

PROTECCIÓN HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ABRIL USCANGA BARRADAS¹

SUMARIO: I. Una transición en la conceptualización de los derechos. II. La Polisemia del término “Derechos Fundamentales”. III. Doble función de los derechos fundamentales. IV. Sujetos obligados por los derechos fundamentales. V. Modificación de situaciones jurídicas del individuo: Derecho a protección, derecho a defensa y deber de protección. VI. Drittwirkung. VII. Fuentes Consultadas.

I. UNA TRANSICIÓN EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

La idea de lo que posteriormente se consolidaría con la denominación de derechos humanos surge bajo el reconocimiento de éstos como derechos naturales y tiene antecedentes remotos, ejemplo de ello es: la Carta Magna de Inglaterra del año 1215, el rey Juan sin Tierra se vio obligado a aceptar que nadie podía invalidar los derechos de las personas²; la declaración de independencia estadounidense del cuatro de julio de 1776³ que sostenía la igualdad de los hombres dotados de

¹ Doctora y Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, actualmente Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM y Directora de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM. Correo electrónico: auscangab@derecho.unam.mx. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>.

² Université d'été, UEDH, El Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos, Genève, en http://www.aidh.org/uni/Formation/00Home_e.htm; Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2698/17.pdf> [consultado el 18 de octubre de 2011].

³ “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. — That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed” The Declaration of Independence, In congress, July 4, 1776 The unanimous Declaration of the thirteen united States of America, en <http://www.ushistory.org/declaration/document/> [consultado en noviembre de 2011]. lo anterior se traduce: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los

derechos inalienables. Además, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, establece a los ciudadanos como sujetos iguales quienes deciden crear sus instituciones⁴; la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁵, no se dirigía exclusivamente contra las intervenciones del Estado sino también en contra de los particulares; la declaración Universal de Derechos Humanos del diez de diciembre de 1948, considera que todo humano debía ser protegido por un régimen de derechos iguales e inalienables.⁶

Aunque se ha considerado de forma convencional que los derechos se consagraron en gran medida en oposición al Estado, no debemos olvidar que las teorías contractualistas consideran a los derechos naturales como derechos entre sujetos privados preexistentes al Estado por lo que el pacto que da surgimiento al poder público no desvirtúa esta situación, sino por el contrario, tiene existencia para su defensa (traducida en un deber de protección).⁷

governados” La Declaración de Independencia, National Archives, en <http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html> [consultado en Noviembre de 2011].

⁴ “We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America”. United States Senate, Constitution of United States, en http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec1 [consultado en noviembre de 2011]. Se traduce de la siguiente forma: “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el fin de formar una unión más perfecta, establecer justicia, garantizar la tranquilidad nacional, atender a la defensa común, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de libertad para nosotros mismos y para nuestra posteridad, por la presente promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América”. http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/le/constitution_sp.pdf [consultado en noviembre de 2011].

⁵ Université d’été, UEDH, des droits de l’homme, Genève, http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm [consultado en noviembre de 2011]. La constitución en su artículo 1º y 3º establece lo siguiente:

“Art. 1º: Los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e iguales en cuanto a sus derechos. Por lo tanto, las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública.

“Art. 3º: La nación es esencialmente la fuente de toda soberanía; ningún individuo ni ninguna corporación pueden ser revestidos de autoridad alguna que no emane directamente de ella”.

⁶ Art. 1º Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> [consultado en noviembre de 2011].

⁷ Anzures Gurría, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2010, núm. 22, enero-junio, pp. 6 y 9, Acervo de la biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en

La ideología de los Estados liberales burgueses cambió la concepción jurídico-política del derecho natural, de modo que a finales del siglo XIX y principios del XX, predominó la idea de que los derechos debían ser considerados oponibles en las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos (relación de verticalidad),⁸ de tal forma que estos son creados y reconocidos para los ciudadanos como concesión del Estado.⁹

La teoría vertical entiende al Estado como protector y vulnerador de los derechos casi de manera única, ya que se considera que éste es el único que cuenta con el poder suficiente para imponer a los particulares su voluntad, dejando fuera de la escena a los poderes privados. Fue hasta los años cincuenta del siglo XX, donde se empezó a cuestionar la eficacia de los derechos (considerados como fundamentales, en tanto previstos en una norma positiva) limitada a las relaciones entre los particulares y el Estado.

Es así como se empezaron a plantear nuevos escenarios jurídicos y a establecer la posibilidad de ampliar la circunscripción de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares.¹⁰

Luigi Ferrajoli, ha planteado la existencia de un escenario de crisis en el derecho que se manifiesta en una crisis de legalidad, crisis del Estado social y crisis del Estado Nacional.

1. La crisis de la legalidad significa la ausencia o ineficacia de los controles, provocando “la fenomenología de la ilegalidad del poder”, esta corrupción ha

<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst22/CUC000002201.pdf>; y Rafael Sarazá, Jimena, *Jueces, Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*, Universidad de la Rioja, España, 2008, pp. 13 y 14.

⁸ Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 87; Prieto Sanchis, Luis, *Estudio sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 205; Rafael Sarazá, Jimena, *op cit.*, nota 7, pp. 11, 20 y 24.

⁹ *Ibidem*, p.12.

¹⁰ Anzures Gurría, José Juan, *op cit.*, nota 7, p. 4; Rafael Sarazá, Jimena, *op cit.*, nota 7, p.24.

abarcado varios ámbitos (político, de la administración pública, las finanzas, economía) creando poderes paralelos similares al poder del Estado.

2. La crisis del Estado social surge del encuentro de los paradigmas del Estado de derecho (consistente en el conjunto de límites impuestos al poder público para tutelar los derechos de libertad del ciudadano) así como el relativo al Estado social (que de manera inversa demanda a los poderes prestaciones positivas, derechos sociales).

Esta crisis se identifica por la inflación legislativa debido a presiones de intereses sectoriales o corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de legislación fragmentaria.

3. La crisis del Estado Nacional se identifica por una alteración en la forma de entender la soberanía, una desvinculación de la soberanía de los Estados como parte del proceso de integración mundial (ej. unión europea) que trae como consecuencia el debilitamiento del constitucionalismo.¹¹

Ferrajoli menciona que las crisis descritas tienen como característica general la falta del principio de legalidad, poniendo en entredicho la soberanía popular y el Estado de derecho, esto ocasiona un poder público carente de límites y de control, gobernado por intereses fuertes y ocultos.¹²

En el contexto anteriormente relatado, resulta fundamental hacer una profunda revisión sobre las diversas consideraciones del alcance de la protección de los derechos en las distintas relaciones entre sujetos públicos y privados, con la finalidad de ampliar la gama de posibilidades de defensa de los ciudadanos ante los

¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 6ª. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2009, pp. 15-17.

¹² *Ibidem*, p.17.

diversos poderes existentes que, de acuerdo con el escenario de crisis anteriormente descrito, suponen un reto para la eficacia de los derechos.

II. LA POLISEMIA DEL TÉRMINO “DERECHOS FUNDAMENTALES”

En la actualidad no existe consenso en la definición de los derechos fundamentales, de esta forma diversos autores han expuesto sus posturas que pueden ser entendidas como resultados útiles a una realidad concreta.

Por su parte, para Gerardo Pisarello la definición de los derechos fundamentales como estrategias dirigidas a proteger los intereses y necesidades que son considerados vitales en una sociedad, aunque podríamos alegar que ésta definición no es la más adecuada debido a que no contempla estipulaciones valorativas, y por consiguiente, los derechos fundamentales podrían ser tanto los derechos de los más poderosos como de los más débiles.¹³ Lo cierto es que esta definición permite ampliar la protección de los derechos fundamentales frente a posibles interferencias de terceros, ya sean poderes públicos o privados.

Otra definición (puramente formal, de acuerdo con su autor) de los derechos fundamentales es propuesta por Luigi Ferrajoli, quien los define como derechos subjetivos¹⁴ que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto están dotados de estatus de personas, ciudadanos o capacidad de obrar.¹⁵ De acuerdo con Ferrajoli, serían fundamentales únicamente aquellos derechos que se encuentran en un ordenamiento jurídico positivo.¹⁶ Para esta concepción, los

¹³ Pisarello, Gerardo, *Los derechos fundamentales*, Apuntes inéditos del curso Derechos Fundamentales y Globalización impartido en la Universidad Complutense de Madrid, España, 2008, pp. 2 y 3

¹⁴ Se puede entender a los derechos subjetivos como cualquier expectativa de prestación o de no lesión (positiva o negativa) que las normas jurídicas le otorgan al sujeto, por lo que su vulneración puede dar lugar a algún tipo de reclamo frente a las instancias jurisdiccionales. Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al*, Trotta, 2001, p. 295; Pisarello, Gerardo, *op cit.*, nota 13, pp. 2 y 3.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, *cit.*, nota 11, p. 37; Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos...*, *cit.*, nota 14, p. 295.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, *cit.*, nota 11, p. 20.

derechos fundamentales constituyen el parámetro para la validez de las demás normas del ordenamiento.

En este sentido, las normas no sólo tendrían una dimensión formal sino también sustancial. Así, una ley violatoria de los derechos fundamentales (tratos crueles, inhumanos o degradantes) a pesar de que tenga vigencia es inválida y susceptible de anulación.¹⁷ Esto podría reducirse en que no todo derecho vigente es válido, porque la vigencia no se debe tomar desde la validez del positivismo clásico.

Por otra parte, Robert Alexy entiende a los derechos fundamentales como medios de protección que van más allá de derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Se considera que limitarse a establecer la influencia de las normas iusfundamentales sólo para las relaciones entre Estado-ciudadano, proporciona una definición incompleta, toda vez, que las normas iusfundamentales tienen también influencia en la relación ciudadano-ciudadano y por lo tanto tienen efectos en terceros, también conocido como efecto horizontal.¹⁸

La relación que se presenta entre Estado y ciudadano consiste en el derecho de un particular frente a un deber del Estado y un deber de un particular frente a una facultad del Estado, es decir, que el Estado no ostenta derechos fundamentales. Por ejemplo, el Estado no tiene derecho a que yo pague mis impuestos, a que me detenga ante una luz roja del semáforo, a que haga mi servicio militar, a rendir honor a los símbolos patrios. El Estado lo que ostenta es una facultad para hacerme cumplir con mi deber.

En cambio, el problema que se presenta para determinar en qué medida las normas iusfundamentales tienen efectos en las relaciones entre particulares (efecto horizontal) remite a un problema de colisión, esto es debido a que la relación entre

¹⁷ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

¹⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993, pp.506 y 507; Prieto Sanchis, Luis, *op cit.*, nota 8, p. 209.

Estado y ciudadano construye una relación un titular de derechos fundamentales y un no titular de derechos fundamentales, mientras que las relaciones ciudadano-ciudadano, constituyen una relación entre dos titulares de derechos fundamentales.¹⁹

III. DOBLE FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Habiendo mencionado lo anterior, es de mencionarse que los derechos fundamentales juegan una doble función en el sistema jurídico: La función subjetiva y la función objetiva.²⁰

La función subjetiva implica el entendimiento de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos que faculta a los particulares para limitar jurídicamente al Estado liberal, donde la eficacia de los derechos fundamentales es concebida como una función que resulta de la necesidad de proteger la libertad individual únicamente frente a las relaciones de desigualdad formal que se presentan con el Estado.²¹

Esta perspectiva limita la posibilidad de establecer la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* debido a que la teoría liberal indica que los poderes públicos son la única amenaza para los derechos y que no existen otros agentes que pudieran vulnerar los derechos.²²

La función objetiva se caracteriza por la capacidad irradiadora de las normas constitucionales de derechos fundamentales, éstas pueden ser identificadas por el

¹⁹ Alexy, Robert, *op cit.*, nota 18, p.511.

²⁰ Peces-Barba, G., "De la función de los derechos fundamentales", en *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, Madrid, Dykinson, 1999, p.136, citado por Mijangos y González, Javier, *Los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, análisis del caso Mexicano*, México, Porrúa, 2007, p. 5.

²¹ Perez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1988, p. 22; Mijangos y González, Javier, *op cit.*, pp. 5 y 6.

²² Zúñiga Padilla, Luis Fernando, "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en la jurisprudencia mexicana", p. 277, en https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/La_eficacia.pdf [consultado en noviembre de 2011].

carácter más abstracto y general que poseen el cual permite identificar, unificar e integrar a las demás normas secundarias que se encuentran en el sistema o conjunto de subsistemas. Son valores supremos que rigen para todo el ordenamiento jurídico y fungen para el Estado como deber de protección.²³

Tiene como principio la tesis de irradiación por la cual se entiende que las normas iusfundamentales contienen además de derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, un orden valorativo objetivo que indica directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia.²⁴

Esta concepción postula que no existe razón para que el efecto identificador se limite, sino que debería de alcanzar a todas las relaciones jurídicas, que existan en el sistema, es decir que se incluyen las relaciones entre particulares.²⁵

Para efectos del presente trabajo es indispensable abordar la función objetiva, para identificar los sujetos obligados por los derechos fundamentales.

IV. SUJETOS OBLIGADOS POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales como límites al poder, no tienen por qué entenderse como oponibles únicamente frente al Estado, ni establecer como primer análisis para su procedencia la cualidad pública o privada de los sujetos obligados, “Lo que singulariza a los derechos fundamentales, aquello que los distingue del resto de los derechos, es su especial fuerza y resistencia ante las decisiones estatales, pero probablemente ello ha terminado ocultando su cualidad primaria y esencial de derechos subjetivos potencialmente oponibles frente a todos”.²⁶

²³ Peces-Barba, G., “De la función de los derechos fundamentales” en *Derechos Sociales y Positivismos Jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, p.136, citado por Mijangos y González, *op cit.*, p. 6.

²⁴ Alexy, Robert, *op cit.*, nota 18, p. 507.

²⁵ Mijangos y González, Javier, *op cit.*, nota 20, pp. 6 y 7; Zúñiga Padilla, Luis Fernando, *op cit.*, nota 22, p. 277; Anzures Gurría, José Juan, *op cit.*, nota 7, pp. 13 y 14.

²⁶ Prieto Sanchis, Luis, *op cit.*, nota 8, p. 206.

La procedencia en la protección de los derechos fundamentales debe analizarse en primer término a partir de la existencia de una violación en los derechos del particular independientemente de que la calidad de los sujetos que realizan la vulneración sea pública o privada. Podemos entender de esta manera que un sistema que se pretenda garantista de derechos, no únicamente se ocupa del reconocimiento de derechos, éste realizará la determinación de la esfera de sujetos obligados.²⁷

De esta forma, encontramos que en la historia ha existido una disparidad de poder entre los mismos individuos, lo que genera desigualdad y en algunas ocasiones vulneración de derechos entre particular-particular, mostrándonos que la falta de regulación ha sido una omisión importante del Estado,²⁸ como se aprecia en los siguientes ejemplos:

- a. En 1875, El propietario de una posada en Topeka, Kansas llamado Murria Stanley, prohibió a Bird Gee (un cliente de raza negra) que se reuniera para comer y cenar con los demás comensales en la mesa de la taberna;
- b. Finalizada la segunda guerra mundial, el director de una agencia de prensa en Hamburgo, Erich Lüth, alegó ante tribunales la violación de su derecho a la libertad de expresión por haber sido condenado por tribunales ordinarios a cesar el llamamiento a boicot de la película *la amada inmortal*;
- c. En 1971, Margarita Vila alegó la violación de su libertad religiosa, bajo los siguientes antecedentes: era empleada de empresa gallega Industrial Dik, al unirse y ser bautizada por la Iglesia adventista del séptimo día, la cual impone a sus miembros la inactividad laboral desde la puesta de sol del viernes a la del sábado, solicito a la empresa donde laboraba su cambio de turno a fin de cumplir con sus obligaciones adventistas²⁹;

²⁷ *Ibidem*, p. 207.

²⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, cit., nota 11, p. 41.

²⁹ Mijangos y González, Javier, *op cit.*, nota 20, p. XXI.

- d. En Argentina, el once de junio de 1988 Dalmiro Sáenz, en el programa televisivo de Gerardo Sofovich, expresó un discurso con palabras ofensivas, irrespetuosas y blasfemas sobre Jesucristo y la Virgen María. Miguel Ekmekdjian interpuso acción de amparo, fundándose en el derecho de réplica, al sentirse profundamente lesionado en sus sentimientos religiosos por las frases de Sáenz;³⁰

- e. En 1995, en Colombia se presentaba la “lista Clinton”, este hecho violentaba los derechos de varios ciudadanos colombianos, entre otras cosas, debido a que los bancos terminaron unilateralmente cualquier relación contractual con las cuentas habientes que integraban la lista y los medios de comunicación hicieron públicos los nombres de las listas que desacreditaban a los integrantes de ellas.³¹

Teniendo sentado la existencia de poderes privados en las relaciones entre particulares, se plantea en el marco proteccionista actual de derechos humanos la necesidad de blindar a los derechos fundamentales contra las intromisiones de terceros, mediante la protección de las relaciones jurídicas nacidas en la autonomía privada.³²

La autonomía de las relaciones entre privados puede tener lugar entre particulares que se encuentran en desventaja. Pero la autonomía de la voluntad tiene límites, ¿podría renunciarse a algún derecho fundamental?

³⁰ Jurisprudencia Argentina letra E, fallo Ekmekdjian Miguel Angel c/ Sofovich Gerardo y otros, <http://federacionuniversitaria22.blogspot.com/search/label/Ekmekdjian%20Miguel%20Angel%20c%2F%20Sofovich%20Gerardo%20y%20otros>.

³¹ Corte Constitucional de Colombia.Sentencia SU-157 de 10 de marzo de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_7599204191c2f034e0430a010151f034.

³² Prieto Sanchis, Luis, *op cit.*, nota 8, p. 208 y 209.

La autonomía de la voluntad está limitada por los derechos fundamentales, de tal manera que ni los poderes públicos, ni privados, ni aún la autonomía de sus titulares puede pactar sobre ellos.³³

Estos límites intentan proteger a los particulares de personas o grupos privados que ejercen poder de hecho de manera similar al del Estado, incluso con capacidad de presionar a las instituciones Estatales, esto hace evidente que frente a los particulares dejen sin aplicabilidad los principios de igualdad y de autonomía de la voluntad.³⁴

La indisponibilidad es una característica de los derechos fundamentales, sostiene que estos deben estar sustraídos a las decisiones políticas y de mercado; la indisponibilidad también implica que no son alienables por su titular (indisponibilidad activa) ni pueden ser expropiables o limitables por otros sujetos ni el Estado (indisponibilidad pasiva).³⁵

Ferrajoli plantea que en caso de que estuviera permitida la disposición de los derechos fundamentales como la permisión de esclavitud, la alienación de libertades o de la vida, los derechos dejarían de ser fundamentales y simplemente serán derechos patrimoniales.³⁶

Por lo establecido en los párrafos anteriores, la vulneración de derechos fundamentales puede darse tanto en las relaciones de Estado-particular y particular-particular, en todas tiene consecuencias de la modificación de las situaciones jurídicas del individuo.

³³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, cit., nota 11, p. 48.

³⁴ Prieto Sanchis, Luis, *op cit.*, nota 8, p. 209; Pisarello, Gerardo, "Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales" *Isonomía*, Universidad de Barcelona, No. 15, octubre 2001, p. 85.

³⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, cit., p. 47.

³⁶ *Ibidem*, p. 48.

V. MODIFICACIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS DEL INDIVIDUO: DERECHO A PROTECCIÓN, DERECHO DE DEFENSA Y DEBER DE PROTECCIÓN

En cada momento se modifican situaciones jurídicas de las personas, ya sea mediante una competencia o por permisiones:

Las permisiones son independientes a la capacidad de acción (posibilidad de fumar, pasarse un alto de semáforo, robar, etc.) porque existe la posibilidad de realizar la acción independientemente que esté prohibido o permitido.³⁷

Por otra parte, la competencia puede ser entendida no sólo como una facultad, sino, como la expone Ferrajoli y como lo formula Jellinek “La capacidad de acción del individuo [...] que no posee por naturaleza.”³⁸

Por ejemplo, la celebración de un matrimonio, acciones institucionales³⁹ (un poder hacer, expresamente conferido por el ordenamiento jurídico), de esta forma, quienes gozan de competencia, por medio de determinadas acciones pueden modificar situaciones jurídicas con la imposición de normas individuales o generales; Sin embargo, también se pueden modificar situaciones jurídicas mediante acciones ilícitas o delictivas de poderes fácticos o particulares con capacidad de acción independiente de su permisión.⁴⁰

Existe una diferencia significativa cuando hablamos de modificación de situaciones jurídicas por medio de competencia ya que ésta se realiza en una relativa⁴¹ situación de equidad (por regla general existe una prestación y su correspondiente contraprestación), en cambio, cuando se modifican situaciones jurídicas mediante acciones no establecidas normativamente, generalmente tiene una consecuencia

³⁷ Alexy, Robert, *op cit.*, nota 18, pp. 229 y 230.

³⁸ G. Jellinek, *Sistem der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 47, *apud* Alexy, Robert, *op cit.*, nota 18, p. 230.

³⁹ Estas acciones son descritas como aquellas que pueden ser realizadas no sólo sobre la base de capacidades naturales, sino que presuponen reglas, para ellas constitutivas. J. R. Searle, *et al*, Alexy, Robert, *op cit.*, nota 18, p.231.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 229 y 230.

⁴¹ Se dice relativa debido a que el poder hacer (competencia) establecido en las normas también realiza la permisión de desigualdades, ejemplo, beneficios fiscales para cierto grupo de la población.

de (no existe nada que garantice que la prestación tendrá una correspondiente contraprestación).

En una situación de relativa equidad se puede entender que se modifican los derechos y obligaciones tanto de a como de b, ejemplo: a realiza con b un acto jurídico, por lo que se modifica tanto la situación de a como de b, a partir de este momento a está obligado frente a y, b tiene el correspondiente derecho frente a a.

Sin embargo, lo que sucede en las situaciones de inequidad, es que no existe una aceptación en la modificación de la situación jurídica de ambos, es decir, sólo está considerada la situación que tiene un sujeto jurídico que puede modificar la posición jurídica del otro (a puede crear una situación jurídica de b).

Puede observarse que tanto en la competencia como en las actividades ilícitas existen individuos que por el poder que ostentan pueden realizar cambios en la situación jurídica de otros individuos, ya sea mediante una competencia o a través de la realización de actividades ilícitas.

Ante las posibles intervenciones en la esfera jurídica de los particulares existen figuras de estudio indispensables: El derecho a protección, el derecho de defensa y el deber de protección.

Los derechos a protección son los que tiene el titular de un derecho fundamental para que el Estado lo proteja de intervenciones de terceros, esta protección debe circunscribir a todo aquello que es digno de ser protegido desde la perspectiva iusfundamental (ej. la libertad, la familia, propiedad, etc.) a través de normas o de actuaciones fácticas. Robert Alexy lo define como “Derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía”⁴²

⁴² Alexy, Robert, *op cit.*, nota 18, pp.435 y 436

La existencia de estos derechos nos trae como consecuencia la interrogante de ¿cómo se deben de proteger? Veamos la diferencia entre el derecho de defensa y el derecho a protección.

El derecho de defensa es un derecho a acciones negativas y el derecho a protección es un derecho a acciones positivas. El derecho de defensa es un derecho frente al Estado a que éste omita intervenciones; y, el derecho a protección es el derecho frente al Estado para que éste se encargue de que terceros omitan intervenciones.⁴³

La teoría del derecho a protección indica que cuando el Estado no prohíbe las intervenciones de los particulares en la esfera de otros, las está permitiendo⁴⁴; al permitir las normativa o fácticamente, está participando de manera indirecta en la lesión y se le determina como responsable (deber Estatal universal de responsabilidad para todo acto permitido).⁴⁵

Para no llegar a esta situación, el Estado debe de trazar una línea donde reconoce una esfera de los particulares sustraída del principio de autoridad donde tienen lugar acciones de los súbditos jurídicamente irrelevantes para el Estado.

Algunos ejemplos donde la colisión de derechos no resulta suficiente para justificar la intervención del Estado: En una pareja se amenaza el derecho a la familia debido a que el individuo *p* quiere tener un hijo y el individuo *q* se opone; en un asunto de donación realizado voluntariamente entre *x* y *y*, el individuo *z* cree vulnerado su derecho fundamental por no haber recibido los beneficios de la donación; la persona *r* amenaza de forma inminente la existencia de un matrimonio. En todas ellas se

⁴³ Las observaciones que realiza Alexy a estos dos derechos es en relación a que los derechos de defensa son prohibiciones de afectar, un derecho absoluto debido a que prohíbe todo medio de afectación, de manera que para llegar al cumplimiento se necesita la omisión de todas las acciones de afectación; en cambio, los derechos de prestación son mandatos de proteger donde se tiene un campo de acción para elegir como cumplir el mandato y para lograr su cumplimiento es suficiente la realización de sólo una acción adecuada de protección. ; Alexy, Robert, *op cit.*, nota 18, p. 441

⁴⁴ Esto significa que se le pueden imputar al Estado todas las acciones humanas no prohibidas

⁴⁵ Alexy, Robert, *op cit.*, nota 18, pp.442 y 443

puede establecer la violación de un derecho fundamental, pero no se justifica la intervención del Estado.⁴⁶

En ambas figuras son derechos que tiene el ciudadano, cuya finalidad es que el Estado a través las diversas acciones (acciones positivas y/o negativas) proteja al particular frente a intervenciones de terceros, sin embargo, la protección no es sólo un derecho sino también una obligación Estatal, como se presenta en el deber de protección.

El deber de protección es uno de los deberes del Estado más solicitado en la actualidad, debido al surgimiento de diversos poderes fácticos que afectan la esfera de derechos de los individuos.

El deber de protección puede entenderse como el comportamiento que deben asumir los órganos del Estado cuando la conducta de terceros, algún poder público (Estado) pero primordialmente particulares (poderes privados), que no son destinatarios tradicionales de los derechos fundamentales, ponen en riesgo o peligro los bienes iusfundamentales protegidos.⁴⁷

Por ejemplo, Amenazas de muerte recibidas por organizaciones del crimen organizado, la desacreditación o a una persona realizada por los medios electrónicos de comunicación, la realización por parte de empresas del sector privado experimentos que modifiquen el genoma humano o algún otro experimento que puedan poner en riesgo a la salud o causar epidemias (guerras bacteriológicas), empresas trasnacionales o gobiernos de Estados-potencia que impongan en otro estado políticas de gobierno o mercado que restrinjan la libre participación de todos los ciudadanos, etc.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 444

⁴⁷ Estrada, Alexei Julio, *op cit.*, nota8, p. 75.

Los poderes privados pueden estar constituidos de reconocimiento legal, tener una personalidad y ser determinados, en cambio, existen poderes privados que son indeterminados, no tienen una personalidad ni están reconocidos por el sistema.

Las hipótesis nos hacen pensar en la dificultad en la corrección de las desigualdades que se presenta entre particulares con una personalidad determinada como los sindicatos, empresas transnacionales, partidos políticos, etc.; Sin embargo, dificultades se ven aún más latentes cuando nos encontramos con poderes privados sin personalidad, que aparecen como entes sin nombre, haciendo imposible la determinación del sujeto que realiza la violación de derechos.

Esto puede ser representado satíricamente en el canto IX de la Odisea de Homero⁴⁸, cuando Homero engaña al Cíclope Polifemo que su nombre es Nadie para posteriormente clavarle una estaca de olivo en el ojo del cíclope. Este llamó desde su cueva a los demás cíclopes aduciendo que nadie lo estaba matando y estos al entender que nadie lo atacaba, se retiraron.⁴⁹

Este pasaje nos remite a las situaciones que se viven con los poderes privados irreconocibles que parecen ocupar el lugar de “Nadie” o ser un inexistente, ante el cual no se requiere otorgarse la protección.

⁴⁸ Odisea, de Homero. Texto completo. Ediciones Catedra, Madrid. Traducción de Jose Luis Calvo Martínez, Catedrático de Filología Griega, Universidad de Granada, España, Apocatastasis.com: Literatura y Contenidos Seleccionados, <http://www.apocatastasis.com/odisea-homero.php#9>.

⁴⁹ Entonces se extrajo del ojo la estaca empapada en sangre y, enloquecido, la arrojó de sí con las manos. Y al punto se puso a llamar a grandes voces a los Cíclopes que habitaban en derredor suyo, en cuevas por las ventiscosas cumbres. Al oír éstos sus gritos, venían cada uno de un sitio y se colocaron alrededor de su cueva y le preguntaron qué le afligía: ¿Qué cosa tan grande sufres, Polifemo, para gritar de esa manera en la noche inmortal y hacernos abandonar el sueño? ¿Es que alguno de los mortales se lleva tus rebaños contra tu voluntad o te está matando alguien con engaño o con sus fuerzas?

Y les contestó desde la cueva el poderoso Polifemo:

Amigos, Nadie me mata con engaño y no con sus propias fuerzas.

Y ellos le contestaron y le dijeron aladas palabras:

Pues si nadie te ataca y estás solo... es imposible escapar de la enfermedad del gran Zeus, pero al menos suplica a tu padre Poseidón, al soberano.

Así dijeron, y se marcharon. Y mi corazón rompió a reír: ¡cómo los había engañado mi nombre y mi inteligencia irreprochable!

Ante los poderes privados no funcionaría el derecho de defensa ya que no tendría ningún caso que se le pidiera al Estado a que éste omita intervenciones en la esfera de los derechos del individuo afectado, vendría más adecuado en estos casos reclamar la actuación de los órganos competentes (poder ejecutivo, legislativo o judicial) para impedir que las vulneraciones se concreten o que éstas cesen su realización.⁵⁰

Este deber de protección está justificado al entender al Estado como un regulador de situaciones, que tiene el monopolio del poder, significando para los ciudadanos un deber de obediencia y la prohibición del uso de la fuerza en contra de otros ciudadanos.

El sometimiento de los particulares está en contraprestación con la garantía de seguridad y de protección Estatal. El Estado que no garantiza seguridad ni protección de los derechos fundamentales, está incurriendo en responsabilidad no porque el sea quien viola los derechos de los individuos, sino porque le corresponde establecer un perímetro de riesgo para conseguir un equilibrio de poderes y libertades.⁵¹

En esta línea, el deber de protección se cumple en la mayor parte de los casos mediante la expedición de disposiciones legislativas, por lo tanto, es interesante plantear la posibilidad de que el particular afectado tenga el derecho a protección de que se expidan normas que impidan que otros vulneren sus derechos.⁵²

Lo anterior es de gran relevancia porque define la importancia de la función de los derechos fundamentales como compensadores de las desigualdades y privilegios entre los individuos.

⁵⁰ Estrada, Alexei Julio, *op cit.*, nota 8, pp. 75 y 76.

⁵¹ *Ibidem*, pp.76, 80 y 81.

⁵² *Ibidem*, p. 79.

VI. DRITTWIRKUNG

Habiendo mencionado lo anterior, hay que mencionar que existen diversas formas con las que se le denomina a la protección horizontal de los derechos fundamentales, desde los cincuenta ha predominado la denominación de *Drittwirkung der Grundrechte*, uno de los principales exponentes es Ipsen.⁵³

Esta denominación establece un nuevo destinatario de los derechos fundamentales frente al clásico paradigma Estatal, debido a que en su composición Dritte se refiere a “los terceros”.

Posteriormente una nueva corriente habla de la *Horizontalwirkung* de los derechos fundamentales dejando atrás la verticalidad de las relaciones entre el Estado-ciudadano y poniendo de relieve el plano horizontal de las relaciones ciudadano-ciudadano.⁵⁴

Así también se han adoptado términos como *Geltung* (validez) y *Wirkung der Grundrechte im Privatrecht* (eficacia de los derechos fundamentales en el derecho privado).⁵⁵

El término que se utiliza preferentemente y que tiene mayor consenso en la doctrina es *Drittwirkung*, es utilizado en la dogmática alemana, y la lengua Castellana lo ha recogido y aceptado en su generalidad.⁵⁶ Este se refiere a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, lo que también se comprende como la relación de horizontalidad.⁵⁷

⁵³ Ipsen, *Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Vol. II, p. III, *apud*. Estrada, Alexei Julio, *op cit.*, nota 8, p. 90.; Rafeñ Saraza, Jimena, *op cit.*, nota 7, p. 91.

⁵⁴ Saladin, P., *Grundrechte in Wandel*, 1975, p. 307; Bethge, H., *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, 1977, p.19; J.P., Muller, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, 1982, p. 79; Citados por Estrada, Alexei Julio, *op cit.*, nota 8, pp. 90-91.

⁵⁵ Leisner, *Grundrechte*, p. 305, *apud*. Estrada, Alexei Julio, *op cit.*, nota 8, p. 91.

⁵⁶ Mijangos y González, Javier, *op cit*, nota 20, p. XXIII.

⁵⁷ Rafael Sarazá, Jimena, *op cit.*, nota 7, p. 8.

La trascendencia principal de esta teoría es que cuestiona la forma clásica de entender los derechos fundamentales como límites al poder del Estado.⁵⁸

Los principales elementos de esta tesis se presentaron en la Constitución de Weimar como principios establecidos en artículos como el 118 (libertad de expresión del pensamiento en el marco de las relaciones laborales y económicas), y 159 (libertad de asociación frente a restricciones de índole privada) o el principio según el cual, la prohibición de agresiones por parte del Estado y poderes públicos frente un derecho protegido constitucionalmente también significa una prohibición de ser lesionado por una disposición de derecho privado; sin embargo, la admisión de esta protección no era reconocida de manera determinante.⁵⁹

Los antecedentes de la *Drittwirkung* se pueden localizar de una manera más determinante después de la segunda Guerra Mundial, así también, se pueden encontrar algunos antecedentes en la Corte Suprema de Estados Unidos de América alrededor de los años cuarenta, mediante el cuestionamiento del criterio jurisprudencial de entender los derechos fundamentales como *limitation of government* teniendo como objetivo ampliar paulatinamente en la jurisprudencia el rango de los sujetos obligados por los derechos fundamentales.⁶⁰

⁵⁸ Anzures Gurría, José Juan, *op cit.*, nota 7, p. 4.

⁵⁹ Estrada, Alexei Julio, *op cit.*, nota 8, pp. 92-93.

⁶⁰ *Ibidem*, pp.93-94.

VII. FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley más Débil*, 6ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2009.
- _____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Trotta, 2001.
- MIJANGOS Y GONZÁLES, Javier, *Los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, análisis del caso Mexicano*, México, Porrúa, 2007.
- PEREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1988.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos fundamentales*, Apuntes inéditos del curso Derechos Fundamentales y Globalización impartido en la Universidad Complutense de Madrid, España, 2008.
- PRIETO SANCHIS, Luis, *Estudio sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- RAFAEL SARAZÁ, Jimena, *Jueces, Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*, Universidad de Rioja, España, 2008.

Hemerografía

- ANZURES GURRÍA, José Juan, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2010, núm. 22, enero-junio, Acervo de la biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst22/CUC000002201.pdf>.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-157 de 10 de marzo de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_7599204191c2f034e0430a010151f03.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

Jurisprudencia Argentina letra E, fallo Ekmekdjian Miguel Angel c/ Sofovich Gerardo y otros, <http://federacionuniversitaria22.blogspot.com/search/label/Ekmekdjian%20Miguel%20Angel%20c%2F%20Sofovich%20Gerardo%20y%20otros>.

La Declaración de Independencia, National archives, en <http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>.

Odisea, de Homero. Texto completo. Ediciones Catedra, Madrid. Traducción de Jose Luis Calvo Martínez, Catedrático de Filología Griega, Universidad de Granada, España, Apocatastasis.com: Literatura y Contenidos Seleccionados, <http://www.apocatastasis.com/odisea-homero.php#9>.

PISARELLO, Gerardo, "Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales" *Isonomía*, Universidad de Barcelona, No. 15, octubre 2001.

The Declaration of Independence, In congress, july 4, 1776 The unanimous Declaration of the thirteen united States of America, en <http://www.ushistory.org/declaration/document/>.

United Status Senate, Constitution of United Status, en http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec1.

Université d'été, UEDH, des droits de l'homme, Genève, en http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm.

Université d'été, UEDH, El Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos, Genève, en http://www.aidh.org/uni/Formation/00Home_e.htm y Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2698/17.pdf>.

ZÚÑIGA PADILLA, Luis Fernando, "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en la jurisprudencia mexicana", en https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/La_eficacia.pdf