino que la protección se extendió en el sentido de reconocer nuevos grupos y nuevos bienes susceptibles de ser tutelados por los derechos humanos.

VIGÉSIMA SEGUNDA. Sobre la teoría de la integración. Para Smend, el punto de partida de la teoría de la integración se encuentra en la concepción del Estado como una entidad dinámica que despliega su actividad a la consecución de ciertos objetivos comunes que justifican su existencia. Dichos objetivos son contenidos sustantivos de tipo eidético, es decir, valores. La condición para que estos valores tengan eficacia es la misma comunidad en la que son vividos y viceversa, también la comunidad depende de los valores que la sustentan. De esta manera, Smend introduce el concepto de valor en la teoría constitucional, lo que traerá como consecuencia que el contenido decisivo de la Constitución no serán las normas formales de competencia, sino las representaciones valorativas contempladas en los derechos humanos. De esta forma, la capacidad constitucional de poner límites a lo estatal pasa a ser una función secundaria y los derechos humanos recobran el sentido legitimador que poseían en el iusnaturalismo del siglo XVIII en tanto que sistema de valores unificador que garantizan la existencia del Estado y, al mismo tiempo, principios reguladores del orden positivo que repercuten, por validez propia, constitucional, en todos los ámbitos. Con lo anterior, se amplía la validez de los derechos humanos sobre todos los ámbitos jurídicos, incluso también en aquéllos donde en principio no procedían.

VIGÉSIMA TERCERA. Sobre la doctrina alemana de la *drittwirkung der grundrechte*. El debate en torno a la eficacia de los derechos humanos entre particulares tiene su origen en la Alemania de los años cincuenta, mediante el desarrollo de dos posturas: los partidarios de la eficacia directa o inmediata y los seguidores de la eficacia indirecta o mediata. La eficacia directa, con Nipperdey a la cabeza, postula la aplicación inmediata de los derechos humanos en el tráfico jurídico privado ya que al provenir directamente de la Constitución, o lo que es, por tratarse de derecho constitucional objetivo vinculante, cumplen la función de proposiciones ordenadoras del derecho en su conjunto. Para Nipperdey –sin embargo– no todos los derechos fundamentales vinculan a los particulares. Aquéllos que sí lo hacen garantizan a cada ciudadano un *status socialis* en sus relaciones con los demás, especialmente con los grupos poderosos. Si bien la *drittwirkung* directa hace esta distinción, también reconoce que los derechos humanos –por tratarse de principios ordenadores para la vida social– rigen en las

relaciones privadas más allá de los casos de manifiesta desigualdad. En todo momento, se debe observar la finalidad protectora y el orden de la norma en cuestión, con base en lo cual se podrá entonces determinar la extensión de la protección de la misma entre los particulares. En principio, ahí donde aparezcan relaciones entre el individuo y los poderes sociales la norma constitucional debe aplicarse directamente, sin límite. Al respecto, Gomes Canotilho habla de una eficacia inmediata con soluciones materiales diferenciadas, en tanto que Lombardi sugiere tomar siempre en cuenta las siguientes dos condiciones: a) las características del poder privado deben ser tales que permitan reconocer en ellas un relieve publicístico -una posición de relevancia social- y en consecuencia una incidencia pública que le permita mayor libertad respecto de su contraparte, y b) el abuso que el poder privado hace de esa posición de supremacía provoca que los instrumentos ordinarios de tutela previstos por el derecho privado no ofrezcan adecuadas garantías a la parte débil. Por su parte, Dürig, el principal defensor de la *drittwirkung* indirecta, postula que los derechos humanos se aplican en el ámbito privado, gracias a las cláusulas y conceptos jurídicos del derecho privado -tales como buenas costumbres, buena fe, bien común, moral, etcétera-, los cuales fungen como instrumentos normativos para ser colmados con el contenido de los valores típicos de los derechos humanos. De esta manera, al hacerse necesario que estas cláusulas reciban los contenidos de los derechos fundamentales, se requiere una actividad jurisdiccional. Asimismo, para Dürig, la intensidad protectora de los derechos humanos es diferente según vaya dirigida contra el Estado o contra terceros, puesto que en el derecho privado cuenta con la limitante de la autonomía de la voluntad, la que en sí misma es ya una expresión de la dignidad humana.

VIGÉSIMA CUARTA. Sobre el fallo Lüth. El fallo Lüth, resuelto en 1958 por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, es una de las primeras resoluciones judiciales favorables a la eficacia indirecta, en la que el Tribunal reafirma el carácter de sistema de valores de los derechos humanos, los cuales deben regir e influir todos los ámbitos del derecho, así como dirigir e impulsar la legislación, la administración y la jurisdicción. A pesar de dicha influencia, las contiendas entre particulares derivadas de una norma de derecho privado influida por los derechos humanos siguen siendo material y procesalmente una contienda jurídico-privada

en la que se interpreta y aplica el derecho privado, aun cuando su interpretación ha de seguir al derecho público, a la Constitución. Asimismo, el fallo Lüth señala que tal influencia de los derechos fundamentales en el derecho privado se realiza mediante aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho imperativo y por lo tanto forman parte del orden público. Aquí el tribunal alemán se está refiriendo a las cláusulas generales contenidas en el derecho privado, las cuales son calificadas como puntos de irrupción de los derechos fundamentales en el derecho privado. En ese sentido, los jueces serían los únicos facultados para aplicar los derechos humanos en las relaciones privadas. Al respecto, el fallo resalta la responsabilidad de los juzgadores de observar y basar su sentencia en la influencia de la Constitución sobre las normas privadas, de no hacerlo, el juez estaría no sólo actuando de manera contraria a la Constitución al desconocer el contenido de las normas de derechos humanos como normas objetivas, sino que además, mediante su sentencia estaría violando –en cuanto titular del poder público- el derecho fundamental de recibir una sentencia justa.

VIGÉSIMA QUINTA. Sobre la jurisprudencia argentina. En la década de los años cincuenta la Corte Suprema argentina introduce la eficacia de los derechos humanos entre privados, mediante los casos Siri y Samuel Kot. En el primero de ellos, la Corte proporciona dos criterios de gran valor: a) basta la comprobación inmediata de que la garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad y sin causa justificada, para que sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de ley que la reglamente; y b) las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias. El caso Samuel Kot, por su parte, va más allá, al desconocer abiertamente que de la Constitución se derive que la protección de los derechos humanos se circunscribe a los ataques que provienen sólo de la autoridad. Asimismo, en este fallo la Corte argentina niega la afirmación según la cual el ataque contra los derechos humanos emanado de particulares o de grupos organizados de individuos, carezca de protección constitucional adecuada. De igual manera, en esta sentencia la Corte reconoce la presencia dentro de la vida social de una tercera categoría de sujetos que acumulan un enorme poderío

material o económico, los cuales representan una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales.

VIGÉSIMA SEXTA. Sobre la eficacia de los derechos humanos en Colombia.

En Colombia, el artículo 86 de la Constitución prevé expresamente la vinculación de los particulares a los derechos humanos delimitándolo a tres supuestos en los cuales procede la acción de tutela contra particulares: a) la prestación de un servicio público, b) la conducta de un particular que afecte grave y directamente el interés colectivo y c) el estado de subordinación o indefensión. En el primero de los casos, la Corte Constitucional colombiana ha interpretado que si un particular presta un servicio público, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material frente al usuario, pues recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad. Respecto al supuesto de que la conducta de un particular afecte grave y directamente el interés colectivo, la jurisprudencia colombiana se ha pronunciado en el sentido de que procede la tutela si hay vulneración de derechos humanos. Por último, en lo que se refiere a la indefensión y subordinación, diremos que se trata de los supuestos que han dado lugar al mayor número de pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, la cual entiende que la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia: trabajador-patrón, estudiante-profesor, padre-hijo. La indefensión, por su parte, si bien implica también una relación de dependencia, no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, de la posibilidad de defensa efectiva ante la violación o la amenaza de que se trate. En este último supuesto, es la situación de la parte débil de la relación la que configura el estado de indefensión. Algunos de los sucesos en los que de acuerdo a la Corte se configura la indefensión son: a) la situación de marginación social y económica del demandante, misma que se ve agravada si es una persona de la tercera edad; b) el afectado por la vulneración del derecho fundamental es un menor; c) el demandante padece minusvalía física o síquica; d) el demandado muestra una actitud renuente a acatar las decisiones judiciales previas y e) la indefensión por inactividad de la administración. En los tres primeros casos, nos encontramos ante supuestos de indefensión meramente relacional en los que el único hecho

relevante es la posición de debilidad de una de las partes respecto de las otras; en los dos últimos casos, se trata de supuestos en los que los medios de defensa judicial a disposición de quien ha sido vulnerado en sus derechos fundamentales se revelan ineficaces. Puede haber casos, en los que se presente una combinación de los dos supuestos señalados. Por ejemplo, frente a los poderes sociales o económicos que disponen en su favor de instrumentos que pueden afectar la autonomía privada del individuo (medios de comunicación, clubes de fútbol, juntas administradoras, etcétera).

VIGÉSIMA SEPTIMA. *Sobre la eficacia de los derechos humanos en Perú.*

Si bien la Constitución peruana no contiene una disposición que explicita la eficacia de los derechos humanos entre particulares, el Tribunal Constitucional de Perú ha proyectado la fuerza normativa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. El supuesto en los cuales el intérprete constitucional peruano ha admitido este tipo de eficacia es básicamente el siguiente: cuando las especialísimas circunstancias personales de los demandantes los colocan en situación de indefensión frente al demandado y en las que el incumplimiento de obligaciones legales amenazaba derechos humanos de los querellantes.

VIGÉSIMA OCTAVA. *Sobre los aportes constitucionales y legales a la eficacia de los derechos humanos entre privados.* La Constitución de Portugal señala que los derechos humanos en ella contemplados son *directamente aplicables* a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas. Asimismo, la Constitución paraguaya prevé que toda persona que por la conducta ilegítima de un particular se considere lesionada gravemente o en peligro inminente de serlo en sus derechos humanos, y que debido a la urgencia del caso éste no pueda remediarse por la vía ordinaria, puede promover el amparo ante el magistrado competente. En ese sentido, la Constitución de Bolivia señala la procedencia del recurso de amparo —el cual una vez concedido será ejecutado inmediatamente— contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de particulares, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos humanos. Igualmente, la Constitución argentina arguye 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 particulares que en forma actual o inminente lesione o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los

derechos humanos. Por su parte, en Costa Rica, la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989 establece que el recurso de amparo se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado cuando éstos actúen en ejercicio de funciones públicas o se encuentren en una posición de poder frente a la que los remedios jurisdiccionales previstos resulten insuficientes o tardíos para garantizar los derechos fundamentales. Destaca la previsión del legislador de este país, al señalar que al rechazar el recurso, el juez debe indicar el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado. Esta misma ley, por otro lado, niega toda posibilidad de interponer el amparo en contra de conductas legítimas del sujeto privado.

PROPUESTAS

PRIMERA. Las Constituciones deben reconocer que los derechos humanos constituyen un eje rector en la política nacional. Asimismo, se debe establecer que los derechos humanos, como sistema objetivo unificador de valores, deben fundamentar, dirigir, e influir en todos los ámbitos del derecho, incluido el privado. El orden jurídico e institucional debe configurarse de manera tal que hasta a las fuerzas extraestatales se les impida violar la dignidad del hombre. Se propone crear la legislación reglamentaria pertinente.

SEGUNDA. Las Constituciones deben establecer los recursos de amparo, u otros medios legales y extralegales de protección en contra de las conductas de particulares que violen los derechos humanos de otros particulares. Se debe reconocer que procede la protección constitucional contra aquellas acciones u omisiones de los particulares que vulneran los derechos fundamentales de otros y, en cuyo contexto de realización, se presente al menos una de las siguientes hipótesis: a) el responsable esté encargado de la prestación de un servicio público; b) el responsable actúe de manera tal que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; c) el agraviado se encuentre en un estado de subordinación o indefensión respecto del responsable; d) la conducta del responsable lesione o amenace con lesionar, con ilegalidad manifiesta, los derechos humanos del agraviado y debido a la urgencia del caso éste no pueda remediarse por la vía ordinaria; e) no existan remedios judiciales en contra de la violación alegada, o los existentes sean notoriamente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos humanos. En todos los supuestos anteriores se debe establecer la responsabilidad conjunta de la autoridad que mediante su consentimiento, colaboración o falta de acción permitió que el particular responsable atentara contra los derechos humanos. En el caso del inciso e), la negación de la garantía debe ir acompañada de la indicación del procedimiento idónea para tutelar el derecho lesionado. Se deberán aprobar las leyes reglamentarias respectivas.

TERCERA. Se propone la creación de una ley sobre responsabilidad de los sujetos privados en la violación de derechos humanos, la cual, con base en lo señalado en la Constitución, desarrolle los supuestos en los que los particulares

vulneran derechos fundamentales. Se pretende que esta ley reglamente el mayor número de supuestos posibles en los que los derechos humanos pueden ser violentados por sujetos privados en la realidad de cada país, prestando especial atención a aquellas violaciones perpetradas en situaciones de desigualdad fáctica que aun no encuentran en la ley la previsión suficiente para que dichas conductas no acontezcan.

CUARTA. La legislación y las políticas públicas y prácticas de un país deben contemplar –en todo momento y en todos los ámbitos- el reconocimiento y promoción del otro en su diferencia, a fin de promover una cultura que entrañe el respeto hacia las diferencias de los otros, el fortalecimiento de una conciencia de rechazo a toda violencia con respecto a los otros y la responsabilidad universal, el cuidado, la atención de cada uno para con los demás, especialmente si se encuentran en una situación vulnerable o de desigualdad respecto de nosotros.

QUINTA. La legislación y las políticas públicas de un país, deben crear y perfeccionar los mecanismos que aseguren la mayor racionalización del poder, observando el criterio de que a mayor acrecentamiento del poder, debe corresponder un consiguiente reforzamiento de los controles y de la responsabilidad de quienes lo ejercen.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y revistas

- 📖 ABBAGNANO, N., *Diccionario de Filosofía*, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., México, 2000.
- 📖 ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier, *La Comisión Nacional de Derechos Humanos, una institución a medio camino*, Grupo Mandala Editores, México, 1999.
- 📖 ADAME GODDARD, Jorge, *Filosofía Social para juristas*, Mc Graw Hill, México, 1998.
- 📖 AGUIAR DE LUQUE, Luis, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española" en *Revista de Derecho Político No. 10*, Madrid, 1981.
- 📖 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *II Derecho Civil. Parte preliminar y parte general*, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 1991.
- 📖 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- 📖 ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, "Autonomía privada y derechos fundamentales" en *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo I (enero-marzo), tomo XLVI, Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- 📖 ATIENZA, Manuel, "Una clasificación de los derechos humanos" en *Anuario de derechos humanos No. 4*, Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1986-87.
- 📖 BALDASSARRE, A., "Voz Libertà" en *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Vol. XIX, Roma, [s.a.].
- 📖 BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Editorial Astrea, 2ª ed., Buenos Aires, 1991.
- 📖 BIDART CAMPOS, Germán J. y Herrendorf, Daniel E., *Principios de derechos humanos y garantías*, Ediar, Buenos Aires, 1991..
- 📖 BOBBIO, Norberto, "Presente y porvenir de los derechos humanos" en *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.
- 📖 BOBBIO, Norberto y otros, *Diccionario de Política*, 12ª ed., Siglo XXI Editores, México, 2000.
- 📖 BÖCKENFÖRDE, E., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- 📖 BOLÍVAR, Ligia, "Derechos Económicos, Sociales y Culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes" en *Estudios básicos de derechos humanos V*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996.
- 📖 BONILLA SAN MARTÍN, *El Código de Hammurabi*, Biblioteca de la Revista Jurídica, Madrid, 1909.
- 📖 BOURDEAU, Georges, *El Estado*, Seminarios y Ediciones, 1975.
- 📖 BREWER CARIAS, Allan R., *Estado de derecho y control judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987.
- 📖 BROM, Juan, *Esbozo de historia universal*, Grijalbo, 17 ed., México, 1990.
- 📖 CANCADO TRINDADE, A., "La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales" en *Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, XV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1997.

- 📖 _____, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- 📖 CARR, R., *Federal Protection of Civil Rights: Quest for a Sword*, Cornell University, Ithaca, 1947.
- 📖 CARRIÓ, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial (Análisis crítico del caso Köt)*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- 📖 CASSETTA E., "Voz Diritti pubblici subbietivi" en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1993.
- 📖 CIANCIARDO, Juan, *Cognitivismo débil, pretensión de corrección, injusticia y principios en el razonamiento judicial. Una visión crítica*, en *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 2001.
- 📖 CLAUDE, R.P., *The Western Tradition of Human Rights in Comparative Perspective* en *Comparative Juridical Review*, Vol. XIV, Coral Gables, Florida, 1977.
- 📖 CONFUCIO, *Los Cuatro Libros*, Editorial Latinoamericana, México, 1956.
- 📖 CUADRA-SALCEDO, Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981.
- 📖 CHUNG-SHU-LO, "Los derechos del hombre en la tradición china" en *Los derechos del hombre*, Laia, Barcelona, 1973.
- 📖 DE OTTO Y PARDO, Ignacio, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución" en *Derechos fundamentales y Constitución*, con Martín Retortillo, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988.
- 📖 DE VEGA GARCÍA, Pedro, "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)" en *Derechos Fundamentales y Estado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- 📖 _____, Prólogo en Figueruelo Burrueza, Ángela, *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2001.
- 📖 _____, "Dificultades y problemas de la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales" en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad de Murcia*, núm. 4, Madrid, 1994.
- 📖 Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe, Madrid, 1998.
- 📖 DONNELLY, Jack, *Derechos humanos universales. En teoría y en la práctica*, trad. Ana Isabel Stellino, 2ª ed., Gernika, México, 1998.
- 📖 DUCHACEK, I. D., *Derechos y libertades en el mundo actual*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1976.
- 📖 DÜRIG, G., *Grundrechte un Privatrechtsprechung*, en *Festschrift für H Nawiasky*, Beck, München, 1956.
- 📖 DWORKIN R., *Los derechos en serio*, Planeta, Madrid, 1993.
- 📖 ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2000.
- 📖 _____, *La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano*, Colombia [s.e], [s.a.].
- 📖 FAUNDÉZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2ª ed., Costa Rica, 1999.

- 📖 FERNÁNDEZ MIRANDA, Torcuato, *Estado y Constitución*, Espasa-Calpe, Madrid, 1975.
- 📖 FIGUERUELO BURRUEZA, Ángela, *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001.
- 📖 FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones*, Prometeo Libros, Argentina, 2002.
- 📖 FIORI, E. M., *Aprender a decir la palabra. El método de alfabetización del profesor Paulo Freire. Prefacio a la obra de Paulo Freire, Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI, Madrid, 1975.
- 📖 FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Introducción al estudio del derecho procesal social" en *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada*, Madrid, 1965.
- 📖 _____, "Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano" en *Memoria de El Colegio Nacional*, México, 1981.
- 📖 _____, *El Estado social de derecho y la Constitución mexicana, rectoría del Estado y economía mixta*, UNAM-Porrúa, México, 1985.
- 📖 _____, "La protección jurídica de los derechos humanos" en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, año II, número 5, UNAM, México, mayo-agosto 1987.
- 📖 _____, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1988.
- 📖 FORSTHOF, E., *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- 📖 FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y derechos fundamentales*; PPU, Barcelona, 1992.
- 📖 FRIEDMAN, Wolfgang, *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- 📖 GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994.
- 📖 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- 📖 _____, "Los fundamentos del valor normativo de la Constitución. La Constitución como norma fundamental" en *Derecho Constitucional General. Selección de lecturas de Derecho Constitucional*, Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 4ª ed., Lima, 1994.
- 📖 GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.
- 📖 GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional*, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Manuales de la Revista de Occidente, 2ª ed., Madrid, 1951.
- 📖 _____, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1977.
- 📖 _____, *Derecho constitucional comparado*, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 1993.
- 📖 GATER, Daniel, "Nazismo, Shoá y el Juicio de Nuremberg" en *Justicia Penal Internacional*, Biblioteca Francisco Xavier Clavijero, México, 2001.
- 📖 GEORG GADAMER, Hans, *El círculo hermenéutico y el problema de los prejuicios*, Teoría, Universidad de Chile, Santiago, 1976.
- 📖 GEWIRTH A., *Human Rights, Essays on Justification and Applications*, University of Chicago, Chicago, 1982.
- 📖 GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz*, Nomos, Baden-Baden, 1973.

- ☞ GOMES CANOTILHO, José, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 3ª ed., Editora Almeida, Portugal, 1998.
- ☞ GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., "Libertad de asociación" en *Revista Jurídica de Cataluña*, No. 2, Abril-Junio de 1974.
- ☞ GONZALEZ PORRAS, "La minoría de edad después de la Constitución y de la reforma del Código Civil" en *Revista de Derecho Público*, Madrid, mayo de 1984.
- ☞ GORDON, Joy, *The Concept of Human Rights: The History and Meaning of Its Politization*, 23 Brooklyn J. Int'l L. 689, 1998.
- ☞ HÄBERLE, Peter, "Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania. Derechos y libertades" en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III, Madrid, febrero-octubre 1993.
- ☞ _____, "La cultura europea de los derechos humanos" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 3, 2000.
- ☞ HALL, Jhon, *El Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- ☞ HART, Herbert, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.
- ☞ HALPERÍN, Jorge, *Saramago: soy un comunista hormonal, (conversaciones con)* Editorial Oveja Negra, 2ª ed., Colombia, 2002.
- ☞ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *La tutela de los derechos fundamentales*, Juricentro, San José, 1990.
- ☞ HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995.
- ☞ _____, "Significado de los derechos fundamentales" en *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Alfonso López Pina, Madrid, 1996.
- ☞ HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel Derecho, Madrid, 2003.
- ☞ IKENBERRY, John, *The Irony of State Strength: Comparative Responses to the Oil Shocks in the 1970s*, *International Organization*, vol. 40, 1986.
- ☞ JELLINEK, Jorge, *Teoría General del Estado*, Tomo II, traducción de Francisco de los Ríos U., Madrid, 1915.
- ☞ _____, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Societa Editrice Libreria, Milano, 1912.
- ☞ KERN, Fritz, *Derechos del rey y derechos del pueblo*, Rialp, Madrid, 1914.
- ☞ KOMPASS, Anders (Coord.), *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2003.
- ☞ LAFER, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos*, trad. Stella MASTRANGELO, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- ☞ LARA PONTE, Rodolfo, "Derechos humanos y Constitución" en *El significado actual de la Constitución*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.
- ☞ LASCH, Christopher, *La rebelión de las élites y la traición a la democracia*, trad. Francisco Javier Ruiz Calderón, Paidós, Madrid, 1996.
- ☞ LATORRE, Ángel, *Introducción al derecho*, Ariel, 7ª ed., Barcelona, 1976.
- ☞ LEIBHOLZ, Gerhard, *La democracia como forma política y como forma de vida*, trad. Santiago Martínez Haba y G. Wasserzioher de Martínez, 2ª ed., Madrid, 1996.
- ☞ LEISNER, Walter, *Grundrechte und Privatrechte*, München, Beck, 1960.
- ☞ LÉVINAS, Emmanuel, *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Sígueme, Salamanca, 1977.

- ☞ _____, *Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro*, Pre-textos, Valencia, 1993.
- ☞ _____, *Difficile liberté*, Le livre de poche, París, 1995.
- ☞ _____, *Ética e infinito*, Gráficas Rogar, 2ª ed., Madrid, 2000.
- ☞ LINARES QUINTANA, Segundo V., *La doctrina de la Corte Suprema sobre amparo de la libertad y los grupos de interés y de presión*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 30 de diciembre de 1958.
- ☞ LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1969.
- ☞ LOMBARDI, G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Universidad de Torino, Giappichelli Editore, Torino, 1970.
- ☞ LÓPEZ CALERA, N. M., *Derecho Natural*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1980.
- ☞ LOUSTEAU HEGUY, Guillermo, *Democracia y control de constitucionalidad. Los fundamentos filosóficos de la Judicial Review*, Dunken, Buenos Aires, 2002.
- ☞ MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law*, D. Reidel, Dordrecht, 1986.
- ☞ MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952.
- ☞ MENDOZA ESCALANTE, Mijail, "Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano" en *Revista Pensamiento Constitucional* No. 10, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, Lima, 2004.
- ☞ MERLE, M., *Sociología de las Relaciones Internacionales*, [s.e.], Madrid, 1978.
- ☞ MIRKINE GUETZEVITCH, Boris, *Las nuevas Constituciones del mundo*, Editorial España, Madrid, 1931.
- ☞ MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*; Porrúa, México, 2002.
- ☞ MUGUERZA, Javier, *La alternativa del disenso. Fundamentación de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.
- ☞ _____, *El fundamento de los derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1989.
- ☞ MUNCH, I., "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania" en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*; Salvador Coderch, Pablo (Coord.), Civitas, Madrid, 1997.
- ☞ NEUMANN, F. L., NIPPERDEY, H.C. y Scheuner, V., *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, [s. e.], Berlín, 1954.
- ☞ NIKKEN, Pedro, "El concepto de derechos humanos" en *Analogía básica en derechos humanos*; González Volio, Loreno (comp.), San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.
- ☞ _____, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1987.
- ☞ NIPPERDEY, Hans, *Grundrechte und Privatrecht*, en *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*, München, Berlin, 1962.
- ☞ _____, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", en *Die Grundrechte IV*, Berlín, Duncker and Humblot, 1962.
- ☞ OPPENHEIM, Felix E., *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, Tecnos, Madrid, 1987.
- ☞ OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, Oxford University Press, 2ª ed., México, 2002.

- 📖 PABÓN DE ACUÑA, José María, "La llamada Drittwirkung de los derechos fundamentales" en *El Poder Judicial*, volumen III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- 📖 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho sindical español*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1988.
- 📖 PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y administración, Tres estudios*, Coedición de INAP-BOE, Madrid, 1995.
- 📖 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*; coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1973.
- 📖 _____, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.
- 📖 PEREÑA VICENTE, Luciano, "La Carta de los Derechos Humanos según Fray Bartolomé de las Casas" en *Estudios sobre Fray Bartolomé de las Casas*, Sevilla, 1974.
- 📖 PEREZ LUÑO, Antonio, "Delimitación conceptual de los derechos humanos" en *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Ediciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.
- 📖 _____, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1983.
- 📖 _____, "La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales" en *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991.
- 📖 PINTO, Mónica, "El principio *pro homine*" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editorial del Puerto, [s. p.], 1997.
- 📖 PLOURDE S., *Débats inscrits à l'agenda de la réflexion éthique*, Ethica 9, París, 1997.
- 📖 RABOSSI, Eduardo, "El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico" en *El derecho, la política y la ética*, Siglo XXI, México, 1991.
- 📖 RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. Andrés De Francisco, Paidós, Madrid, 2002.
- 📖 RIVERO, Jean, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées » en *Amicorum Discipulorumque Liber*, Vol, III, Institut International des Droits de l'Homme, Editions Pedone, Paris, 1969-1972.
- 📖 RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Un modelo democrático de relaciones laborales" en *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, [s. e], Sevilla, 1977.
- 📖 RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, *Los mecanismos internos de promoción y protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2002.
- 📖 ROMMEN, Enrique, *Derecho natural*, trad. Héctor González Uribe, Jus, México, 1950.
- 📖 ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- 📖 ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1992.
- 📖 ROVETTA KLYVER, F., *Hacia un modelo iberoamericano de derechos humanos a partir del siglo XVI*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990.

- ☐ RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Autonomía individual y derecho a la propia vida. (Un análisis filosófico-jurídico)" en *Revista de Centro de Estudios Constitucionales* No. 14, Madrid, enero-abril 1993.
- ☐ SAGÜES, Néstor, *Derecho procesal constitucional*, tomo III, (Acción de amparo), Astrea, Buenos Aires, 1991.
- ☐ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, "Constitución y poder" en *El significado actual de la Constitución*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- ☐ SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia 1. El debate contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 2000.
- ☐ STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, C. H. Beck Verlag, München, 2000.
- ☐ SCHWABE, J., *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, München, 1971.
- ☐ SHESTACK, J., "The Jurisprudence of Human Rights" en *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, [s. e], Londres, 1992.
- ☐ SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- ☐ TASMINU, Rasia, *Una selección de los escritos del mesías prometido*, Islam International Publications Limited, Córdoba, 1989.
- ☐ TERRAZAS, Carlos R., "Los derechos humanos en la Constitución Política vigente" en *Los derechos humanos en las Constituciones Políticas de México*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1991.
- ☐ THOMPSON, José, *Educación y derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, [s. a.].
- ☐ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1979.
- ☐ TRIAS, E., "Humanidades" en *El País*, Madrid viernes 19 de junio de 1992.
- ☐ TRUEBA URBINA, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo*, Porrúa, México, 1971.
- ☐ TRUYOL Y SERRA, Antonio, "Los derechos humanos en perspectiva histórica" en *IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Granada, 1980.
- ☐ _____, *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1984.
- ☐ _____, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 1. De los orígenes a la baja Edad Media*, Alianza Universidad, 11ª ed., Madrid, 1992.
- ☐ _____, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 2. Del Renacimiento a Kant*, Alianza Universidad, 11ª ed., Madrid, 1992.
- ☐ VALADÉS, Diego, *Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI. Estudio introductorio*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.
- ☐ VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*, Editorial Trotta, Madrid, 1992.
- ☐ VANOSSI, Jorge, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1982.
- ☐ VASAK, Karen, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. I, Serbal-UNESCO, Barcelona, 1984.
- ☐ VENEGAS GRAU, M., *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III, núm. 7, Madrid, mayo 2000.
- ☐ VERDROSS, A., *Derecho internacional público*, trad. de A. Truyol y Serra, Aguilar, 4ª ed., Madrid, 1963.

- 📖 WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.
- 📖 ZARCO, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente (1856-1857)*, El Colegio de México, México. 1956.
- 📖 Visita de S. S. Pablo VI a la Organización de las Naciones Unidas, en Documentación Católica 62, 1965.

Internet

- 📖 COHEN. Gerard, « Hommage à Jean Rivero (1910-2001) » en *Revue électronique Les droits fondamentaux*, No. 1, Universidad de Nantes, Francia, julio-diciembre 2001, www.revue-df.org
- 📖 GENTILE, Jorge H., "Los derechos humanos de hoy" en <http://www.profesorgentile.com.ar>
- 📖 _____, "Derecho, Justicia y Ley" en <http://www.profesorgentile.com.ar>.
- 📖 MAGENDZO, Abraham, "Alteridad, componente fundante de una educación ciudadana" en <http://www.educarchile.cl>
- 📖 RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto, "Derechos fundamentales entre particulares: una introducción a su problemática protección constitucional e internacional" Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Centro de Documentación Judicial, en <http://www.csj.gob.sv/Doctrina>.
- 📖 SCHAEFER, G., « La fundamentation des droits de l'homme à partir de la conception de Levinas » en www.ifrance.com/espacethique/spain/levinas.html.
- 📖 "Curso Sistemático de Derechos Humanos" en <http://www.iepala.es/DDHH>
- 📖 "Red de información jurídica sobre derechos humanos. Concepto y progresivo reconocimiento" en <http://www.cajpe.org.pe/guia/conce.htm>
- 📖 "Los derechos humanos, el Derecho internacional humanitario y la función policial" en <http://www.monografias.com>
- 📖 Enciclopedia Microsoft Encarta 2003, 1993-2002, Microsoft Corporation, 2003.
- 📖 *Constitución de Portugal* en www.constitucion.es/otras_constituciones/europa
- 📖 *Constitución de la República de Paraguay* en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/conspar2.htm>
- 📖 *Constitución Política del Estado de Bolivia* en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/consbool1.htm>
- 📖 *Ley de la Jurisdicción Constitucional Núm. 7135* en www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ljc.html
- 📖 *Tratado de Versalles* en http://www.johndclare.net/peace_treaties
- 📖 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez y otros*, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 64 en <http://www.corteidh.or.cr>
- 📖 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas, artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 en <http://www.corteidh.or.cr>
- 📖 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989 en <http://corteidh.or.cr>
- 📖 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana*

- sobre *Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987 en <http://www.corteidh.or.cr>
- 📖 Supremo Tribunal Constitucional Español, Sentencia STC 25/81 del 14 de julio de 1981 en <http://www.tribunalconstitucional.es>
- 📖 Supremo Tribunal Constitucional Español, Sentencia STC 53/85 del 11 de abril de 1985 en <http://www.tribunalconstitucional.es>
- 📖 Tribunal Constitucional del Perú, *Caso Llanos Huayco*, Sentencia contenida en Expediente 976-2001-AA/TC del 13 de marzo de 2003 en <http://www.tc.gob.pe>
- 📖 Tribunal Constitucional del Perú, *Caso Cárdenas Torres*, Sentencia contenida en Expediente 1401-2001-AA/TC, del 9 de octubre de 2002 en <http://www.tc.gob.pe>
- 📖 Tribunal Constitucional del Perú, *Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. Y FETRATEL* en <http://www.tc.gob.pe>
- 📖 Recopilación Oficial de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/index.html>
- 📖 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Colección Fallos en <http://www.csjn.gov.ar/>
- 📖 Jurisprudencia Constitucional colombiana en http://www.minjusticia.gov.co/dir_derecho/jurcc.htm
- 📖 Convención Americana sobre Derechos Humanos en <http://www.oas.org>
- 📖 Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en <http://www.oas.org>
- 📖 *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, Maastricht, enero de 1997, en http://www1.umn.edu/humanrts/instree/Maastrichtguidelines_.html.
- 📖 Discurso del Secretario General de Naciones Unidas en la apertura de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14-25 de junio de 1993 en <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/15c6958e9161f9bfc125690a00332a0f?Opendocument>
- 📖 Estatuto de la Corte Penal Internacional en <http://www.un.org/law/icc>
- 📖 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en <http://www.undp.org>

