

**INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY**

**CAMPUS MONTERREY**

**ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACION  
PUBLICA Y POLITICA PUBLICA**



**TECNOLÓGICO  
DE MONTERREY®**

***DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE*: ESTUDIO COMPARADO Y APLICACIÓN  
EN MÉXICO**

**TESINA**

**PRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO  
ACADEMICO DE:**

**MAESTRO EN DERECHO INTERNACIONAL**

**POR:**

**YOLANDA ALICIA VILLEGAS GONZALEZ**

**MONTERREY, N.L.**

**DICIEMBRE DE 2009**

**INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY**

**CAMPUS MONTERREY**

**ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACION  
PUBLICA Y POLITICA PUBLICA**



**TECNOLOGICO  
DE MONTERREY.**

***DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE*: ESTUDIO COMPARADO Y APLICACIÓN  
EN MÉXICO**

**TESINA**

**PRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO  
ACADEMICO DE:**

**MAESTRO EN DERECHO INTERNACIONAL**

**POR:**

**YOLANDA ALICIA VILLEGAS GONZALEZ**

**MONTERREY, N.L.**

**DICIEMBRE DE 2009**

**INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY**

**CAMPUS MONTERREY**

**ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACION  
PUBLICA Y POLITICA PUBLICA**

Los miembros del comité de tesina recomendamos que el presente proyecto de tesina presentado por Yolanda Alicia Villegas González sea aceptado como requisito parcial para obtener el grado académico de:

**Maestro en Derecho Internacional**

Comité de Tesina:

---

Dr. Gerhard Niedrist  
Asesor

---

Dr. Gabriel Cavazos  
Villanueva  
Sinodal

---

Dr. José Fabián Ruiz V.  
Sinodal

## **DEDICATORIA**

### **A Dios**

*Por darme la vida y la posibilidad de desarrollarme como persona, estudiante y profesionista.*

### **A mis Padres**

*Por su amor, guía constante y apoyo incondicional.*

### **A mi Hermano**

*Por su compañía, cariño y carácter que me motivan a ser un mejor ser humano.*

### **Al Dr. Gerhard Niedrist**

*Por haber aceptado ser mi Asesor, y por darme las herramientas necesarias para efectuar el presente trabajo, por su paciencia y consejos.*

### **Al Dr. José Fabián Ruiz**

*Por su entusiasmo y optimismo inspirador, y por la exigencia y confianza que sostuvo con mi trabajo.*

### **Al Dr. Gabriel Cavazos**

*Por su amistad, consejos y observaciones que motivaron mi ingreso a la Maestría en Derecho Internacional y la mejora de mi trabajo.*

### **A mis familiares y amigos**

*Por acompañarme en mi camino, ser alentadores de mi crecimiento integral, y por ser mi sustento en momentos difíciles.*

**INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE  
MONTERREY**

**CAMPUS MONTERREY**

**ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y POLÍTICA  
PÚBLICA**

***DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE*: ESTUDIO COMPARADO Y  
APLICACIÓN EN MÉXICO**

**POR:**

**YOLANDA ALICIA VILLEGAS GONZÁLEZ**

**RESUMEN:**

La doctrina alemana *Drittwirkung der Grundrechte*, representa en nuestros tiempos una vía para evitar la violación de los derechos fundamentales de los seres humanos por entes privados, los cuales, en ocasiones, a pesar de no encontrarse en una relación vertical respecto a sus iguales (situación que se presenta en la relación Estado – Individuo), son verdaderos poderes que emanan supremacía frente a sus supuestos “iguales”. En este sentido, tras el surgimiento de lo que muchos autores denominan “Estado Intangible”, y cuyo concepto trataremos a lo largo del presente escrito, es imperativa la creación de instrumentos que coadyuven al respeto de los derechos fundamentales. La decisión de la manera en que es factible implementar la *Drittwirkung der Grundrechte* en nuestro país, requiere de un breve análisis de nuestro sistema jurídico. Aunado a lo anterior, al revisar el marco normativo de diversos países, como lo son Alemania, España y Colombia, podemos arribar a la determinación de la mejor vía de implementación en México.

**EXTRACTO:**

En la observancia de la realidad mexicana actual (con una agenda económica corporativa de agentes económicos particulares –no estatales- preponderantes e incluso con injerencia política en el gobierno y en el discernimiento de las políticas públicas mexicanas), es trascendental el establecimiento de la *Drittwirkung der Grundrechte* para acrecentar el orden político y la paz social a través del libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. La premisa básica sería que el orden político y paz social naturalmente no están limitados a un orden público o a una paz pública *per se*, sino que es artificioso hacer tal distinción con un orden privado al margen de aquél.

*“¿No cabe la lesión de los derechos fundamentales por la acción de los particulares? Y si este tipo de lesiones efectivamente se producen, ¿no debería extenderse la protección del amparo contra ellas?”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> De Vega García, Pedro. La Eficacia Horizontal del Recurso de Amparo: El Problema de la Drittwirkung der Grundrechte, en Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. 1992, P. 411, Segundo Párrafo.

## INDICE

Glosario .....	1
Introducción.....	2
1. Marco Conceptual.....	4
1.1 Desarrollo de la <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> en Alemania.....	4
1.2 Implementación de la <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> en España.....	6
1.3 Implementación de la <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> en Colombia.....	7
1.4 Incorporación de la <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> en México.....	8
2. Antecedentes y Teorías relativas a la <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> .....	10
2.1 Crisis de la Concepción Constitucional Clásica sobre los Derechos Fundamentales.....	10
2.2 Efectos de la Selección entre Horizontalidad y Verticalidad en los Derechos Fundamentales.....	13
2.3 Eficacia Horizontal Directa.....	14
2.4 Eficacia Horizontal Indirecta.....	15
2.5 Eficacia Directa vs. Eficacia Indirecta.....	17
2.6 Derechos Fundamentales y la Lógica del Derecho Privado.....	17
3. Doctrina Alemana, Colombiana y Española.....	18
3.1 Casos Relevantes en Alemania.....	19
3.1.1 <i>Lüth Urteil</i> .....	19
3.1.2 <i>Blinkfüer</i> .....	22
3.1.3 Reforma a la Ley del Aborto de 1974.....	23
3.2 <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> en Colombia.....	24
3.3 <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> en España.....	32
4. Postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Caso Mexicano.....	40

4.1 <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	40
4.2 El Efecto Directo de los Derechos Fundamentales en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos: Opinión Consultiva 18/03.....	43
4.3 Contexto Mexicano sobre la Aplicación de los Derechos Fundamentales entre Particulares.....	45
4.4 Situación de la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Mexicanas respecto a la Tutela de los Derechos Fundamentales.....	45
4.5 Propuesta de Reforma de la Ley de Amparo en México.....	49
Conclusiones.....	53
Bibliografía.....	56



## GLOSARIO

*Blinkfüer.*- Apellido del Demandante que determinó el nombre de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán.

*Bundesverfassungsgericht.*- Así se le denomina en Alemania al Tribunal Constitucional Federal.

*BVerfGE.*- Se trata de la abreviatura de *Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, palabras que significan Sentencia del Tribunal Constitucional Federal.

*Drittwirkung Der Grundrechte.*- La palabra *Drittwirkung* significa: “efectos sobre terceros”, mientras que la palabra *Grundrechte* significa: “derechos fundamentales”. En conjunto la frase quiere decir: “Derechos Fundamentales frente a Terceros”.

*GG.*- Abreviatura de *Grundgesetz*, palabra que significa: “Ley Fundamental”.

*Landgericht.*- Significa Corte de Distrito.

*Lüth Urteil.*- Apellido del Demandante que determinó el nombre de la Sentencia que sienta la doctrina *Drittwirkung der Grundrechte*.

*Verfassungsbeschwerde.*- Significa Recurso de Amparo.

## INTRODUCCIÓN

El presente escrito tiene como propósito la descripción de la doctrina alemana *Drittwirkung der Grundrechte* (la cual también será denominada durante el presente documento como DG) o eficacia hacia terceros de los derechos fundamentales, en su aplicación procedimental en Alemania, España y Colombia, bajo un enfoque metodológico cualitativo comparado, con el objeto de vislumbrar la manera idónea de aplicarla en México.

La cuestión de si los derechos fundamentales ejercen su influencia en las relaciones jurídicas entre los particulares<sup>2</sup>, es susceptible de plantearse en el marco normativo mexicano, habrá de responderse a través del análisis comparativo de las vertientes procedimentales de la DG: (i) directa o inmediata e (ii) indirecta o mediata. Vertientes que son representadas y reflejadas por los países Colombia y Alemania respectivamente.

El interés de resolver la incorporación de la DG en México (cualesquiera que fuera la vía o vertiente procedimental), radica en que la realidad de nuestro país, en cuanto a la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ha evidenciado los múltiples ataques y violaciones perpetuadas a los mismos por parte de los entes particulares (circunstancia que se evidencia con los reportes que la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha emitido en los últimos años). En este sentido, tal y como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, los derechos fundamentales listados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos son “obligaciones *erga omnes*” que deben ser impuestas no sólo en relación con el poder de un Estado *per se*, sino también con respecto a las acciones de terceros individuos. Apreciación que denota un nuevo paradigma en el que la naturaleza de la violación de los derechos humanos, y no la persona del detractor, es el centro de atención en su vigilancia.

---

<sup>2</sup> Starck, Christian. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2002. P. 65, Primer Párrafo.

Ahora bien, la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales no se puede responder con carácter general ni en un sentido ni en otro en relación con todos los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental a partir de una determinada interpretación histórica; antes bien debe partirse del contenido específico, de la esencia y de la función del derecho fundamental concreto, más exactamente de las proposiciones jurídicas particulares derivadas del derecho fundamental en nuestra comunidad actual.<sup>3</sup>

Luego entonces, tal y como lo menciona Carlos Rozo, en la observancia de la realidad mexicana actual (con una agenda económica corporativa de agentes económicos particulares –no estatales- preponderantes e incluso con injerencia política en el gobierno y en el discernimiento de las políticas públicas mexicanas), es trascendental el establecimiento de la DG para acrecentar el orden político y la paz social a través del libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. La premisa básica sería que el orden político y paz social naturalmente no están limitados a un orden público o a una paz pública *per se*, sino que es artificioso hacer tal distinción con un orden privado al margen de aquél.<sup>4</sup>

En México, sólo existe tutela estatal sobre los derechos fundamentales sustentados en las garantías constitucionales previstas en los primeros 29 artículos de la Carta Magna, con base en las violaciones o restricciones que un acto de autoridad<sup>5</sup> efectúe en detrimento de un particular. Así pues, es de hacer notar que el recurso de Amparo no procede (con la única excepción del amparo contra leyes heteroaplicativas en el que se puede solicitar el amparo de la justifica federal contra un acto de particular que actúa por mandato expreso de ley) contra actos provenientes de un particular, que violenten un derecho fundamental. Lo anterior en virtud de lo provisto en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CP).

---

<sup>3</sup> Nipperdey, H.C. *Die Würde des Menschen*. Berlin: K.A. Bettermann y H.C. Nipperdey. 1964. P. 748 *et seq.*

<sup>4</sup> Irujo, Antonio Embid. *El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado*. Revista Española de Derecho Administrativo. 25 de junio de 1980. P. 191-204.

<sup>5</sup> Definido por Oscar Barrera Garza, como la conducta positiva o negativa que desarrolla un ente de derecho público en una relación de supra a subordinación con perjuicio o en agravio de un particular, quien ve afectadas sus garantías constitucionales.

No obstante el sistema garantista de los derechos humanos, en su acepción piramidal-vertical existente en nuestro país, es relevante preguntarse: ¿Qué sucede con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en México? Y ¿Qué beneficios o repercusiones traería la implementación del DG en el ordenamiento jurídico mexicano?

La respuesta a la primera pregunta es sencilla: No se contempla. Por otra parte, la contestación al segundo cuestionamiento, abre paso al objeto de estudio de mi tesis, y me permite plantear sus hipótesis centrales de investigación:

1. Es imperativa la procedencia del amparo contra los actos de particulares que vulneren derechos fundamentales.
2. El medio idóneo de implementación de la DG en México es a través de un sistema indirecto, en virtud de la cual los tribunales garantistas puedan revisar las sentencias y/o resoluciones emanadas de la justicia civilista federal y local, en las cuales se prevea la violación de un derecho fundamental en detrimento de un particular.

Para poder concretar la solución a las hipótesis antes planteadas, será de vital importancia el análisis comparativo que se realice sobre el DG en Alemania, España y Colombia, circunstancia que desarrollo a continuación.

## **1. MARCO CONCEPTUAL**

### **1.1 DESARROLLO DE LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* EN ALEMANIA**

En el texto de la Constitución alemana, no se atribuye de forma expresa, a los derechos fundamentales, un efecto directo frente a terceros. Los derechos humanos mantienen la estructura tradicional que sitúa al Estado y a sus distintas manifestaciones orgánicas en la posición de sujeto-obligado. Es decir, en un sentido estrictamente formalista, no se contiene indicación alguna a nivel

No obstante el sistema garantista de los derechos humanos, en su acepción piramidal-vertical existente en nuestro país, es relevante preguntarse: ¿Qué sucede con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en México? Y ¿Qué beneficios o repercusiones traería la implementación del DG en el ordenamiento jurídico mexicano?

La respuesta a la primera pregunta es sencilla: No se contempla. Por otra parte, la contestación al segundo cuestionamiento, abre paso al objeto de estudio de mi tesis, y me permite plantear sus hipótesis centrales de investigación:

1. Es imperativa la procedencia del amparo contra los actos de particulares que vulneren derechos fundamentales.
2. El medio idóneo de implementación de la DG en México es a través de un sistema indirecto, en virtud de la cual los tribunales garantistas puedan revisar las sentencias y/o resoluciones emanadas de la justicia civilista federal y local, en las cuales se prevea la violación de un derecho fundamental en detrimento de un particular.

Para poder concretar la solución a las hipótesis antes planteadas, será de vital importancia el análisis comparativo que se realice sobre el DG en Alemania, España y Colombia, circunstancia que desarrollo a continuación.

## **1. MARCO CONCEPTUAL**

### **1.1 DESARROLLO DE LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* EN ALEMANIA**

En el texto de la Constitución alemana, no se atribuye de forma expresa, a los derechos fundamentales, un efecto directo frente a terceros. Los derechos humanos mantienen la estructura tradicional que sitúa al Estado y a sus distintas manifestaciones orgánicas en la posición de sujeto-obligado. Es decir, en un sentido estrictamente formalista, no se contiene indicación alguna a nivel

de ley suprema, respecto al DG en el marco normativo ulterior. Más aún, desde el punto de vista procesal, las competencias del Tribunal Constitucional Federal (TFC) se refieren exclusivamente a las violaciones de los derechos fundamentales causadas por el “poder público”<sup>6</sup>.

No obstante lo anterior, y dada la necesidad de respeto de los derechos fundamentales en las relaciones de los particulares entre sí, el TCF sentó las bases, mediante el fallo *Lüth-Urteil* (dictado el 15 de enero de 1958), para el establecimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, motivada en la teoría denominada “efecto de irradiación”, que básicamente supone que cualquier controversia en el ámbito del derecho civil, debe ser reparada atendiendo, además de los preceptos civiles encontrados en la legislación alemana, a la valoración del derecho fundamental que pudiera verse transgredido con motivo del resultado o sentencia del juez civil.

Existen críticas doctrinarias a la teoría del “efecto de irradiación”, una de las más reconocidas es la que señala Konrad Hesse, quien argumenta lo siguiente: “la superposición del derecho constitucional sobre el derecho privado, amenaza con producir la pérdida de identidad y autonomía de éste último, las que dependen de su adecuación a la propia materia objeto de su regulación y a la evolución que ella experimente, objetivo que no se logra con la simple apelación a los derechos fundamentales. De otro modo, la autonomía privada, principio medular del derecho privado y base de la libertad responsable, puede ser objeto de una grave restricción si se les niega a las personas en sus relaciones recíprocas la posibilidad de renunciar a las normas de derechos fundamentales que referidas a la acción estatal son indisponibles. En fin, la extensión del “efecto de irradiación”, podría desvirtuar el papel constitucional del Tribunal Constitucional, hasta llegar a convertirlo en el “supremo tribunal de los conflictos jurídico-civiles”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. Muñoz Cifuentes, Eduardo. *La eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares*. México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1998.

<sup>7</sup> Hesse, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid. Cuadernos Civitas Ediciones. 1995. P. 69, Segundo Párrafo.

Al día de hoy, el TCF ha sentado mediante sentencias importantes, como lo son la *Bundesverfassungsgericht* 7, de fecha 15 de enero de 1958 (*Lüth Urteil*) y la *BVerfGE* 25, de fecha 26 de febrero de 1969 (*Blinkfüer*), la doctrina de DG como un pilar esencial del Estado Alemán, en la defensa indirecta de los derechos fundamentales entre los particulares<sup>8</sup>.

## **1.2 IMPLEMENTACIÓN DE LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* EN ESPAÑA**

La doctrina alemana DG, influenció al Estado Español, quien siguió el ejemplo del TCF alemán, pronunciando por su propio Tribunal Constitucional (TC), la sentencia 78 de 1982<sup>9</sup>, en virtud de la cual el TC interpreta que “la deficiente tutela judicial de un derecho cuya protección se ha reclamado por parte del agraviado (al Tribunal Central del Trabajo), se estima, en consecuencia, como un caso autónomo e independiente de vulneración, hasta el punto de franquear la puerta del amparo constitucional contra la sentencia”. Lo cual quiere decir que, si ante la violación de un derecho por un particular, el agraviado solicita la protección judicial y ésta no acierta a otorgarla pese a la existencia de la vulneración, se verifica una violación del derecho por parte del poder público que puede ser objeto del recurso de amparo constitucional. De este modo, se asegura que los particulares se sujeten al cumplimiento del a Constitución y de los derechos que ella consagra<sup>10</sup>.

Como podemos observar, en España se optó, al igual que en el Estado Alemán, por un sistema indirecto o mediato de eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Situación que ha resultado exitosa en la protección del ciudadano en conexión con violaciones a sus derechos humanos perpetuadas en una vertiente horizontal por los propios entes particulares.

---

<sup>8</sup> A mayor abundamiento véanse los casos de referencia en la página de internet del Institute for Transnational Law of The University of Texas at Austin: [http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new/](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/). Disponible al 29 de marzo de 2009.

<sup>9</sup> Cfr. García Ninet, José Ignacio. *Jurisprudencia Constitucional y Derecho Sindical*. Ed. Tirant Lo Blanch. Madrid, España, 1993.

<sup>10</sup> *Ibidem* cit. 9.

Tal y como se señaló en el marco de la DG en Alemania, en España también se han efectuado críticas a su aplicación indirecta en las relaciones entre particulares. María Venegas es una de las autoras importantes en el mundo jurídico español que expresa la incompatibilidad de la DG con el principio de autonomía de la voluntad, que es eje del Derecho. A mayor abundamiento, Venegas establece que a pesar de la admisibilidad de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, el principio de autonomía debe prevalecer, de tal forma que se restrinja el ámbito de la DG<sup>11</sup>.

### **1.3 IMPLEMENTACIÓN DE LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* EN COLOMBIA**

La República de Colombia, a diferencia de Alemania y España, adoptó la DG a nivel Constitucional, de tal forma que en su artículo 86, último párrafo, se consagra lo siguiente:

“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 afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

Adicionalmente, para reglamentar el precepto constitucional aludido, el estado colombiano expidió el Decreto 2591 de 1991 por el cual se define claramente la interpretación de los derechos tutelados, la procedencia de la acción de tutela frente a particulares (artículo 42), y en general todos los mecanismos para activar la protección jurisdiccional estatal (el amparo) con

---

<sup>11</sup> Venegas Grau, María. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado: Los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares y el Principio de Autonomía Privada*. Madrid. Marcial Pons Librero. 2004. P. 54.



motivo de la violación de los derechos fundamentales a manos de entes particulares.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, mediante Sentencia No. C-134-94 del 17 de marzo de 1994, aclaró lo siguiente: “debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental”.

Es así, como la protección procesal constitucional frente a terceros en Colombia, se rige por el principio del *numerus clausus* en cuanto sólo se concede en los casos taxativamente señalados por el legislador<sup>12</sup>.

#### **1.4 INCORPORACIÓN DE LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* EN MÉXICO**

Según el jurista argentino Miguel Padilla, debe entenderse por derechos humanos al conjunto de facultades que corresponden a todos los seres humanos como consecuencia de su innata dignidad, destinadas a permitirles el logro de sus fines y aspiraciones en armonía con los de otras personas, y que deben ser reconocidos y amparados por los ordenamientos jurídicos de cada estado<sup>13</sup>.

Por otra parte, en su estudio sobre el individuo, la sociedad y el derecho, Ignacio Burgoa especifica que el orden jurídico puede muy bien limitar o restringir el radio de acción del hombre en interés de los demás, del Estado o de la sociedad; pero nunca imposibilitar el ejercicio de esa facultad inherente a la personalidad humana: escogitación de fines vitales y de medios para realizarlos<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Idem cit. 6.

<sup>13</sup> Padilla, Miguel. *Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot. 1993. P. 33.

<sup>14</sup> Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. México, D.F. Editorial Porrúa S.A. 1968. P. 19.

Es entonces cuando vislumbramos que son precisamente los derechos fundamentales, los representantes de los medios vitales inherentes a la existencia humana, que deben ser tutelados (ya a nivel constitucional, ya por vía indirecta) no sólo contra actos de autoridad pública o estatal, sino también contra cualquier acción u omisión perpetrada por un ente particular en detrimento de otro, con el objeto de evitar arbitrariedades que resultan ser (en un mundo de iniquidades) tanto o más conspicuas que las gubernamentales.

La dinámica procedimental que se propone para el marco normativo mexicano, en relación a la implementación de la DG, es la que se aplica en la actualidad en Alemania y España. Fundamentalmente, se propone la ejecución indirecta o mediata de la *Drittwirkung der Grundrechte* (vía decisiones jurisdiccionales emanadas del ámbito civil), y se deja a un lado la incorporación de la misma a nivel de Ley Suprema, por la practicidad y flexibilidad de la primera opción con respecto a la segunda. Evitando la necesidad de una reforma constitucional de la Carta Magna, y el requisito de expedir una ley reglamentaria (o adecuar la ley secundaria existente en nuestro país). De tal forma que se deje en manos del poder judicial el desarrollo casuístico de la DG en aras de la protección horizontal o eficacia de los derechos fundamentales en México.

Ahora bien, ya que nos hemos introducido en la doctrina de la DG, y puesto que nos encontramos en contexto con respecto a su aplicación en Alemania, España y Colombia; y ya que hemos comprendido la situación actual en México (estableciendo la intención de lograr la aplicación de la *Drittwirkung* en el país), procedo a listar los antecedentes y teorías relativas a la DG, con el fin de analizar los motivos que incitaron el surgimiento de dicha doctrina, así como el camino a seguir para su incorporación en México.

## **2. ANTECEDENTES Y TEORÍAS RELATIVAS A LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE***

### **2.1 CRISIS DE LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL CLÁSICA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

El estudioso de Vega García ha expresado que: “los derechos fundamentales en un principio fueron planteados exclusivamente como límites al poder del Estado, sin embargo, el modelo de sociedad prefijado por la concepción individualista y burguesa nada tiene que ver con las formas de organización social del presente, por lo que también ha entrado en quiebra el modelo estatutario de las relaciones entre particulares, con el que ha operado y continúa operando la sociedad burguesa”<sup>15</sup>.

De acuerdo con Pérez Luño, “en su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social”<sup>16</sup>.

Es relevante hacer notar que la concepción de que los derechos fundamentales sólo pueden reclamarse ante las violaciones que de ellos hagan los órganos estatales parece haber entrado en crisis, particularmente porque ciertos conceptos han evolucionado con la transformación del Estado liberal en el Estado social de Derecho, particularmente los relativos a la igualdad ante la ley, la autonomía de la voluntad y la relación poder-derechos fundamentales.

A continuación se explica brevemente la afirmación del párrafo anterior:

Según el principio de Igualdad ante la Ley, es trascendental romper con el esquema liberal clásico de la igualdad formal ante la ley y establecer

---

<sup>15</sup> Idem cit. 1, P. 412, Tercer Párrafo.

<sup>16</sup> Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 7ª ed. Madrid, Tecnos, P. 22.

mecanismos de garantía de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares que generen condiciones reales de igualdad para que, como afirma el propio *Ferrajoli*, “los derechos fundamentales se afirmen siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regirá en su ausencia”<sup>17</sup>.

En este contexto, la aplicación de los derechos fundamentales frente a particulares es necesaria para permitir relaciones de igualdad.

Por otro lado, la autonomía de la voluntad descansa en el principio de libertad; sin embargo, tal y como lo afirma Manuel Feliz: “no son libres los actos u omisiones frente a los cuales no hay alternativa, que están determinados por fuerzas irresistibles o ineludibles o se realizan bajo amenaza o presión”<sup>18</sup>.

Por ende, la libertad tendría como requisito la ausencia de todo poder coactivo y sería considerada como el espacio o margen de acción que el individuo tiene frente a sí para poder elegir dos o más opciones igualmente posibles y al margen de toda presión interna o externa. Para ello se necesita el diseño de instituciones que resguarden en todo momento los derechos fundamentales, constituyéndose éstos como una protección de los más débiles, motivo por el cual a la autonomía de la voluntad se le deberán oponer los límites razonables que requiera la protección de los derechos fundamentales.

En relación al principio de Generalidad de la Ley, De Vega señala que “se puede afirmar con razón que la ley ha dejado de ser la regla abstracta de comportamiento humano para transformarse en medida concreta en acto de confirmación política, y a menudo, en puro convenio entre los mismos grupos de intereses privados”. Por ello, el principio de generalidad de las leyes también debe ser analizado a la luz del impacto que tiene en las violaciones a los derechos fundamentales.

---

<sup>17</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. De Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid, Trotta, 1999, P. 34.

<sup>18</sup> Feliz, Manuel. “*Consideraciones sobre la libertad*”, en *Perfiles Liberales*, año 6, número 30. Santa Fe de Bogotá, Fundación Friedrich Naumann, 1992, P. 78.

Por último, el aspecto relativo al Poder y a los Derechos Fundamentales, nos hace pensar que es indudable que los derechos fundamentales se constituyen como límites al poder, lo cual significa que el poder no puede transgredir estos derechos y que su actuación tiene que estar presidida por esas figuras. Lo que no es posible es el seguir sosteniendo que el Estado es el único poder que puede vulnerar tales derechos y, por tanto, contra el único que se pueden contraponer.

Desde el punto de vista sociológico, el poder es la determinación de la conducta de otros, o como afirma Weber: “poder significa la posibilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualesquiera que sea el fundamento de dicha posibilidad”<sup>19</sup>.

Es claro que junto al poder político han cobrado relevancia los grupos que detentan los poderes económicos, de la tecnología, el conocimiento y la información, que les permite influir notablemente en las decisiones del primero e, incluso, vulnerar en forma directa los derechos de los individuos.

En conexión con lo anterior, los derechos fundamentales se constituyen como verdaderos límites al poder, pero entendido el poder no sólo como el tradicional, es decir, el poder político, sino como todo el conjunto de grupos, instituciones y operadores jurídicos que a través de su actuación pueden, de alguna manera, transgredir estos derechos. Por tanto, cuando en la actualidad se habla de límites al poder, no se hace referencia exclusivamente a aquellos de signo político, sino también a otros de diversa índole que, si bien no tienen la misma incidencia en el tema, si influyen de manera relevante.

---

<sup>19</sup> Maz Weber, *Economía y sociedad*, vol. 1. Traducción de José Medina Echevarría. México, Fondo de Cultura Económica, 1974, P. 21.

## 2.2 EFECTOS DE LA SELECCIÓN ENTRE HORIZONTALIDAD Y VERTICALIDAD EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Algunos juristas como Juan María Bilbao Ubillos<sup>20</sup>, han señalado que la vigencia de los derechos fundamentales sería la “última frontera de la Constitución normativa”. Sin embargo, para otros nos encontramos en presencia de un “caballo de Troya” que en efecto amenaza con destruir el derecho privado. En este sentido, hay quienes pugnan por la verticalidad en el catálogo de derechos constitucionales, mientras que existen otros que proclaman el efecto horizontal directo de los mismos.

Para los “verticalistas” (es decir, para la mayoría de los países del mundo, entre ellos México, Estados Unidos, Argentina, etc.), los derechos fundamentales sólo tienen aplicación en las relaciones entre los individuos y el Estado. Los defensores de esta posición exponen que los derechos humanos están justificados porque garantizan a los individuos un espacio de inmunidad en el que la esfera privada es protegida frente a la intrusión del poder público. En este orden de ideas, preservar ese ámbito de libertad en que cada cual puede perseguir sus propias concepciones acerca del bien, exige imperativamente que los derechos constitucionales se apliquen exclusivamente frente a actuaciones del poder estatal.

Para los “horizontalistas” (representados por Alemania, España y Colombia), los derechos humanos deben necesariamente gobernar también las relaciones entre privados. Esta postura sostiene que todo el derecho, como construcción estatal que es, está sujeto a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella. Por lo mismo, debe aceptarse que todo tipo de normas jurídicas, y consecuentemente cualquier tipo de relación (sea pública o privada), queda sujeta a un examen de consistencia con la norma superior de los derechos humanos. Esta es la única manera de respetar la unidad del ordenamiento jurídico y la debida protección a la persona.

---

<sup>20</sup> Cfr. “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.: 1997.

## 2.3 EFICACIA HORIZONTAL DIRECTA

Esta postura implica que un particular puede oponer a otro particular directamente un derecho fundamental sin necesidad de un acto del legislador o de alguna otra mediación.

La argumentación que ofrecen los defensores de esta posición es que la Constitución tiene un carácter normativo, y por ello, es aplicable a todas las relaciones jurídicas, privadas o públicas. Asimismo, es evidente que los derechos constitucionales colocan en el centro de las relaciones sociales el valor supremo de la dignidad del ser humano concebida en términos amplios, y a cuyo respeto están obligados no sólo los poderes públicos sino también las personas.

Lo anterior pudiera funcionar siempre y cuando existan límites a la transposición, pues: “los derechos fundamentales no son oponibles del mismo modo al poder estatal y a los demás ciudadanos y por lo tanto no se puede simplemente traspasarlos a la esfera privada. Incluso están conscientes de la necesidad de respetar la lógica interna del derecho privado en cuanto se encuentra en juego la autonomía negocial sobre la que pivota toda esta área del derecho”<sup>21</sup>.

La forma que han encontrado para solucionar los conflictos de derechos e intereses que ello supone, es a través de la proposición de criterios sustantivos.

Andrew Clapham<sup>22</sup>, postula que el límite a dicha aplicación debe encontrarse en la dignidad humana. El autor claramente señala que cuando se vea comprometido un derecho constitucional cuyo propósito sea proteger la dignidad de la víctima (como ocurre con el derecho a no ser discriminado), el derecho deberá tener eficacia contra cualquiera que lo comprometa. Si por otra

---

<sup>21</sup> Traducción emanada del libro: Andrew Clapham, *Human rights in the private sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

<sup>22</sup> Ibidem cit. 21.

parte, el propósito del derecho es la protección de la democracia, la acción debe referirse al dominio público o la esfera de lo público.

## **2.4 EFICACIA HORIZONTAL INDIRECTA**

Tanto Alemania como España (a diferencia de Colombia), a través de sus Tribunales, han reconocido a los derechos fundamentales un valor como principios aplicables en los litigios puramente privados, antes que como derechos subjetivos directamente oponibles.

El origen de esta teoría se encuentra en la decisión del Tribunal Constitucional Alemán en el famoso caso Lüth Urteil. Conforme a ella, los derechos constitucionales representan un “orden objetivo de valores”, que no gobiernan sino que influyen las relaciones entre privados. Su rango sería el de principios (antes que reglas), que irradiarían a las relaciones gobernadas por el derecho privado a través de las “cláusulas generales” (buena fe, buenas costumbres, orden público), permitiéndose de ese modo un desarrollo armónico y consistente de éste con dichas ordenaciones sociales.

He aquí un extracto de la Sentencia sobre el caso Lüth Urteil, que aduce la necesidad de que los derechos fundamentales se apliquen en el ámbito de las relaciones de los particulares:

*“No existe duda que el propósito principal de los derechos básicos es proteger la esfera de libertad del individuo contra la invasión del poder público: ellos son la fortaleza del ciudadano contra el Estado. Ello emerge como resultado del desarrollo de su historia intelectual y su adopción en las constituciones de diversos estados como lo muestra su historia política...”*

*Pero es igualmente indudable que la Constitución, lejos de pretender ser un ordenamiento valorativamente neutral, ha establecido un orden objetivo de valores en su capítulo de derechos fundamentales, y que en consecuencia expresa y refuerza la validez de los mismos. Este sistema*



*de valores, centrado en el libre desarrollo de la personalidad humana y de su dignidad en la comunidad social, debe aplicarse, en tanto que axioma constitucional, en todos los ámbitos del derecho: debe dirigir e informar al legislador, la administración y al poder judicial. Del mismo modo influye naturalmente sobre el derecho civil, ninguna regla de derecho privado puede estar en contradicción con él y cada una de esas reglas debe ser interpretada conforme a su espíritu.*

*La influencia del sistema de valores de los derechos fundamentales es clara en aquellas disposiciones del derecho privado que son imperativas y forman parte del orden público... Las cláusulas generales como el artículo 826 del BGB, por medio del cual el comportamiento humano se mide con estándares supraleales tales como conducta debida, permiten a los tribunales responder a esta influencia desde que al decidir lo que se exige por dichos mandatos sociales en un caso particular, deben partir desde el sistema de valores adoptado por la sociedad en su constitución en un momento dado de su desarrollo espiritual y cultural”.*

Conforme a este razonamiento, el conflicto sigue siendo una disputa de derecho privado, pero las reglas aplicables a la solución del caso deben ser interpretadas a la luz de las normas iusfundamentales.

En atención a lo anterior, “la posición que favorece la horizontalidad mediata es un híbrido: exige intervención o acción estatal para que los derechos fundamentales se apliquen directamente, pero por otra parte, permite un grado de horizontalidad que está dado por la exigencia de construcción del derecho privado conforme a la Constitución, aún cuando sea una disputa puramente entre individuos particulares”<sup>23</sup>.

En México, también existe la convicción de que la Constitución debe permear las leyes orgánicas. En su artículo 133, así como en la interpretación

---

<sup>23</sup> Lovet v. Gogan (1995) ILRM 12. Citado por Murray HUNT, “*The Effect of the Law of Obligations*”, en *The impact of the human rights bill on English law. The Clifford Chance Lectures*, V.3., Basil S. Markesinis (editor). New York: Oxford University Press, 1998, p. 165-166.

jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación denominada: “Tratados Internacionales, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal”, se especifica la jerarquía de la Constitución Política respecto a las leyes y tratados internacionales. En este sentido, si la Suprema Corte estableciera en una jurisprudencia la posibilidad de que los tribunales comunes remedien cualquier violación que los particulares realicen de los derechos fundamentales (al menos de forma indirecta), estaríamos consagrando el “efecto de irradiación” alemán dentro del marco jurídico mexicano.

## **2.5 EFICACIA DIRECTA VS. EFICACIA INDIRECTA**

Los motivos que usualmente se invocan para inclinar la balanza a favor de la horizontalidad indirecta o alguna de sus variantes, han estado principalmente en el hecho que la eficacia mediata concilia de mejor manera las inevitables dificultades que cualquier vigencia horizontal de los derechos constitucionales trae consigo. La razón por la que se prefiere la eficacia mediata, es la consecuencia negativa que una aplicación directa de las normas iusfundamentales podría representar para el derecho privado, su identidad y racionalidad propia, y consecuentemente, para la autonomía privada en tanto principio sustentador de este derecho.

## **2.6 DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA LÓGICA DEL DERECHO PRIVADO**

Tal y como se ha expuesto en el presente escrito, el argumento principal en contra de la eficacia directa de los derechos fundamentales, es el de la amenaza que esto representaría para la identidad del derecho privado. Luego entonces, la constitucionalización del derecho privado traería como consecuencia una potencial disolución de éste, que terminaría por destruir su racionalidad interna con la consecuente pérdida de certeza jurídica para los actores sujetos a sus normas<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> A mayor abundamiento véase por favor el siguiente libro: Hesse, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado (traducción de Ignacio Gutiérrez). Madrid: Civitas, 2001 (1995), p. 60.

Una vez que los derechos constitucionales tienen directa aplicación en la solución del conflicto tienden necesariamente a controlarla, haciendo irrelevantes las normas legales que en ausencia de ellos decidirían la disputa, y los casos terminan siendo adjudicados por decisiones basadas fundamentalmente en argumentos de principio.

En palabras de Andrés Jana Linetzky: “toda eficacia horizontal, directa o indirecta, genera un incremento de la litigación sobre la pretensión de horizontalidad y con ello ciertos niveles de incertidumbre y ambigüedad. Pero el sometimiento del juez a la necesidad de argumentar a partir de las normas de derecho privado aplicables al caso, permite una comunicación recíproca entre la Constitución y las leyes que gobiernan la esfera privada, exigiendo un anclaje del conflicto en la racionalidad propia del derecho privado. Así, los riesgos aparejados a toda horizontalidad pueden ser mitigados evitando que todos los conflictos privados sean en último término absorbidos por el derecho constitucional”<sup>25</sup>.

Tras la revisión de los antecedentes de la DG, y una vez descritas las distintas corrientes que emanan de la propia doctrina (visión horizontal y visión vertical), así como las ventajas (irradiación de principios constitucionales en las sentencias de los tribunales ordinarios, tutela de los derechos fundamentales ante cualquier individuo que los violente, etc.) y desventajas que la misma presenta ante el derecho privado (pone en riesgo la autonomía del derecho privado, aumenta el número de incidencias constitucionales que en principio debieran ser resueltas por cortes ordinarias, etc.), podemos dar paso a los casos más importantes que se han desarrollado en Alemania, Colombia y España en relación con la *Drittwirkung der Grundrechte*.

---

<sup>25</sup> Véase el documento “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales” de Nicolás Alejandro Barrios Giachino, publicado en el 2003 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible al 17 de noviembre de 2009 en el siguiente sitio web: [http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2003/barrios\\_n/html/index-frames.html](http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2003/barrios_n/html/index-frames.html)

### 3. DOCTRINA ALEMANA, COLOMBIANA Y ESPAÑOLA

#### 3.1 CASOS RELEVANTES EN ALEMANIA

El Tribunal Constitucional alemán reconoce que el carácter objetivo de los derechos fundamentales parte de entender que estos derechos están destinados a garantizar la esfera de libertad del particular frente a intervenciones del Estado, pero además, tienen un cometido axiológico de validez universal, porque irradian en toda dirección y en todos los ámbitos del derecho. En consecuencia, el contenido de los derechos fundamentales, tiene un doble carácter. El primero, señala que son derechos de defensa, esto es, son acciones negativas del Estado frente al ciudadano, que le dan al titular del derecho según Alexy<sup>26</sup>, tres tipos de potestades: a) el derecho a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del particular; b) el derecho a que el Estado no afecte las situaciones o propiedades establecidas del titular; y c) el derecho a que el Estado no elimine las posiciones jurídicas fijadas del titular del derecho. El segundo, los derechos fundamentales son normas de principios, que junto a su concepción tradicional como derechos de defensa, forman un sistema de valores que se propaga por todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

Demos paso pues a los casos más relevantes de la jurisprudencia alemana, que coadyuvan a la implementación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

##### 3.1.1 LUTH URTEIL

El primer caso que sienta las bases para la denominada *Drittwirkung Der Grundrechte* es el denominado “Luth Urteil” de fecha 15 de enero de 1958<sup>27</sup>. El cual, versa sobre el derecho fundamental de libertad de expresión. Los hechos que dan origen a la controversia planteada en el caso son los siguientes:

---

<sup>26</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de E. Garzón Valdez. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1993. P. 138 y ss.

<sup>27</sup> Traducción de la Sentencia (Página 198) disponible al 17 de noviembre de 2009 en el sitio web: <http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/v580115.htm>

El 20 de septiembre de 1950, el Presidente Municipal de la Ciudad de Hamburgo y Presidente de la Oficina Estatal de Prensa, pronunció un discurso frente a distribuidores y directores de cine, a través del cual criticaba al representante de la industria alemana de cine ya que había pertenecido al régimen de Hitler y eso era inmoral para la industria. La casa productora Dominick-Film-Produktion GmbH inmediatamente interpuso demanda contra el Presidente Municipal a fin de que éste se retractara de lo dicho.

El 22 de Noviembre de 1951, la Corte Landgericht Hamburg pronunció el siguiente fallo: “El Demandado deberá restringirse de (1) hablar con administradores y distribuidores de cine con el objeto de no programar la película dirigida por Veir Harlan y de (2) instar a los alemanes a no ver dicho filme”. El Presidente Municipal, al observar lo sucedido, se ampara en contra de dicha decisión por encontrarla violatoria de su derecho de libertad de expresión, consagrado en el Artículo 5 I, 1 GG.

La Corte Constitucional decide que los derechos fundamentales influyen al derecho privado y que ninguna sentencia de derecho privado deberá estar en conflicto con dichos derechos y además tendrá que ser elaborada en atención al espíritu de la Constitución. El juez civil está obligado por los derechos fundamentales, y si expide una sentencia donde ignore esto, contraviene no solo el objetivo de la ley constitucional, sino también el objetivo de las normas subyacentes a la Constitución, pero sobre todo, en su carácter de poder público, contraviene a la Constitución en sí misma. En razón de lo anterior, el ciudadano puede invocar a la Corte Federal Constitucional un remedio a través del Verfassungsbeschwerde.

Posteriormente, la Corte Federal Constitucional se limita a constatar el efecto de “irradiación” de los derechos fundamentales sobre el derecho privado e implementa los valores inherentes a los preceptos constitucionales. Es decir, no verifica los errores que la sentencia pueda contener en general. En su sentencia, la Corte Federal Constitucional establece que la resolución que la Corte Estatal efectuó, es violatoria del derecho fundamental de libertad de

expresión y deberá ser remitida nuevamente a dicha Corte. Adicionalmente, señaló que en todos los casos, habrá que realizar un “balance de intereses” a fin de que no se infrinja un derecho superior en defensa de uno de menor envergadura.

La Corte concluye que los derechos fundamentales fueron creados principalmente para proteger al ciudadano en contra del Estado, pero según la Constitución, ellos también incorporan un objetivo en la escala de valores que aplica en todo el sistema legal. La esencia de los derechos fundamentales está expresada indirectamente en las reglas del derecho privado, más evidentemente en las provisiones mandatorias, y es utilizada en gran medida por los jueces en las cláusulas generales.

Asimismo, la Corte señala que los derechos fundamentales pueden ser infringidos por una decisión judicial que ignore el efecto de los derechos fundamentales en el derecho privado. Las decisiones del derecho privado están sujetas a la revisión por la Corte Constitucional, sólo respecto a violaciones de los derechos fundamentales y no respecto a errores de derecho en general. Las reglas de derecho privado pueden ser vistas como reglas generales que pueden restringir al derecho fundamental de libertad de expresión según el Artículo 5 II GG. Dichas reglas generales deben ser interpretadas a la luz del significado especial del estado libre y democrático del derecho de libertad de expresión.

Finalmente, la Corte establece que el derecho fundamental consagrado en el Artículo 5 GG protege no sólo la emisión de la opinión por si sola, sino también el efecto que tiene en otros. La expresión de una opinión favoreciendo a un boicot no necesariamente infringe la conducta propia; dependiendo en las circunstancias de dicha expresión, ésta puede estar justificada por la ley constitucional.

### 3.1.2 BLINKFÜER

Este caso<sup>28</sup> se da el 26 de febrero de 1969, y versa sobre la libertad de expresión y de prensa. Los hechos del caso fueron los siguientes:

El Demandante era un publicista y editor en jefe del periódico “Blinkfüer”, distribuidor principalmente en el área de Hamburgo. Las casas editoriales Axel Springer & Sohn KG, Hammerich & Lesser KG y Die Welt Verlags GmbH son los Demandados y publicaban numerosas ediciones de periódico.

En agosto de 1961, los Demandados enviaron a todos los administradores de periódicos y revistas en Hamburgo una circular que decía lo siguiente: “Los actos de violencia que el pueblo del Este de Berlín y la zona Este han soportado por semanas han desatado la indignación del mundo libre... Nosotros en la parte libre de Alemania no debemos permanecer en el silencio mientras ellos sufren. Cada individuo tiene el deber de proteger la libertad desde su propia trinchera. Los recientes eventos requieren decisiones claras de los publicistas de periódicos y revistas en Alemania. Es evidente que los gobernantes de la zona están usando la radio y la televisión como instrumentos de propaganda... En este sentido, es incomprensible para nosotros el que haya editores que se presten a imprimir programas de la zona Este para la diseminación de mentiras provenientes de Pankow. Por ello, debemos esperar que la gente responsable a cargo de los periódicos deje de transmitir información relativa a la zona Este. Estamos seguros que la mayoría de nuestros colegas comparten este punto de vista. En caso de que algunos editores permanezcan difundiendo este tipo de información, tendremos que considerar el seguir haciendo negocios con ellos”. La Circular además estaba acompañada por panfletos que decían: “No más programas del Este”.

El Demandante argumentaba que los Demandados estaban realizando actos de competencia desleal por boicotear su negocio, y por ello deberían de pagar una compensación por los daños causados.

---

<sup>28</sup> Traducción de la Sentencia disponible al 17 de noviembre de 2009 en el siguiente sitio web: [http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new/german/case.php?id=650](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=650)

La Corte Federal de Justicia determinó que los Demandados estaban haciendo uso de su derecho de libertad de expresión y por tanto merecían la protección del Artículo 5 (1) GG, que debería ser sobrepuesta a los intereses comerciales afectados del Demandante.

El Demandante lleva el caso a la Corte Constitucional y ésta señala que los medios utilizados por los Demandados para implementar el boicot en contra del Demandante deberían ser justificables al amparo de la Constitución, y decide que no eran armónicos con el derecho fundamental del Artículo 5 (1) GG. En general, si los Demandados hubieran boicoteado al Demandante a través de sus propios periódicos sin necesidad de enviar comunicaciones a otros periódicos y revistas, no existiría problema alguno; sin embargo, los Demandados buscaron mediante presiones económicas solucionar un conflicto político de opiniones, explotando así el monopolio que sostenían en Hamburgo.

Finalmente, la Corte no hizo mención en su sentencia acerca del derecho de libertad de prensa frente al de libertad de expresión.

### **3.1.3 REFORMA A LA LEY DE ABORTO DE 1974**

El caso comenzó cuando el Parlamento Alemán pasó la Reforma a la Ley de Aborto de 1974, que permitía el mismo durante las primeras doce semanas de concepción, así como el aborto en casos de necesidad médica. El aborto después de las 22 semanas era posible sólo para evitar el nacimiento de niños con múltiples defectos.

Poco después de que la Reforma fue publicada, emergieron ataques a la misma y la intervención de la Corte Constitucional en el asunto fue requerida. La Corte interpretó la Reforma a la luz de los preceptos constitucionales y determinó que era violatoria del Artículo 2 Constitucional que establecía que “toda persona tendrá el derecho a la vida y a la inviolabilidad de su persona”, y del Artículo 1 que proclamaba la “inviolabilidad de la dignidad humana”, debiendo el Estado protegerla y respetarla.



En virtud de lo anterior, la decisión de la Corte desarrolló el deber del Estado de proteger al feto, derivado de los derechos fundamentales como principios objetivos. Los derechos fundamentales requieren que la legislación tome acciones para proteger los intereses protegidos a nivel constitucional de violaciones perpetuadas por particulares. Luego entonces, las reformas legislativas no solo pueden ser declaradas inconstitucionales si limitan derechos fundamentales, sino también cuando no protegen de manera suficiente el derecho fundamental frente a las intrusionas de otros.

### **3.2 DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE EN COLOMBIA**

Tal y como lo menciona Bockenforde, una de las constantes del constitucionalismo reciente, al menos en aquel fuertemente influenciado por la doctrina alemana, es aceptar el doble carácter de los derechos fundamentales. Se conciben entonces como derechos subjetivos de libertad que hacen parte de la esfera jurídica de su titular y adicionalmente como normas objetivas de principio y decisiones axiológicas que tienen valor para todos los ámbitos del derecho<sup>29</sup>.

En Colombia, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos constitucionales, el Constituyente de 1991 previó expresamente la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, de ahí que no hayan tenido lugar los problemas procesales presentes en otros ordenamientos jurídicos, sobre la posibilidad de aplicar las garantías constitucionales en el tráfico *inter privados*.

La Constitución Colombiana admite la acción constitucional de defensa de los derechos fundamentales a las vulneraciones o amenazas que provienen de las autoridades públicas, y que establece la posibilidad de que la tutela proceda contra particulares, ya sea que éstos estén encargados de un servicio público o que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o

---

<sup>29</sup> Böckenforde, E. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden, Nomos. 1993. P. 95.

respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La doctrina de ese país ha aceptado sin mayores problemas la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; Eduardo Cifuentes señala que “en principio, la posición pasiva de la relación iusfundamental la ocupa el Estado, pero bien se puede residir en un particular si el contenido del derecho o la norma que los consagra reclaman constituir así su ámbito subjetivo”<sup>30</sup>.

El artículo 86, último párrafo de la Constitución de Colombia, acepta la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares:

*“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 afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.*

Dicho precepto constitucional ha producido un número importante de sentencias de la Corte Constitucional, y es precisamente en la sentencia T-251 de 1993 de dicho órgano, donde se sintetiza la justificación de la acción de tutela contra particulares:

“Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de Derecho fundado en el principio de solidaridad y prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a alguno de ellos se le encarga la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a

---

<sup>30</sup> Idem cit. 6.

detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad. La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria”.

En Colombia, por ende, se acepta la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones frente a particulares a través de la acción de la tutela, establecida por la propia Constitución, la cual opera, en este caso, cuando los particulares prestan un servicio público o cuando el demandante se encuentre en una relación de subordinación o de indefensión frente a otro particular.

Adicionalmente, la Constitución de Colombia establece el ejercicio del *habeas data* contra la entidad privada renuente a dar a conocer, actualizar o rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre alguna persona en bancos de datos y archivos, así como la rectificación de informaciones inexactas o erróneas que difunda un medio de comunicación masiva, aun siendo privado éste.

Los supuestos previstos por la norma constitucional para la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares son los siguientes:

#### 1. La prestación de un servicio público por un particular

Si bien el ya citado artículo 86 de la Constitución Colombiana prevé de manera general la posibilidad de interponer la tutela en contra de un particular que preste un servicio público, el Decreto Ley 2591 de 1991, en su artículo 42, introdujo una serie de restricciones a tal posibilidad:

- a) En primer lugar, limitaba los derechos tutelables (limitación que fue declarada inconstitucional).
- b) En segundo lugar, sólo contemplaba como destinatarios de la acción de tutela a los particulares que prestaran el servicio público de educación, el de salud y los servicios públicos domiciliarios.

Esto daba a entender que en los demás casos de prestación por un particular de un servicio público, o cuando se tratara de un derecho no específicamente contemplado por la regulación legal (antes de su declaratoria de inconstitucionalidad), no cabría interponer la acción de tutela. Sin embargo, la Corte Constitucional sorteó airoosamente tales obstáculos desde 1993, al sentar en uno de sus fallos una línea jurisprudencial que posteriormente aplicaría en otros supuestos similares.

Se trata de la sentencia T-507 de 1993, en donde la Corte se enfrentaba a la doble limitación antes expuesta: el particular demandado era una compañía que prestaba el servicio de correos (por lo tanto evidentemente no se trataba de ninguna de las modalidades de servicios públicos expresamente contempladas en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991), y además se le imputaba la violación del derecho de petición, un derecho que según el artículo 23 de la Constitución, en principio sólo era exigible frente al Estado, pues por expreso mandato constitucional su ejercicio frente a particulares estaba supeditado a la expedición de una reglamentación legal que hasta la fecha no ha sido promulgada.

Las barreras eran aparentemente infranqueables, pero no a juicio del juzgador, que en esa oportunidad sostuvo que la prestación de un servicio público por un particular transformaba a éste en autoridad pública, y en consecuencia, la procedencia de la tutela en estos casos no está limitada a los supuestos legalmente regulados. El fallo tiene graves incongruencias, y la argumentación utilizada deja mucho que desear; sin embargo, permite inferir, en principio, 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, como el derecho de petición”.

La justificación para tan especial vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, se encuentra a juicio de la Corte en la ruptura de la situación de igualdad que caracteriza las relaciones entre privados, ruptura provocada por la situación de preeminencia en que se coloca aquél que asume la prestación del servicio. Este argumento sería posteriormente desarrollado en la sentencia C-134 de 1994, donde la Corte sostuvo en esa oportunidad:

“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 (como de hecho lo autoriza el artículo 365 superior) 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”.

## 2. El particular cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo

La Corte ha definido que cabe la tutela cuando la conducta del particular que afecte grave y directamente el interés colectivo, vulnere derechos fundamentales de un asociado o de un conjunto de ellos. Si no hay vulneración de los derechos fundamentales, no procede la acción de tutela y habrá que recurrir a las acciones populares.

En cuanto a qué ha de entenderse por afectación grave y directa, la Sentencia T-219 de 1994, profundiza en su fundamento jurídico sobre esos conceptos. Para precisar el último extremo recurre a la definición dada por la Sentencia T-225 de 1993, según la cual 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".

### 3. La indefensión y la subordinación

En la Sentencia T-290 de 1993, la Corte define los conceptos de indefensión y subordinación:

"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, o 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 derechos carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de que se trate".

Pueden extraerse de la jurisprudencia de la Corte los siguientes ejemplos de subordinación:

a) Las relaciones laborales. Debido a que uno de los elementos constitutivos de la relación laboral en atención al Código Sustantivo del Trabajo es la subordinación. Básicamente no es necesario que la relación laboral continúe vigente, puesto que se ha afirmado a través de la jurisprudencia constitucional la subordinación de los pensionados en

relación a su antiguo patrono. Asimismo, se ha establecido la subordinación de los sindicatos a las empresas, cuando se trata de salvaguardar el derecho de asociación sindical<sup>31</sup>.

b) Subordinación de los hijos menores de edad frente a sus padres. Ésta comprende las relaciones derivadas de la patria potestad, y de la dependencia económica y afectiva de los menores de edad respecto de sus padres. A contrario-sensu, no existe subordinación cuando se trata de mayores de edad y plenamente capaces<sup>32</sup>.

c) Subordinación respecto de las juntas administradoras de los conjuntos residenciales. Mediante la Sentencia T-233 de 1994, la Corte sostuvo que existe subordinación de los particulares ante ciertas resoluciones adoptadas por las juntas administradoras o las asambleas de propietarios de conjuntos en los cuales habitan, puesto que éstas últimas cuentan con medios de coacción jurídicos o extra jurídicos sobre los residentes.

En relación a la figura de indefensión, el supremo intérprete constitucional ha declarado los sucesos en los cuales se configura:

a) Cuando se fuerza a un deudor a pagar una deuda, utilizando métodos extraprocesales que implican la divulgación pública y la imposibilidad de defensa de su condición<sup>33</sup>.

b) En caso de marginación social y económica del demandante, que puede agravarse si se trata de una persona de la tercera edad<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> A mayor abundamiento, favor de remitirse a los sitios web aquí descritos, a fin de leer las siguientes Sentencias: T-593 de 1992 (<http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/T-593-99.HTM>), T-161 de 1993 (<http://colegiatura.blogspot.com/2009/10/sentencia-corte-constitucional-t-161-de.html>), T-230 de 1994 (<http://co.vlex.com/vid/43558142>), T-833 de 1998 (<http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/T-833-99.HTM>), y T-526 de 1999 (<http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/T-526-99.rtf>).

<sup>32</sup> Véanse en los sitios web aquí detallados las siguientes Sentencias: T-290 de 1993 (<http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/T-290-94.rtf>), T-293 de 1994 (<http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/T-293-96.rtf>) y T-190 de 1994 (<http://www.justiciamilitar.gov.co/BancoMedios/Documentos%20Office/Sentencia%20T-190%20de%20abril%2027%20de%201995.doc>).

<sup>33</sup> Favor de remitirse a los sitios web aquí descritos con la finalidad de leer las siguientes Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional de Colombia: T-412 de 1992 (<http://www.andiarios.com/documentosjuridicos/SENTENCIAS/Sentencias Corte Constitucional/T-412-92.doc>) y T-411 de 1995 (<http://www.andiarios.com/documentosjuridicos/SENTENCIAS/Sentencias Corte Constitucional/T-411-95.doc>).

c) Cuando el demandante sufre una minusvalía física o psíquica, que lo coloca en posición de desventaja frente al demandado<sup>35</sup>.

#### 4. El habeas data

El artículo 15 de la Constitución Colombiana prescribe:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar todas las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.

Las primeras sentencias de la Corte en relación con el habeas data, se ocuparon de señalar la procedencia de la tutela en estos eventos, frente a la actitud renuente de los jueces ordinarios a otorgarla. Una vez dilucidado este aspecto inicial, la jurisprudencia adopta un claro matiz garantista y protector de los derechos de quienes solicitaban la rectificación o la enmienda de sus datos restringiendo en consecuencia la libertad de las empresas que elaboraban los registros; la Corte mantiene esta postura inicial hasta la Sentencia SU-082 de 1995, en donde da un brusco giro y decide favorecer el “interés general”, que en este caso a su juicio lo representan las entidades financieras encargadas de velar por los recursos captados del público, en detrimento del derecho a la “autodeterminación informática” de los deudores morosos.

A manera de conclusión sobre el análisis de la *Drittwirkung der Grundrechte* en Colombia, se puede decir que la actitud del Tribunal Constitucional ha contribuido definitivamente a que la tutela pierda su carácter de mecanismo de defensa judicial subsidiario y se convierta en la acción

---

<sup>34</sup> Remitirse a la Sentencia T-605 de 1992 (<http://www.ideam.gov.co:8080/legal/sentens/1992/t-605-1992.html>).

<sup>35</sup> Situación explícita en las siguientes Sentencias T-174 de 1994 (<http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/T-174-94.rtf>), T-024 de 1995 ([http://www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/CORTE\\_CONSTITUCIONAL/docs/1997/T-025-97.rtf](http://www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/CORTE_CONSTITUCIONAL/docs/1997/T-025-97.rtf)) y T-288 de 1995 (<http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/T-288-96.rtf>).



principal para debatir cualquier tipo de pretensión, lo que por una parte ha llevado a que se desdibuje la naturaleza de la garantía constitucional (en principio reservada para la alta misión de proteger los derechos fundamentales), y adicionalmente ha generado una inusitada congestión judicial pues ante el trámite preferencial de la garantía constitucional, las acciones judiciales ordinarias resultan siempre relegadas.

### **3.3 DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE EN ESPAÑA**

La *Drittwirkung der Grundrechte* empezó a desarrollarse en España a partir de la cuestión que suscita el Ministerio Fiscal de dicho país con respecto a la procedencia del recurso de amparo cuando un particular violenta la esfera jurídica que comprende los derechos fundamentales de otro individuo, a fin de que éste último sea protegido por la ley. El Tribunal Constitucional Español, en su sentencia del 22 de junio de 1983, señala entonces que solamente procederá el amparo cuando se pretenda judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia, previo el análisis de los hechos denunciados. Ya que en este supuesto, la propia sentencia estaría vulnerando el derecho fundamental en cuestión. En resumidas cuentas, consiste en una violación del derecho fundamental a través de la sentencia que niega el derecho frente al particular, esto porque la sentencia es una actuación pública del poder judicial del Estado y se pone en evidencia una inactividad de éste en la protección de la garantía constitucional, de ahí su procedencia.

La doctrina española ha estudiado el caso, y ha ejemplificado la necesidad de contar con mecanismos de reacción ante una violación de un derecho, sin importar si ésta proviene de un particular. La Constitución Española, en su artículo 53.1, dispone que: “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título (el Título I) vinculan a todos los poderes públicos”. A contrario-sensu, esta determinación podría interpretarse en el sentido de que tales derechos y libertades no vinculan a los particulares. Sin embargo, esa interpretación debe ser descartada pues la

Constitución debe ser interpretada de forma sistemática. Luego entonces, al traer a colación el artículo 9.1, que dice: “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Es evidente que los derechos contenidos en la Norma Suprema, vinculan a los ciudadanos al igual que a los poderes públicos.

Por todo lo anterior, muchos de los juristas españoles cuestionan el seguimiento que España ha efectuado del modelo alemán.

En España, el Tribunal Constitucional, en varias de sus Sentencias, ha sentado una doctrina que acepta en plenitud que en el Estado social de Derecho, los derechos fundamentales no se limitan a operar frente a los poderes públicos, sino que se proyectan en la vida social, vinculando de esta forma también a los particulares. En atención a lo dispuesto por el Alto Tribunal, la concretización de la Lex Superior hecha por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (al establecer la posibilidad de amparo tan sólo frente a las disposiciones, actos o simples vías de hecho de los poderes públicos), no debe interpretarse en el sentido de que los particulares sólo sean titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, pues “en un Estado social de Derecho como el que consagra el artículo 1.1 de la Comunidad Europea, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. Lo que sucede, razona de inmediato el Tribunal en su Sentencia STC 18/1984, del 7 de febrero, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Comunidad Europea), y a su vez, la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (artículo 9.1 de la Comunidad Europea), se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales, en el ámbito de sus respectivas funciones. De aquí resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de estos derechos y libertades, cuando los poderes públicos han violado tal deber.

No obstante lo anterior, la armonía formal del razonamiento mencionado no logra superar, a mi modo de ver las cosas, la contradicción expuesta. Si en un Estado social de Derecho, el titular de un derecho o libertad, lo es no sólo frente al Estado, sino también en la vida social, y por lo mismo, frente a los particulares, la lógica jurídica ha de conducir de modo inexcusable al pleno reconocimiento de la eficacia jurídica inmediata de esos derechos y libertades en las relaciones jurídicas *inter privatos*, circunstancia que es plenamente compatible con la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Español, en algunas resoluciones, ha enfocado la cuestión de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas desde el punto de vista de su consideración como mandatos de protección, pero normalmente lo ha hecho para solucionar el problema procesal derivado de la configuración del recurso de amparo por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como amparo frente a los poderes públicos, por lo que para permitir el acceso al amparo de quien había sufrido la vulneración del derecho fundamental, debía imputar tal vulneración al órgano judicial que había incumplido ese deber de protección. En algunas ocasiones, la consideración de los derechos fundamentales como mandatos de protección no ha venido condicionada por esa cuestión procesal y ha sido referida al legislador. Así, el Tribunal Constitucional, en la STC 129/1989 del 17 de julio, declara en su párrafo tercero:

“La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que repute a tal fin necesarias”.

Esta concepción de los derechos fundamentales como deberes de protección por el Estado, junto con la legitimación activa que se reconoce a los particulares en el artículo 34 del Protocolo Adicional 11 del Convenio Europeo

de Derechos Humanos, ha permitido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya condenado a Estados Parte por violación del citado Convenio en el caso de infracciones de derechos reconocidos en el Convenio provocadas por particulares, pero a las que los órganos judiciales del Estado no pusieron remedio.

En otro orden de ideas, para algunos doctrinarios españoles, como es el caso de Rafael Sarazá<sup>36</sup>, el exceso en la ampliación del ámbito protegido por los derechos fundamentales puede traer consigo en lo relativo a su eficacia en las relaciones entre particulares, el riesgo de transformar cualquier conflicto en un problema de derechos fundamentales: cualquier incidencia en las relaciones internas de una asociación legitimaría a los socios a invocar el derecho fundamental de asociación (y a promover incluso una demanda de protección de tal derecho fundamental con las especialidades previstas en la ley, tales como la intervención del Ministerio Fiscal, la tramitación preferente del proceso y los recursos, etc.) o cualquier acuerdo de una junta de propietarios decidiendo poner fin a una situación indebidamente tolerada en ocasiones anteriores, puede ser impugnada amparando el derecho a no ser discriminado. Se incurriría en una especie de “ius-fundamentalismo” que devaluaría la importancia de la protección de los derechos fundamentales y vendría en la práctica a perjudicar a aquellos sujetos que realmente sufrieran vulneraciones en sus derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Existe, pues, en este campo, una tensión entre la apertura de los derechos fundamentales para adaptarlos a las nuevas realidades sociales y al cambio en las ideas y en los comportamientos, y la no extensión excesiva del ámbito protegido por los derechos fundamentales, que los desvirtuaría. De este modo, la exigencia de un sistema coherente de derechos fundamentales, coherencia relacionada con la dignidad de la persona humana que les sirve de fundamento, no admite que se incluyan este tipo de minucias en la delimitación de su ámbito de protección, puesto que destruyen tal coherencia del mismo modo cuestiones trascendentes e intrascendentes.

---

<sup>36</sup> Cfr. Sarazá Jimena, Rafael. *Jueces, Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*. Tesis para obtener el grado de Doctor, dirigida por el Dr. Javier Pérez Royo. Universidad de Sevilla. Universidad de la Rioja. Logroño, 2008.

En esta misma línea de pensamiento, el jurista Konrad Hesse,<sup>37</sup> señala que los derechos fundamentales no deben trazar las líneas fundamentales del ordenamiento jurídico-privado, sino ser garantías específicas, puntuales para la protección de ámbitos especialmente amenazados de libertad humana, todo ello con el fin de evitar que el beneficio de una protección general y eficaz de los derechos fundamentales se convierta en la plaga de la inflación de los derechos fundamentales, con la cual, en su opinión, el Derecho privado tiene mucho que perder y los derechos fundamentales poco que ganar.

El Tribunal Constitucional Español, en algunas resoluciones, ha afirmado la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, apelando en unos casos a argumentos procesales, concretamente a la previsión de una vía civil para la protección de tales derechos en la ley 62/1978, y en otros casos a argumentos materiales, al afirmar con carácter general, que las relaciones entre particulares no quedan excluidas del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, que pueden ser vulnerados por actos privados, aunque subrayando la necesidad de realizar matizaciones, y reconociendo de modo más concreto tal eficacia en las relaciones laborales. Asimismo, la configuración legal, que no constitucional, del recurso de amparo, al concederse frente a las vulneraciones provocadas por un poder público, y en el caso de que éste sea un órgano judicial, exigirse que la imputación de la vulneración a su actuación u omisión sea inmediata y directa, ha provocado distorsiones en el tratamiento de la cuestión, porque para poder imputar la violación del derecho fundamental a la sentencia que no amparó frente a la violación de un derecho fundamental causada por la actuación de un particular, el Tribunal Constitucional ha limitado a veces la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a su función de deber de protección por parte del órgano judicial. En otros casos, el Tribunal Constitucional no hay hecho pronunciamientos expresos sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero al resolver el recurso de amparo ha partido del presupuesto implícito de tal

---

<sup>37</sup> Idem cit. 7.

eficacia (sobre todo en cuestiones laborales y en conflictos entre libertades de expresión e información y los derechos de la personalidad). Esta línea jurisprudencial, en la que se intercalan sentencias que para desestimar el amparo recurren al argumento de que los derechos fundamentales sólo rigen frente a los poderes públicos, o en las que sin un reconocimiento expreso de tal eficacia en las relaciones entre particulares se alcanzan resultados prácticos que otorgan una amplia eficacia a tales derechos en este tipo de relaciones jurídico-privadas, hace que también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español pueda hablarse del “espejismo” de la *Drittwirkung*.

En palabras de Sarazá<sup>38</sup>, es destacable la importancia que para los jueces ordinarios tiene la función de tutela ordinaria de los derechos fundamentales, en cuanto que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, les permite superar el plano de la simple legalidad y adentrarse en el de la constitucionalidad. Esto es el goce que implica la Constitución en la estructura judicial, que conecta el contenido normativo de la Constitución, en cuanto a derechos fundamentales se refiere, con la estructura orgánica que la Constitución diseña en cuanto establece el poder judicial como poder del Estado llamado a aplicar el Derecho.

La idea de que, en el sistema de justicia constitucional de protección de los derechos fundamentales, los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional comparten una misma función, que el amparo judicial y el amparo constitucional tienen una naturaleza no idéntica pero sí homogénea, es importante en lo que afecta a la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Frente a la postura de algunos autores que afirman que debe ser únicamente el Tribunal Constitucional quien declare en qué supuestos puede afirmarse la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, debe recordarse que la naturaleza de la intervención del juez ordinario al reconocer y amparar los derechos fundamentales no es, en su aspecto tuitivo, de naturaleza sustancialmente distinta a la intervención del Tribunal Constitucional al hacerlo en un recurso de amparo. Juez de los derechos

---

<sup>38</sup> Idem cit. 36.

fundamentales lo es, en primer lugar, el juez ordinario, y sólo de modo eventual y subsidiario el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, para el caso de que se entienda que el derecho fundamental no ha sido amparado en el seno de la relación jurídico-privada por el juez ordinario cuando procedía ampararlo. En este campo, lo que el Tribunal Constitucional puede hacer en un recurso de amparo al proteger un derecho fundamental vulnerado en una relación entre particulares, basándose directa o primordialmente en la Constitución cuando no exista un desarrollo infraconstitucional del mismo, puede y debe hacerlo el juez ordinario que conoció en primer lugar, y si no lo hace, el Tribunal Constitucional concederá el amparo frente a la resolución judicial que, pudiendo y debiendo haber amparado al titular del derecho fundamental vulnerado en la relación jurídico-privada, no lo hizo.

El Tribunal Constitucional Español ha recurrido a lo que algunos autores (como es el caso de José María Bilbao Ubillos) han llamado “finta alemana” o doctrina de la asunción judicial, al considerar que no son los actos de los particulares vulneradores de los derechos fundamentales, sino la resolución judicial que no lo remedió, el acto del poder público impugnado en amparo, al que se imputa el origen inmediato y directo de la vulneración del derecho fundamental, reconociendo que se trata de un mero “expediente técnico” para respetar las exigencias técnico-procesales del recurso de amparo. Este carácter de “mero expediente técnico” se descubre claramente cuando en ocasiones la sentencia del Tribunal Constitucional no se limita a anular la resolución judicial y a “reenviar” el asunto para que se dicte una nueva resolución respetuosa del derecho fundamental, sino que el Tribunal Constitucional repara directamente la vulneración causada por el acto del particular, anulando el despido u otra actuación empresarial contraria a los derechos fundamentales del trabajador, o estableciendo una indemnización a cargo del particular que vulneró el derecho fundamental por la vía indirecta de dejar subsistente la resolución del tribunal inferior tras anular la del tribunal superior. No obstante, esta técnica de la asunción judicial lleva en ocasiones al Tribunal Constitucional a confundir el plano procesal y el sustantivo, al extender los efectos de la técnica de la “asunción” o “imputación judicial” desde el campo de lo procesal, donde le sirve para permitir el acceso al recurso de amparo de

las vulneraciones de derechos fundamentales originadas en las relaciones entre particulares, al campo de lo sustantivo, donde convierte el conflicto de derechos fundamentales entre particulares en un conflicto entre el agraviado y el juez que resolvió el litigio judicial.

Una circunstancia muy comentada dentro del mundo jurídico español, es el hecho de que la *Drittwirkung* puede alterar el equilibrio entre el legislador, el Tribunal Constitucional y el Juez Ordinario, puesto que se entiende que con el reconocimiento de eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se está aumentando el campo de juego del juez ordinario y del constitucional en detrimento del legislador. En realidad, esto ocurre no tanto por el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, sino por la atribución de un carácter normativo a la Constitución, y afecta también a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-públicas en las que también es imposible un completo desarrollo legislativo de la eficacia de los derechos fundamentales.

No deben confundirse sin embargo, los problemas derivados de la normatividad de la Constitución con los problemas derivados de la *Drittwirkung*. Las objeciones que plantean los críticos de la *Drittwirkung* respecto de la inseguridad jurídica que se deriva de la aplicación a las relaciones entre particulares de normas abiertas e inconcretas como son las normas constitucionales sobre derechos fundamentales son igualmente predicables de su aplicación a las relaciones jurídico-públicas. Si la indeterminación y apertura de las normas constitucionales no son obstáculo para que generen directamente derechos en las relaciones jurídico-públicas, no se entiende que estas características impidan su eficacia en las relaciones jurídico-privadas. Por otra parte, no es cierto que esa indeterminación y apertura sean ajenas a las normas de derecho privado, puesto que en las que recogen cláusulas generales (buena fe, interdicción del abuso o del ejercicio antisocial del derecho, orden público, buenas costumbres, diligencia de un “buen padre de familia”, etc.) presentan esas mismas características y exigen asimismo un juicio de optimización o ponderación, por lo que la tesis de la *Drittwirkung* indirecta, que permite la eficacia de los derechos fundamentales en el Derecho



privado a través de tales cláusulas generales, tampoco resuelve los problemas de inseguridad jurídica. Son otras, pues las razones últimas para objetar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, y más bien apuntan a los bienes jurídicos e intereses protegidos en muchas ocasiones por el ordenamiento privado y las perturbaciones que para los mismos puede suponer el reconocimiento de eficacia directa a los derechos fundamentales en este sector del ordenamiento jurídico.

En el presente capítulo se analizaron los casos más relevantes que se han suscitado a raíz de la DG en Alemania, Colombia y España. Lo cual nos ha permitido entender las diferencias en la jurisprudencia de cada uno de esos países, pero sobre todo, las ventajas que podría traer la aplicación de dicha doctrina en México. Luego entonces, prosigamos con la postura que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado en conexión con la *Drittwirkung* y con el caso mexicano, para de esta manera arribar a la determinación de la mejor forma de implementar la DG en nuestro país.

#### **4. POSTURA DE LA CIDH Y CASO MEXICANO**

##### **4.1 DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

En 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) resolvió el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*<sup>39</sup>, que versaba sobre la desaparición forzosa de diversas personas, atribuida a la acción de agentes del Estado hondureño. En este caso, se suscitó la cuestión de que los agentes hubieran actuado por su cuenta, o incluso de que hubiesen intervenido personas ajenas al Estado.

La CIDH razonó lo siguiente: “La segunda obligación de los Estados parte es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a toda persona sujeta a

---

<sup>39</sup> Sentencia disponible al 18 de noviembre de 2009 en el siguiente sitio web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc)

privado a través de tales cláusulas generales, tampoco resuelve los problemas de inseguridad jurídica. Son otras, pues las razones últimas para objetar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, y más bien apuntan a los bienes jurídicos e intereses protegidos en muchas ocasiones por el ordenamiento privado y las perturbaciones que para los mismos puede suponer el reconocimiento de eficacia directa a los derechos fundamentales en este sector del ordenamiento jurídico.

En el presente capítulo se analizaron los casos más relevantes que se han suscitado a raíz de la DG en Alemania, Colombia y España. Lo cual nos ha permitido entender las diferencias en la jurisprudencia de cada uno de esos países, pero sobre todo, las ventajas que podría traer la aplicación de dicha doctrina en México. Luego entonces, prosigamos con la postura que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado en conexión con la *Drittwirkung* y con el caso mexicano, para de esta manera arribar a la determinación de la mejor forma de implementar la DG en nuestro país.

#### **4. POSTURA DE LA CIDH Y CASO MEXICANO**

##### **4.1 DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

En 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) resolvió el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*<sup>39</sup>, que versaba sobre la desaparición forzosa de diversas personas, atribuida a la acción de agentes del Estado hondureño. En este caso, se suscitó la cuestión de que los agentes hubieran actuado por su cuenta, o incluso de que hubiesen intervenido personas ajenas al Estado.

La CIDH razonó lo siguiente: “La segunda obligación de los Estados parte es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a toda persona sujeta a

---

<sup>39</sup> Sentencia disponible al 18 de noviembre de 2009 en el siguiente sitio web: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc)

su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención... La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre ejercicio de los derechos humanos. 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 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”.

En el razonamiento de la sentencia del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* se puede advertir la responsabilidad que tendrá el Estado por no prevenir o evitar actos de particulares lesivos de los derechos fundamentales.

La argumentación del caso *Adickes v. S.H. Kress & Co.* (398 US 144) de 1970<sup>40</sup>, presentado ante la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, fue la fuente directa de la cual la CIDH obtuvo su opinión en *Velásquez Rodríguez*. Este caso estableció que lo que es decisivo para determinar la existencia de una violación de derechos fundamentales es si las acciones de los individuos se efectuaron con el apoyo o tolerancia de la autoridad estatal. El caso *Adickes v. S.H. Kress & Co.*, así como los casos *Traux vs. Corrigan*<sup>41</sup>, *United*

---

<sup>40</sup> Sentencia disponible al 18 de noviembre de 2009 en el siguiente sitio web: <http://supreme.justia.com/us/398/144/case.html>

<sup>41</sup> Resuelto por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el año de 1921 y recopilado en el texto 257 US 312. Texto disponible al 18 de noviembre de 2009 en el siguiente sitio web: <http://supreme.justia.com/us/257/312/>

*States v. Prince*<sup>42</sup>, o *Joshua DeShanney v. Winnebago County Department of Social Service*<sup>43</sup>, son casos en los cuales no existe duda alguna de que el acto en violación de los derechos fundamentales fue perpetrado por un individuo particular. Sin embargo, la controversia surge cuando se determina el grado de participación estatal o implicación en el acto del particular, con el propósito de transformarlo en acción estatal, y con ello en un asunto de justicia constitucional.

Por otra parte, la CIDH inauguró, después del caso *Blake v. Guatemala*<sup>44</sup>, una nueva era en su jurisprudencia en la cual el estudio de la naturaleza de la norma violada se convertía en el argumento central para de esta manera incorporar el *Drittwirkung* en los derechos listados en la Convención.

En marzo de 1985, dos ciudadanos americanos fueron asesinados en Guatemala a manos de las Patrullas de Defensa Ciudadana. La Comisión Interamericana refirió el caso a la CIDH con el objeto de que la CIDH fincara responsabilidad a Guatemala con motivo de que las Patrullas de Defensa Ciudadana actuaron como agentes del Estado. El Gobierno Guatemalteco, que ya había sufrido de varias sanciones por las desapariciones de activistas políticos por miembros de la policía secreta, preparó una estrategia para evadir su responsabilidad. De acuerdo con el Gobierno Guatemalteco, la CIDH carecía de autoridad para fincar responsabilidad por la desaparición de ciudadanos americanos porque los hechos en los cuales se basaba la demanda constituían un “acto criminal del fuero común, que es clasificado como homicidio y asesinato, y no un caso de violación de derechos humanos, como lo son el derecho a la libertad y a la vida”.

---

<sup>42</sup> Resuelto por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el año de 1957 y contenido en los archivos de dicha corte con el numeral 352 US 322. Texto disponible al 18 de noviembre de 2009 en el siguiente sitio web: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=321&invol=158>

<sup>43</sup> Resuelto por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el año de 1989 y recopilado en el texto 489 US 189. Texto disponible al 18 de noviembre de 2009 en el siguiente sitio web: [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0489\\_0189\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0489_0189_ZO.html)

<sup>44</sup> Sentencia de fecha 24 de enero de 1998, Serie C, No. 36 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Texto disponible al 18 de noviembre de 2009 en el siguiente sitio web: [http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=18](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=18)

La CIDH decidió en este caso que las Patrullas de Defensa Ciudadana actuaron como agentes del estado debido a que recibieron recursos, armas, entrenamiento y, en ocasiones, ordenes directas de la milicia Guatemalteca. La aquiescencia del Estado en relación con las actividades de estos grupos paramilitares, permitió la extensión de responsabilidad a las autoridades Guatemaltecas. La Corte por si misma estaba consciente que en ocasiones es imposible demostrar un estado general de impunidad con respecto a este tipo de acciones, al igual que probar que las violaciones son atribuibles a la policía del Estado, o simplemente, el mostrar una conexión por pequeña que esta fuera con la autoridad estatal. La CIDH lidió con esta problemática en una serie de resoluciones en las cuales Colombia fue acusada de diversas violaciones a los derechos fundamentales, perpetuadas por guerrillas y grupos paramilitares, a pesar de una política activa en contra de estos grupos.

Asimismo, la CIDH en el caso *Comunidad de Paz de San José v. Colombia*, del 2002, estableció que para que la obligación general de respeto a los derechos fundamentales listados en el Artículo 1.1 de la Convención sea efectiva, “deberá ser impuesta no solo en relación con el poder del estado, sino también en las relaciones entre individuos particulares (grupos clandestinos, paramilitares o cualesquier otros)”.

#### **4.2 EL EFECTO DIRECTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS: OPINIÓN CONSULTIVA 18/03**

El 10 de mayo de 2002, México, basado en el Artículo 64.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, ingresó una petición de opinión consultiva a la CIDH. El motivo de esta petición era una sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

En marzo de 2002, la Suprema Corte de los E.U.A. decidió, en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*, que un trabajador indocumentado no tenía derecho a recibir pago alguno después de ser ilegalmente despedido por tratar de ejercitar los derechos otorgados por la

ley laboral, específicamente por la Ley Nacional de Relaciones Laborales. La Suprema Corte sostuvo que la prohibición de trabajar sin autorización, establecida por la ley migratoria, prevalecía sobre el derecho de formar parte de un sindicato.

La CIDH concluyó que en el contexto de una relación laboral en la cual el Estado es el empleador, el Estado debe respetar los derechos humanos. Pero esta obligación impuesta en el Estado no solo opera cuando el Estado es el empleador. También opera cuando, actuando como legislador, regula las relaciones entre particulares en la relación laboral. Sin embargo, la obligación del Estado va más allá debido a que éste debe ser responsable cuando una violación a los derechos fundamentales es cometida y “soportada por la directiva o política de un Estado que favorece la creación o el mantenimiento de situaciones discriminatorias en el campo de trabajo”. Entonces, la obligación de respeto contenida en el Artículo 1.1 es definida en tres aspectos de la autoridad estatal: primero, como una responsabilidad directa en su capacidad de empleador, segundo, como una obligación de hacer que su marco jurídico interno cumpla con las provisiones de la Convención, y tercero, como un ente de responsabilidad subsidiaria cuando a través de políticas públicas, promueve acciones y prácticas de terceros que constituyen violaciones a los derechos fundamentales.

Ahora bien, en una relación de trabajo efectuada entre individuos particulares, la CIDH establece que, siendo el principio de equidad un derecho *jus cogens*, y por ende obligatorio *erga omnes*, se requiere la adherencia a la Convención del Estado y de los individuos particulares. En cualquier caso, las consecuencias de la Opinión Consultiva 18/03, van más allá de la obligación del Estado de tener los recursos necesarios para la prevención y corrección de violaciones a los derechos fundamentales en relaciones privadas. La CIDH categóricamente declara sin ningún tipo de duda, que los derechos fundamentales son límites directos a las acciones de los individuos.

Es importante en este sentido, que los países latinoamericanos apliquen la jurisprudencia emanada de la CIDH puesto que de lo contrario, se

intensificará el déficit crónico de protección judicial que los habitantes de nuestro continente sufren en la actualidad.

#### **4.3 CONTEXTO MEXICANO SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES**

En México se sigue aceptando que los derechos fundamentales sólo pueden cobrar eficacia frente al Estado y que éstos no tienen razón de ser en las relaciones entre particulares; así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Es indudable que determinados derechos fundamentales, por naturaleza propia, sólo generan obligaciones frente al Estado; como ejemplo paradigmático podemos señalar el derecho a la tutela judicial efectiva. Pero también es cierto que existen derechos cuya eficacia se proyecta básicamente en las relaciones entre particulares, los derechos a la intimidad, al honor, a la propia imagen, a la libertad de cátedra o al derecho de huelga son un buen ejemplo de ello.

Adicionalmente, “el hecho de que algunas organizaciones privadas, como los partidos y los sindicatos, hayan adquirido una relevancia institucional, reconocida incluso en la propia Constitución, y el hecho de que las relaciones entre particulares aparezcan en muchos de los casos teñidas de finalidades e intereses públicos, obliga a presentar un panorama menos rígido en cuanto a los sujetos obligados por los derechos fundamentales”<sup>45</sup>.

#### **4.4 SITUACIÓN DE LA DOCTRINA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA MEXICANAS RESPECTO A LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Elías Díaz señala que “el establecimiento jurídico-constitucional de los Derechos Humanos fundamentales aparece, en efecto, como eje de todo

---

<sup>45</sup> Rafael de Asís Roig, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid, Debate, 1992, p. 205.

Estado de Derecho. Lo que, en definitiva, éste pretende frente al Estado absoluto del *ancien régime* y frente a todo Estado totalitario, es la protección, garantía y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales. El objetivo de todo Estado de Derecho y de sus instituciones básicas se centra en la pretensión de lograr una suficiente garantía y seguridad jurídica para los llamados derechos fundamentales, exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy un elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho”<sup>46</sup>.

Inicialmente, los derechos fundamentales fueron concebidos como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado y considerados carentes de razón en las relaciones entre particulares; una buena parte de la doctrina latinoamericana, y particularmente mexicana, sigue considerándolos de esta manera hasta la fecha.

Para Pedro Nikken, los Derechos Humanos implican obligaciones a cargo del gobierno, y es éste el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos; afirma este autor que, en sentido estricto, sólo el gobierno puede violar Derechos Humanos y añade: “Las ofensas a la dignidad de la persona pueden tener diversas fuentes, pero no todas configuran, técnicamente, violaciones a los Derechos Humanos. Éste es un punto conceptualmente capital para comprender a cabalidad el tema de los Derechos Humanos”<sup>47</sup>.

Nikken explica que la nota característica de las violaciones a los Derechos Humanos es que se cometen desde el poder público o gracias a los medios que éste pone a disposición de quienes lo ejercen; por ende, no todo abuso contra una persona o toda forma de violencia social son técnicamente violaciones a los Derechos Humanos. Los crímenes cometidos por los particulares no serán en estos términos una violación a los Derechos Humanos.

---

<sup>46</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid, Taurus, 1998, Pp. 49-52.

<sup>47</sup> Pedro Nikken, “*El concepto de Derechos Humanos*”, *Derechos Humanos. Lecturas*. Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 1998, P. 51.



En la doctrina mexicana prevalece la idea de que los derechos fundamentales pueden ser únicamente transgredidos por los órganos estatales, por lo que los mecanismos de defensa de estos derechos, particularmente el amparo, sólo pueden operar por actos de autoridad y no por los de particulares.

Por su parte, el jurista Jorge Carpizo admite la diferencia en los conflictos surgidos en las relaciones entre un servidor público y un particular y las relaciones entre particulares, y afirma: “Luego, los Derechos Humanos se precisaron y se garantizaron frente a la autoridad. Por ello es que, para que exista violación a un derecho humano, es necesaria la intervención de un servidor público”<sup>48</sup>.

También existen doctrinarios que aceptan que los derechos humanos pueden ser violentados por agentes particulares. Tal es el caso del Doctor Héctor Fix-Zamudio, quien propone el estudio de las violaciones que grupos sociales y económicos en situación de predominio provocan en la esfera de los derechos fundamentales.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hasta 1997, había reiterado el criterio de que sólo la autoridad o servidor público puede lesionar los derechos fundamentales. Sin embargo, en febrero de 1997, la Corte modificó su criterio, tal y como se aprecia en la siguiente transcripción literal:

**Registro No.** 199459

**Localización:**

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

V, Febrero de 1997

Página: 118

Tesis: P. **XXVII/97**

Tesis Aislada

Materia(s): Común

---

<sup>48</sup> J. Carpizo, *Algunas reflexiones sobre el Ombudman y los Derechos Humanos*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, P. 26.

**AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PUBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURIDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO.**

Este Tribunal Pleno considera que debe interrumpirse el criterio que con el número 300 aparece publicado en la página 519 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, que es del tenor siguiente: "AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. El término 'autoridades' para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen.", cuyo primer precedente data de 1919, dado que la realidad en que se aplica ha sufrido cambios, lo que obliga a esta Suprema Corte de Justicia, máximo intérprete de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a modificar sus criterios ajustándolos al momento actual. En efecto, las atribuciones del Estado Mexicano se han incrementado con el curso del tiempo, y de un Estado de derecho pasamos a un Estado social de derecho con una creciente intervención de los entes públicos en diversas actividades, lo que ha motivado cambios constitucionales que dan paso a la llamada rectoría del Estado en materia económica, que a su vez modificó la estructura estadual, y gestó la llamada administración paraestatal formada por los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal, que indudablemente escapan al concepto tradicional de autoridad establecido en el criterio ya citado. Por ello, la aplicación generalizada de éste en la actualidad conduce a la indefensión de los gobernados, pues estos organismos en su actuación, con independencia de la disposición directa que llegaren a tener o no de la fuerza pública, con fundamento en una norma legal pueden emitir actos unilaterales a través de los cuales crean, modifican o extinguen por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los gobernados, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado. Esto es, ejercen facultades decisorias que les están atribuidas en la ley y que por ende constituyen una potestad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable y que por tanto se traducen en verdaderos actos de autoridad al ser de naturaleza pública la fuente de tal potestad. Por ello, este Tribunal Pleno considera que el criterio supracitado no puede ser aplicado actualmente en forma indiscriminada sino que debe atenderse a las particularidades de la especie o del acto mismo; por ello, el juzgador de amparo, a fin de establecer si a quien se atribuye el acto es autoridad para efectos del juicio de amparo, debe atender a la norma legal y examinar si lo faculta o no para tomar decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente la esfera jurídica del interesado, y que deben exigirse mediante el uso de la fuerza pública o bien a través de otras autoridades.

Amparo en revisión 1195/92. Julio Oscar Trasviña Aguilar. 14 de noviembre de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: José Pablo Pérez Villalba.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diez de febrero en curso, aprobó, con el número XXVII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a diez de febrero de mil novecientos noventa y siete.

Nota: Esta tesis interrumpe el criterio sustentado en la tesis jurisprudencial número 300, de rubro: "AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.", publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, página 519.

Con esta tesis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación abandona el criterio precedente que databa del año 1919, en el que se definía como autoridad para efectos del juicio de amparo sólo a aquellas que dispusieran de la fuerza pública.

El nuevo criterio amplía el término de autoridad y lo extiende a todos aquellos funcionarios que pueden emitir actos unilaterales que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que pueden afectar la esfera legal del gobernado. De esta manera, las autoridades de organismos descentralizados y de empresas de participación estatal también son consideradas para efectos del juicio de amparo y se deja al juzgador determinar si el acto emitido afecta la esfera jurídica del gobernado.

#### **4.5 PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE AMPARO EN MÉXICO**

El empequeñecimiento del Estado en el siglo XX y el correlativo fortalecimiento del denominado Estado Intangible (entendido como los entes de derecho privado que ejercen funciones de naturaleza pública), implica que los individuos se encuentran expuestos en la actualidad a un fuego doble: el del Estado y el de los otros particulares.

Tenemos múltiples ejemplos de casos en los que se violentan derechos fundamentales por particulares: sujetar la contratación de trabajadores a su renuncia expresa al derecho de sindicación, exclusión de la prestación de servicios o de la participación en actividades por razones de raza, sexo, u otros motivos que entrañan discriminación, obligar a las mujeres a mantenerse célibes o infecundas como condición para preservar un empleo.

Debido a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación presentó en el 2001 el proyecto de reformas a la Ley de Amparo. Dicho proyecto incluye cambios en cuanto al concepto de autoridad responsable. En relación a la Constitución, se propone reformar el artículo 103:

Texto Vigente:

Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales;
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y
- III. Por leyes o actos de las autoridades de los estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Texto Propuesto:

Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra la Constitución o los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con la propia Constitución, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado.

El cambio propuesto implica un nuevo concepto de autoridad responsable en la Ley de Amparo al dejar de aludir a un órgano de poder cuando se habla de autoridad responsable:

Texto Vigente:

Artículo 11. Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado.

Texto Propuesto:

Artículo 4. Son parte en el juicio de amparo:

I...

II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de la naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Héctor Fix-Zamudio en 1984 argumentó la necesidad de modificar el concepto de autoridad responsable al señalar: “Se sigue utilizando, al menos en la legislación y la jurisprudencia de nuestro país, un concepto superado de autoridad, como los entes, organismos y funcionarios públicos que de manera directa disponen de los medios coercitivos para imponer sus determinaciones a los gobernados y, en forma más simple, a los órganos directos del Estado, especialmente de la administración”<sup>49</sup>.

En este sentido, precisamente la exposición de motivos de la reforma a la Ley de Amparo contiene un punto de vista que coincide con lo señalado por Fix-Zamudio: “El derecho administrativo moderno presenta múltiples casos en los que los organismos descentralizados e inclusive personas particulares, realizan funciones que originalmente prestaba el Estado y que en su actividad pueden afectar la esfera jurídica de los particulares. Así las cosas, el Proyecto de Reforma propone un concepto abierto que permita su actualización a través de la interpretación jurisdiccional” (SCJN).

No obstante que la reforma a la Constitución y a la propia Ley de Amparo, garantizaría cabalmente la eficacia de los derechos fundamentales

---

<sup>49</sup> Fix-Zamudio, Héctor. *La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales*. Revista de la Facultad de Derecho, México, UNAM. 1984. P. 133-136.

frente a particulares, los esfuerzos para que se realice son enormes y difícilmente alcanzables para su implementación.

Por todo lo anterior, se propone mejor el copiar el modelo alemán o español, de tal forma que se aplique una horizontalidad mediata o indirecta, a través de los tribunales mexicanos. Es decir, que se pugne porque el efecto de “irradiación” de los preceptos constitucionales sea reconocido por la jurisprudencia nacional y de esta manera las resoluciones de los tribunales civiles cumplan con el espíritu de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna.

## CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado en el presente documento, considero que no es válido seguir sosteniendo que los derechos fundamentales sólo pueden ser transgredidos por el poder público, y por tanto, sólo ante él pueden oponerse mecanismos que los tutelen. Es evidente que buena parte de estos derechos se realizan en la vida social de los hombres, con lo que la desprotección de los mismos en dicho ámbito los convertiría en fórmulas huecas y sin sentido.

En la sociedad contemporánea, la igualdad formal ante la ley no supone una igualdad material entre los individuos, por lo que el disfrute de los derechos fundamentales se ve en muchas ocasiones amenazado por la existencia en el ámbito privado de grupos de poder no menos importantes que los órganos del poder público.

En adición a lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad del derecho privado no puede ser conservado como un dogma inamovible en razón de que la desigualdad material entre los individuos no ofrece las pretendidas situaciones de igualdad, paridad y simetría, basadas en la creencia de individuos libres e iguales creada por la doctrina liberal clásica.

Actualmente, el derecho se ha diversificado en la creación de múltiples leyes de carácter sectorial y temporal, con lo cual pierden en alguna medida sus características de generalidad y abstracción. Así, el principio de generalidad de la ley ha ido desapareciendo en las sociedades contemporáneas, particularmente por la participación de grupos e intereses muy diversos que intervienen en la elaboración de las leyes.

Es innegable que el poder no radica únicamente en los órganos del Estado, los grandes grupos económicos e ideológicos comparten en buena medida con los órganos públicos el poder en la sociedad e, incluso, influyen de forma decisiva en las decisiones del poder político. Motivo por el cual, los derechos fundamentales no sólo pueden ser vulnerados por los órganos

estatales, sino por otros sectores que se encuentran en una situación de supremacía (ya sea que ésta provenga de *jure* o de *facto*).

Con este marco contextual, parece indispensable que los derechos fundamentales cobren eficacia y puedan ser opuestos no sólo ante los órganos estatales, sino ante los demás grupos e individuos que puedan transgredirlos. Los derechos no deberán restringirse hasta en tanto no colisionen con otros derechos, que será donde encuentren su límite; no se trata desde luego de un conflicto o enfrentamiento entre derechos, sino de buscar su armonía y compatibilidad dentro de un sistema jurídico.

La relación entre la Constitución y las normas infraconstitucionales no es de mera jerarquía sino de supremacía por cuanto que además de su condición jerárquicamente superior, la Constitución, y dentro de ella muy especialmente la regulación de los derechos fundamentales, desarrolla una función de irradiación sobre el resto del ordenamiento jurídico. Esta trascendencia de los derechos fundamentales en la totalidad del ordenamiento jurídico está vinculada de modo importante al reconocimiento de su doble carácter: además de ser derechos subjetivos, son normas objetivas de principio, que encarnan un orden objetivo de valores y actúan en todos los ámbitos del Derecho, no sólo en aquellos en los que el Estado participa directamente en las relaciones jurídicas.

Tal como lo afirma Bobbio<sup>50</sup>, el problema más grave de nuestro tiempo frente a los derechos fundamentales no es su justificación, sino su protección, pues no se trata de saber cuántos y cuáles son estos derechos, cuál es su naturaleza y su 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 vulnerados.

---

<sup>50</sup> Bobbio, Norberto. *L'illusion du fondement absolute. La Nuova Italia, Institut International de Philosophie*. 1996. Pp. 5 y ss. 2ª ed. Madrid. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1974. Pp. 337 y ss.



Por todo lo anterior, pienso que en México es importante desterrar la idea de que sólo el poder público puede violentar los derechos fundamentales y pensar y proponer los mecanismos de defensa de los mismos en contra de dichas transgresiones, por demás evidentes, en que pueden incurrir los particulares, para que estos derechos puedan desarrollar su eficacia plena en todos los campos de las relaciones sociales.

En éste trabajo he mostrado las dos maneras de implementar la doctrina *Drittwirkung der Grundrechte* en México: vía indirecta (a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde prescriba el efecto de irradiación de la Constitución sobre el derecho privado, tal y como ocurre en Alemania y España), o bien, vía inmediata o directa (que implicaría desde luego la reforma a la Constitución, concretamente al artículo 103, y a la Ley de Amparo en sus artículos 4 y 11).

## BIBLIOGRAFÍA

### **Autores:**

Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. México, D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1968.

Fix-Zamudio, Héctor. «La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales.» Revista de la Facultad de Derecho, México, UNAM (1984): 133-136.

Garza, Oscar Barrera. Compendio de Amparo. Mexico, D.F.: McGraw-Hill Interamerica, 2006.

Grau, Maria Venegas. Derechos Fundamentales y Derecho Privado: Los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares y el Principio de Autonomía Privada. Madrid: Marcial Pons Librero, 2004.

Hesse, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado. Madrid: Cuadernos Civitas Ediciones, 1995.

Irujo, Antonio Embid. «El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado.» Revista Española de Derecho Administrativo 25 de junio de 1980: 191,204.

Muñoz, Eduardo Cifuentes. La eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

Nación, Suprema Corte de Justicia de la. Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, D.F.: SCJN, 2001.

Nipperdey, H.C. Die Würde des Menschen. Berlin: K.A. Bettermann y H.C. Nipperdey, 1954.

Padilla, Miguel M. Lecciones sobre Derechos Humanos y garantías. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 1993.

Rozo, Carlos. La política macroeconómica en México. Crítica del modelo de desarrollo. Siglo XXI Editores. México, 1998. Página 9.

**Legislación:**

Constitución Política de la República de Colombia.

Decreto 2591 de 1991. Localizado en el Diario Oficial No. 40.165, del 19 de noviembre de 1991.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del Reino de España.

**Revistas:**

Starck, Christian. «Derechos Fundamentales y Derecho Privado.» Revista Española de Derecho Constitucional (2002): 65.

**Sitios Web:**

Página Web de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Reporte Global de los Derechos Humanos en México: Un Diagnóstico en Cifras. Disponible al 18 de noviembre de 2009 en el siguiente sitio: [http://www.cndh.org.mx/diagnosticoencifras/demoDB.asp?Id\\_Estado=33&Id\\_Diag=9](http://www.cndh.org.mx/diagnosticoencifras/demoDB.asp?Id_Estado=33&Id_Diag=9)