

## LA EFICACIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES FRENTE A LOS PARTICULARES

Víctor FERRERES COMELLA\*

SUMARIO: I. *Dos tradiciones políticas.* II. *Dos tradiciones constitucionales.* III. *A favor de la eficacia directa de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares.* IV. *Primera objeción: la naturaleza de la Constitución.* V. *Segunda objeción: la asimetría de los riesgos de error.* VI. *Tercera objeción: la seguridad jurídica.* VII. *Cuarta objeción: el riesgo para la libertad individual.* VIII. *Conclusión.*

### I. DOS TRADICIONES POLÍTICAS

Se suele entender que los derechos reconocidos en las Constituciones liberal-democráticas son expresión de los derechos básicos de los que toda persona es titular por el mero hecho de ser persona (“derechos humanos”, “derechos fundamentales”).

Si uno pregunta, “¿vinculan estos derechos básicos solamente al Estado, o también a los particulares?”, la respuesta parece clara: vinculan a ambos. Cuando A asesina a B, viola el derecho a la vida de B. Cuando A roba a B, lesiona el derecho de propiedad de B.

De hecho, de acuerdo con la teoría liberal, el Estado se justifica precisamente para salvaguardar los “derechos naturales” de la persona, que se hallan en peligro en el estado de naturaleza. En éste, en efecto, los derechos no son violados por el Estado (que no existe), sino por los particulares. Cuando se monta el Estado, se le atribuye un poder de primera magnitud (el

\* Profesor titular de Derecho constitucional (Universitat Pompeu Fabra); profesor ordinario de Derecho constitucional y Derecho comunitario europeo (Escuela Judicial).

poder punitivo) a fin de asegurar el respeto de los derechos por parte de los particulares.

La gran contribución del liberalismo, sin embargo, consiste en haberse preocupado por el riesgo de que el Estado abuse de sus poderes y lesione los derechos para cuya salvaguarda se ha erigido. Así, por ejemplo, existe el riesgo de que el Estado, que debe proteger el derecho de propiedad frente a los ataques de terceros, utilice su poder para privar a algunos individuos de su propiedad (el Estado podría expropiar sin compensación, por ejemplo). Surge entonces la técnica constitucional: se somete al Estado a una Constitución, que distribuye poder entre diversos órganos y pone restricciones a su ejercicio en nombre de los derechos individuales. A través de esta técnica, los derechos naturales se convierten en “derechos constitucionales”.

En todo Estado liberal, pues, los derechos son fundamento y límite del poder estatal. Ahora bien, la tradición de la Europa continental ha sido más sensible a la idea del Estado como protector de los derechos que la tradición estadounidense. Aunque ambas tradiciones han reconocido el carácter ambivalente del Estado (es decir, su capacidad para actuar como enemigo potencial de la libertad y como amigo de ella, por utilizar los términos de Owen Fiss),<sup>1</sup> la concepción europea ha destacado el papel del Estado como protector de los derechos, mientras que la estadounidense ha puesto mayor énfasis en su potencial agresor.

La explicación de este contraste reside, en gran parte, en el diverso significado de las dos grandes revoluciones liberales de finales del siglo XVIII. La Revolución francesa utilizó al Estado para liberar a los individuos de los restos de feudalismo que persistían en la sociedad. Así, la Asamblea Nacional que en agosto de 1789 aprobó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, decretó al mismo tiempo la abolición de las estructuras feudales que todavía se mantenían en Francia. La Revolución americana, en cambio, fue ante todo un acto de liberación frente al poder estatal, una revolución que no transformó radicalmente las relaciones entre los particulares, las cuales se desarrollaban ya bajo los esquemas de una sociedad liberal.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Owen, Fiss, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

<sup>2</sup> Este contraste entre América y Francia fue expuesto con brillantez por Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, 1835; Louis Hartz retomó más tarde esta idea en *The Liberal Tradition in America*, San Diego, A Harvest/HBJ Book, 1955.

De hecho, el liberalismo europeo llega a veces a presentar al Estado absoluto (contra el que se alzó la revolución) como un presupuesto necesario del Estado liberal. Y es que, en efecto, la conquista de la libertad pasa históricamente por dos “momentos”: En un primer momento, se concentra todo el poder en manos del Estado, para que ningún particular tenga la posibilidad de imponerse a otro. Éste es el papel histórico que desempeña la monarquía absoluta, que expropia a los señores feudales sus poderes públicos (poder jurisdiccional, poder fiscal, etcétera) y coloca a todos los particulares en una situación de igualdad. Todos ellos quedan privados de poder, y, al encontrarse a una infinita distancia del rey absoluto (titular de todo el poder), devienen “iguales”. En un segundo momento, se pasa a limitar constitucionalmente al Estado: se establece un sistema de separación de poderes y se condiciona la validez de los actos estatales al respeto de un conjunto de derechos y libertades. La tradición liberal europea ha incorporado estos dos “momentos dialécticos” en su discurso político. De hecho, la revolución francesa representa la fusión de los dos momentos, pues pasa a limitar el poder estatal en el mismo instante en que culmina la obra de la monarquía absoluta: la destrucción del feudalismo para liberar al individuo.

El contraste entre las dos tradiciones se refleja, por ejemplo, en un diverso entendimiento del principio de separación de poderes. De acuerdo con la concepción europea surgida de la revolución francesa, el principio de separación de poderes responde, ante todo, a la idea de que existen funciones distintas que, por razones de división del trabajo, deben asignarse a órganos diversos. En puridad, como explica Elisabeth Zoller, no se admite una separación de “poderes” (pues el Parlamento es el órgano supremo del Estado), sino una mera separación de “funciones”.<sup>3</sup> En cambio, la tradición estadounidense acoge la técnica de los *checks and balances*: diversos órganos del Estado van a compartir (en diverso grado) el ejercicio de unas mismas funciones, para así controlarse mutuamente.<sup>4</sup> El Estado ‘para transformar la sociedad’ va a encontrar menos trabas en el primer caso que en el segundo. En un sistema de *checks and balances* existe, en efecto, una preferencia implícita a favor del *status quo*.

<sup>3</sup> Zoller, Elisabeth, *Droit constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 305-308.

<sup>4</sup> En el número 47 de los *Federalist Papers*, James Madison rechaza una concepción de la separación de poderes que no admita ningún grado de solapamiento entre las funciones de los diversos órganos del Estado.

## II. DOS TRADICIONES CONSTITUCIONALES

Hasta aquí he trazado una distinción entre dos tradiciones políticas, ambas liberales, que ponen un énfasis diverso en el papel del Estado como protector de los derechos. ¿Qué conexión existe entre la cuestión del papel del Estado y la cuestión relativa a la eficacia de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares?

Desde un punto de vista conceptual, se trata de dos cuestiones distintas. Pues una cosa es que los derechos fundamentales deban ser protegidos activamente por el Estado frente a las agresiones de los particulares, y otra muy distinta que *la Constitución sea el medio adecuado para expresar las normas que regulan las relaciones entre los particulares desde el punto de vista de los derechos fundamentales*.

En la práctica, sin embargo, ambas cuestiones están entrelazadas, pues la tradición política de partida influye en la articulación de la correspondiente tradición constitucional. Si se concibe al Estado, ante todo, como un enemigo potencial de la libertad, la Constitución se centrará en regular las relaciones entre los individuos y el Estado. Si se pone el acento, en cambio, en su papel como protector de la libertad frente a los ataques de terceros, se acoge más fácilmente la idea de que la Constitución debe regular las relaciones entre los particulares, y no sólo las relaciones entre éstos y el Estado.

Así, la tradición política de los Estados Unidos se refleja en la doctrina constitucional de la *state action*, que exige la presencia de un acto estatal para poder hablar técnicamente de una violación de un derecho constitucional. En cambio, en algunos países europeos (en gran parte, por influencia alemana) se acepta que los derechos constitucionales surten efectos en las relaciones entre particulares. Se trata del llamado “efecto horizontal” de los derechos, o “efecto para terceros” (*Drittwirkung*).<sup>5</sup> En general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en cuya jurisprudencia se expresan las

<sup>5</sup> Acerca de esta doctrina, con referencias a los ordenamientos jurídicos de España y Alemania, véase la obra de Bilbao Ubillas, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. En general, sobre el diverso modo en que distintos países tratan el problema del posible efecto horizontal de los derechos, es muy interesante consultar el libro colectivo, editado por Sajó, Andrés y Uitz, Renáta, *The Constitution in Private Relations. Expanding Constitutionalism*, AJ Utrecht, Eleven International Publishing, 2005.

concepciones dominantes de la cultura jurídica europea) ha acogido la tesis de que también en las relaciones entre particulares rigen los derechos humanos.<sup>6</sup>

Con todo, esta contraposición entre la tradición constitucional americana y la europea no es tan rígida como a veces se piensa. En efecto: por un lado, no hay que olvidar que en los Estados Unidos la exigencia de que exista *state action* para poder hablar de violación de derechos constitucionales aparece vinculada históricamente a un problema de delimitación de poderes entre la Federación y los estados. Cuando en 1883, el Tribunal Supremo invalida la Civil Rights Act de 1875 (una ley federal que prohibía en determinados ámbitos la discriminación racial por parte de los particulares), lo hace porque estima que la Enmienda XIV de la Constitución federal sólo protege el derecho a la igualdad frente a los estados, con la consecuencia de que el Congreso federal carece de competencia para dictar legislación que desarrolle el derecho a la igualdad frente a los particulares. La garantía de este aspecto de la igualdad incumbe a los estados, no a la Federación.

Es cierto que la mayoría de los estados no han otorgado protección constitucional al derecho a no ser discriminado por los particulares. Pero algunos sí lo han hecho. Así, la Constitución de California protege el derecho a no ser discriminado en el empleo o en el ejercicio profesional (artículo 1o., sección 8); la Constitución de Illinois protege este derecho en el empleo, así como en la venta y alquiler de propiedades (artículo 1o., sección 17); la Constitución de Louisiana lo garantiza en relación con los servicios y espacios abiertos al público (artículo 1o., sección 12); la Constitución de Montana reconoce el derecho a no ser discriminado con carácter general, frente a cualquier persona o empresa privada (artículo 2o., sección 4), al igual que lo hace la Constitución de Nueva York (artículo 1o., sección 11). Aunque se trata de un grupo minoritario de Constituciones, estas cláusulas no deben ser menospreciadas, como si fueran totalmente extrañas a la tradición americana.

<sup>6</sup> Dos sentencias extremas en este sentido son las que resuelven los casos “X, Y contra Holanda” (1985), y “A contra Reino Unido” (1998). En ellas, el Tribunal Europeo exige al Estado el uso del poder punitivo para proteger los derechos humanos en las relaciones entre particulares. En el primer caso, el Tribunal estima que la persona que forzó sexualmente a la recurrente (una discapacitada síquica) violó su derecho a la integridad física y moral; y que el Estado, al no perseguir penalmente al agresor, lesionó también este derecho. En el segundo caso, el Tribunal sostiene que el padrastro que pegó al hijo con una caña, produciéndole lesiones físicas, violó su derecho a no sufrir tratos degradantes; y que el Estado, al absolverle penalmente por estimar como causa de justificación la potestad de los padres de castigar razonablemente a sus hijos, vulneró también el derecho fundamental del hijo.

Por otro lado, en Alemania (el país más influyente en Europa en este punto) la tesis dominante sostiene que los derechos constitucionales no vinculan *directamente* a los particulares. En el famoso caso Lüth (7 BVerfGE 198, 1958), el Tribunal Constitucional alemán estableció como punto de partida que los derechos constitucionales vinculan al Estado. Ahora bien, sostuvo que la Constitución, al proteger derechos frente al Estado, garantiza al mismo tiempo un “orden objetivo de valores” que debe ser tenido en cuenta en todas las ramas del derecho, incluido el derecho privado. La consecuencia es que tanto el legislador al regular las relaciones privadas, como el juez al interpretar la legislación, deben tener en cuenta ese orden de valores. Si no lo hacen, lesionan los derechos constitucionales en juego. Y frente a sus decisiones cabe reaccionar acudiendo al Tribunal Constitucional. Así pues, en la práctica se garantizan los derechos en las relaciones entre particulares, pero se mantiene la tesis de que, formalmente, los derechos vinculan sólo al Estado.

En suma, aunque es indudable que existe una importante diferencia entre la tradición americana y la europea con respecto a la cuestión de si los derechos constitucionales surten efectos en las relaciones entre particulares, existen algunos elementos en el seno de cada tradición que hacen un poco más borrosa la contraposición entre ambas.

### III. A FAVOR DE LA EFICACIA DIRECTA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

En las páginas siguientes, me propongo defender la tesis favorable a reconocer a los derechos constitucionales eficacia jurídica en las relaciones entre particulares. Si esta tesis es aceptable, entonces lo mejor es sostener que los derechos constitucionales vinculan *directamente* a los particulares. La tesis dominante en Alemania (que sólo admite un efecto indirecto de esos derechos, a través de la noción de “orden objetivo de valores”), complica innecesariamente las cosas. Si los derechos constitucionales han de tener impacto en las relaciones entre particulares, digamos, sencillamente, que vinculan a éstos.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Frente a esta tesis de la vinculación directa se suele objetar, tanto en España como en Alemania, que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (recurso previsto para proteger los derechos fundamentales) sólo puede dirigirse *contra un acto del poder público*. Este acto puede ser la sentencia del juez civil que resuelve un conflicto entre dos particulares de ma-

Obsérvese que la pregunta de fondo a la que esta tesis responde afirmativamente es de índole “institucional”, no “sustantiva”. Lo que está en discusión (al menos, a los efectos de este trabajo) no es si el Estado puede reconocer derechos frente a los particulares (así, por ejemplo, si el legislador puede reconocer el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por el empresario). Lo que se discute es si la Constitución es el cauce adecuado para proteger ese tipo de derechos.

Voy a defender la tesis afirmativa, frente a una serie de posibles objeciones, que apelan a: 1) la naturaleza de la Constitución; 2) la asimetría de los riesgos de error por parte del Estado; 3) la seguridad jurídica; y 4) la libertad individual.

#### IV. PRIMERA OBJECCIÓN: LA NATURALEZA DE LA CONSTITUCIÓN

La primera objeción apela a lo que podríamos llamar la “naturaleza” de la Constitución. La Constitución, según esta concepción, tiene atribuido un determinado ámbito o dominio material: le corresponde establecer los principios básicos que regulan las relaciones entre los diversos órganos del Estado, así como las relaciones entre los individuos y el Estado. La Constitución existe para estructurar y limitar al Estado. Las relaciones entre los individuos entre sí, en cambio, caen fuera del ámbito de la Constitución, y deben ser reguladas por el legislador ordinario y por los jueces (en la medida en que éstos creen derecho a través de precedentes o jurisprudencia).

nera incorrecta, por no tener en cuenta las consecuencias derivadas de los derechos constitucionales en juego. Pero, en todo caso, es el acto del poder público, y no el acto del particular, el que es objeto de impugnación formal ante el Tribunal Constitucional. ¿Constituye este dato un obstáculo para sostener la tesis del efecto directo de los derechos constitucionales frente a los particulares? A mi juicio, la respuesta es negativa, pues el mero hecho de que un determinado instrumento procesal (el recurso de amparo) sólo esté previsto frente a actos del poder público nada dice acerca del efecto que la Constitución otorga a los derechos frente a los particulares. Se puede sostener perfectamente que los derechos constitucionales vinculan a los particulares; que, por esta razón, el juez debe reparar la lesión producida por un particular en el derecho de otro; y que en el supuesto de que el juez no cumpla este deber de manera satisfactoria, está abierto el recurso de amparo. El hecho de que sólo quepa recurso de amparo contra la decisión del juez no significa que antes de que el juez haya intervenido no haya habido una vulneración del derecho constitucional en cuestión por parte del particular.

Ampliar el ámbito de la Constitución para cubrir las relaciones entre particulares supondría “desnaturalizar” la Constitución.

Frente a esta objeción, hay que decir lo siguiente: en primer lugar, la Constitución que regula las relaciones entre particulares sigue siendo, en un sentido relevante, una Constitución que restringe al Estado, pues la Constitución (dada su máxima jerarquía en el sistema normativo) *se impone siempre al legislador, que es un órgano del Estado*.

Obsérvese que, cuando la Constitución regula las relaciones entre los individuos y los diversos órganos gubernamentales (por ejemplo, cuando reconoce el derecho, frente a la administración, a ser indemnizado en caso de expropiación), se ocupa parcialmente de una materia que podría haber dejado a la total discreción del legislador. Si se ha ocupado de ella, es porque desea asegurar que determinada norma (aquí, la que reconoce el derecho a ser indemnizado en caso de expropiación) prevalecerá frente a cualquier regulación contraria del legislador. Del mismo modo, si la Constitución establece algunas normas que afectan a las relaciones entre particulares, es porque desea imponer esas normas al legislador.

En segundo lugar, la función política de la Constitución se compadece mal con una concepción de la misma que excluye de su ámbito de regulación las relaciones entre particulares.

En efecto, la Constitución trata de expresar los valores fundamentales que la comunidad comparte, a fin de asegurar que las controversias políticas que se planteen en el futuro se resolverán teniendo en cuenta esos valores. Ahora bien, muchas de las controversias políticas en materia de derechos se refieren a conflictos entre particulares.<sup>8</sup> Si ello es así, existe entonces una fuerte presión a favor de una “concepción amplia” del ámbito constitucional (que incluya las relaciones entre particulares), frente a una “concepción restringida” (que las excluya).

<sup>8</sup> Así, las dos grandes controversias constitucionales del primer siglo y medio de historia de los Estados Unidos se refirieron a conflictos pertenecientes a la “esfera privada”. En el debate sobre la esclavitud, la cuestión era si el derecho de propiedad privada podía tener por objeto a una persona. La Enmienda XIII constitucionalizó la respuesta negativa (se trata de la única cláusula de la Constitución federal que reconoce un derecho frente a los particulares). La siguiente controversia versó sobre las relaciones entre los empleadores y los trabajadores asalariados. En *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45, 1905, el Tribunal Supremo hizo prevalecer los derechos de propiedad privada y de libertad de contratación. Con el tiempo, sin embargo, esta jurisprudencia dio paso a otra distinta, bajo la cual se permitió al Estado imponer restricciones a esos derechos, en beneficio de los trabajadores.

A veces, sin embargo, se acoge una concepción restringida, pero algunos conflictos entre particulares se presentan como si fueran conflictos entre un particular y el Estado. Este planteamiento no es muy satisfactorio, pues puede provocar una cierta distorsión de los términos de la controversia. Algunos ejemplos pueden ilustrar lo que quiero decir:

a) ¿Hasta qué punto puede una persona insultar y ofender a otra? Los ciudadanos ven aquí un posible conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la reputación. Pero en los Estados Unidos, por ejemplo, bajo una “concepción restringida” del ámbito constitucional, el conflicto se transforma en una colisión entre la libertad de expresión y “el interés del Estado en que se compense a los particulares por una lesión indebida a su reputación” (*Gertz vs. Robert Welch, inc*, 418 U.S. 323, 1974). Se ha eliminado el componente interindividual del conflicto, que aparece ahora como un conflicto entre un derecho individual y un interés estatal.

b) ¿Hasta qué punto son admisibles las expresiones de odio racial (*hate speech*)? Los ciudadanos ven aquí una posible tensión entre la libertad de expresión y el derecho a la igualdad. Pero, en términos constitucionales, se dice que hay un conflicto entre la libertad de expresión y los “intereses estatales en proteger los derechos de grupos que históricamente han sido objeto de discriminación” (*R.A.V. vs. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 1992).

c) ¿Puede una asociación privada excluir a las mujeres? Se trata de un supuesto en que el derecho a la libertad de asociación choca con el derecho de las mujeres a no ser discriminadas. La traducción constitucional de este conflicto, sin embargo, lo convierte en una colisión entre la libertad de asociación y el “interés del Estado en erradicar la discriminación en contra de las mujeres” (*Roberts vs. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, 1984).

Es cierto que en estos tres casos existe una ley que restringe un derecho constitucional (el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de asociación), y que el juez debe asegurarse de que existen razones de peso para justificar la ley que el Estado ha aprobado. Pero que el Estado deba tener buenas razones para justificar la ley que ha aprobado *no significa que esas razones deban apelar necesariamente a intereses estatales*. En casos como los mencionados, no son intereses estatales, sino *derechos individuales* (el derecho al honor, el derecho a la igualdad), los que directamente permiten justificar la restricción impuesta a la libertad invocada.

Además, no siempre es un órgano estatal el que pretende la aplicación de la ley y tiene que pechar con la carga de defender su constitucionalidad.

Cuando un particular, por ejemplo, basándose en las disposiciones de una ley, demanda a otro una indemnización, y éste responde que la ley es inconstitucional por restringir su libertad de expresión o de asociación, el primero tendrá que aducir razones para justificar la restricción de la libertad del segundo.<sup>9</sup> No será el Estado (que no es parte en el proceso), sino el particular, quien tendrá esta carga. Pues bien, si la justificación “natural” de la ley es que trata de proteger un determinado derecho individual (a la reputación, a no ser discriminado, por ejemplo), resulta algo forzado que el individuo titular del derecho tenga que invocar un “interés estatal”.

De hecho, existen algunos (pocos) casos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los que el conflicto se ha planteado directamente como un conflicto entre derechos: Así, un periódico de Florida publicó el nombre de una mujer que había sido violada, contraviniendo una ley de ese Estado que protegía el anonimato de las víctimas de este tipo de delito. La mujer afectada demandó civilmente al periódico, que se defendió invocando su derecho a la libertad de expresión. La demandante tuvo que ofrecer razones para justificar la constitucionalidad de la ley en la que apoyaba su demanda. Pero ni la demandante ni el Tribunal hicieron referencia aquí a un “interés estatal”, sino que directamente invocaron el “derecho a la privacidad” de la víctima (*Florida Star vs. B.J.C.*, 491 U.S. 524, 1989).

Curiosamente, la concepción “restringida” del ámbito constitucional, al traducir algunos de los derechos individuales en “intereses del Estado”, sugiere una concepción del Estado que es innecesariamente “colectivista”. Pues en lugar de hacerlo aparecer (en este tipo de controversias) como un órgano que trata de coordinar los derechos y libertades de los individuos cuando éstos entran en conflicto, lo presenta como un agente que tiene un interés propio en el conflicto.

En suma: Si la función de la Constitución (en materia de derechos) es asegurar que las controversias políticas se resolverán teniendo en cuenta ciertos valores fundamentales, existe una presión por constitucionalizar los conflictos entre particulares, pues las controversias políticas no se refieren sólo a conflictos entre los individuos y el Estado. La concepción “amplia” del ámbito constitucional satisface esta necesidad de manera natural. La concepción “restrictiva”, en cambio, responde a ella convirtiendo en inte-

<sup>9</sup> Sobre los inconvenientes de este modo de estructurar la carga argumentativa, algo diré más adelante.

reses estatales lo que, para el público en general, son derechos e intereses individuales. Se mantiene la concepción restrictiva a costa de “desnaturalizar” la estructura del problema moral que subyace a la controversia constitucional.

#### V. SEGUNDA OBJECCIÓN: LA ASIMETRÍA DE LOS RIESGOS DE ERROR

Una segunda objeción acepta que no existe problema conceptual alguno para admitir que la Constitución puede regular las relaciones entre particulares e imponer tal regulación al legislador. Pero sostiene que sólo hay que incorporar a la Constitución aquellas normas que regulan materias acerca de las cuales existen razones para pensar que el legislador va a tener una cierta tendencia estructural a errar. Y sugiere que esta tendencia al error se produce, sobre todo, cuando el legislador regula las relaciones entre el individuo y el Estado, y no cuando disciplina las relaciones entre individuos.

El argumento para sostener que existe esta asimetría es el siguiente: cuando el Estado (a través del legislador) regula las relaciones entre el individuo y el Estado, es juez y parte en la controversia. Esta parcialidad le puede llevar a sobreproteger los intereses estatales en detrimento de los derechos individuales. Así, al regular el sistema de expropiación, el Estado tiene interés en pagar poco como compensación; al regular los poderes de la policía, el Estado tiene interés en que la tarea de averiguar los delitos no se vea complicada excesivamente; al regular el derecho a recurrir frente a los actos administrativos, el Estado tiene interés en que sus decisiones no pierdan efectividad, etcétera. En cambio, cuando el Estado regula conflictos entre particulares, es un tercero imparcial. Esta imparcialidad reduce el riesgo de error. Así, cuando el Estado establece límites a la libertad de expresión para proteger el honor o la intimidad de las personas, o limita la propiedad para asegurar el derecho a no ser discriminado, no tiene ningún interés en favor de uno u otro de estos derechos en liza.

A mi juicio, hay razones para poner en duda esta asimetría. En primer lugar: es cierto que el legislador puede tender a infravalorar los derechos individuales cuando regula las relaciones entre los individuos y el Estado. Pero, a veces, ello se debe, *no a que el Estado es una de las partes de la rela-*

*ción jurídica regulada, sino a que los ciudadanos presionan al legislador a actuar en esa dirección.*

Tomemos el caso de la ley penal. Obviamente, la ley penal regula relaciones entre los individuos y el Estado (pues establece las condiciones bajo las cuales el Estado puede imponerles sanciones). Es posible que el Estado tenga una cierta tendencia a reaccionar de manera desproporcionada frente al fenómeno de la criminalidad. Pero, si ello es así, es por la presión ejercida por la mayoría de los ciudadanos, y no porque el Estado sea una de las partes de la relación jurídica regulada. Si existen razones para temer los excesos del legislador penal, esas razones subsistirían si fueran los ciudadanos los que directamente aprobaran la ley penal en un *referendum*.

Este ejemplo, por cierto, muestra la existencia de una zona gris entre los “actos del Estado” y los “actos de los individuos”. Entre unos y otros están los “actos de los ciudadanos” que se imputan al Estado, pero no son adoptados por órganos estatales, sino por un conjunto de individuos que ejercen su poder político democrático. El constitucionalismo no puede ser insensible al riesgo de que los derechos sean vulnerados por este tipo de actos. De hecho, cuando James Madison, por ejemplo, reflexionaba sobre la necesidad de poner restricciones al poder del Estado a fin de proteger los derechos individuales, lo hacía, en gran parte, porque estimaba que los derechos de ciertos grupos de personas podían verse afectados negativamente por las decisiones políticas tomadas directa o indirectamente *por los ciudadanos*.

En segundo lugar, cuando la ley regula relaciones entre particulares, no desaparece el riesgo de parcialidad. Pues no todos los ciudadanos tienen la misma capacidad para influir sobre el legislador. Ciertos grupos de presión pueden obtener una regulación muy favorable a sus intereses, a costa de los intereses de los demás. Y existen minorías vulnerables cuyos derechos no son tenidos en cuenta de manera adecuada por el proceso político. Así, los mismos prejuicios que llevan a los individuos a discriminar a determinados grupos raciales pueden también infectar a la mayoría parlamentaria que debe regular las relaciones entre los particulares en determinados ámbitos.

Con ello no quiero decir que el control judicial de la ley sea un método muy adecuado para hacer frente a los problemas derivados de la falta de imparcialidad del Estado. Pero si decidimos adoptar un sistema de control judicial de la ley porque sospechamos que el legislador va a ser “parcial” en determinados ámbitos, entonces este control debe proyectarse no sólo

sobre las leyes que regulan las relaciones entre los individuos y el Estado, sino también sobre las que regulan las relaciones de los individuos entre sí.

## VI. TERCERA OBJECCIÓN: LA SEGURIDAD JURÍDICA

Una tercera objeción (bastante arraigada entre un sector de juristas de la Europa continental) apela a la seguridad jurídica para rechazar la eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares.<sup>10</sup> El planteamiento es el siguiente:

Si el juez debe tener en cuenta los derechos y libertades consagrados en la Constitución a la hora de interpretar las disposiciones que regulan las relaciones entre particulares (es decir, las disposiciones de derecho privado), la inseguridad jurídica aumenta considerablemente. La razón es que con frecuencia se plantearán colisiones entre los derechos constitucionales de ambas partes. Estas colisiones habrán de resolverse a través del método de la ponderación: el juez tendrá que sopesar los derechos en juego, a la luz de las circunstancias del caso, y decidir cuál debe prevalecer. Y resultará controvertido en muchos supuestos determinar qué derecho debe primar. Las reglas de derecho privado establecidas por el legislador pierden entonces su rigidez, su capacidad para indicar de modo categórico el contenido de la decisión judicial, pues han de ser reinterpretadas para acoger esos derechos. Las reglas devienen más flexibles, el juez tiene mayor discreción y, en definitiva, los individuos ven mermada su capacidad de predecir cuál será la decisión judicial.

Es verdad, continúa esta objeción, que cuando el juez tiene que resolver los conflictos entre el individuo y el Estado a la luz de la Constitución, tiene que ponderar los derechos individuales con los intereses estatales, y no siempre es fácil determinar cuál es la solución correcta. Pero, en primer lugar, existen técnicas que permiten asegurar que en los casos dudosos prevalecerá el derecho individual (pues la carga de justificar la restricción del derecho la tiene el Estado). En cambio, en el ámbito del derecho privado no es posible establecer reglas subsidiarias de este tipo, favorables al individuo, puesto que aquí el conflicto enfrenta a dos individuos. En segundo lu-

<sup>10</sup> La tradición del *civil law* ha concedido siempre mucha importancia al valor de la seguridad jurídica. Véase Merryman, John Henry, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 1985, pp. 48-55.

gar, las relaciones entre los particulares son constantes en la vida social, y parece especialmente grave que en los diversos ámbitos de la vida cotidiana las normas relevantes ofrezcan pautas poco claras.

A mi juicio, esta objeción pone de relieve, acertadamente, la existencia de un peligro para la seguridad jurídica si la constitucionalización del derecho privado se produce sin técnicas jurídicas adecuadas. Ciertamente, el derecho privado tradicional se ve “desestabilizado” en una primera etapa. (Así, los jueces civiles y laborales de la República Federal alemana tuvieron que reconstruir partes importantes del derecho privado alemán a partir de la Constitución de 1949. Tanto la jurisprudencia como la dogmática tradicional fueron objeto de revisión). Pero una vez que se empiezan a acumular precedentes y la doctrina empieza a adaptar las antiguas categorías a los nuevos principios constitucionales, la seguridad jurídica queda debidamente protegida. Aunque el derecho se haga más “casuista”, van surgiendo reglas que generalizan los factores a tener en cuenta, reglas que orientan considerablemente al juez que ha de decidir en el futuro.

Es cierto que ello exige la existencia de una cultura jurídica, y de una estructura del poder judicial, que constriña a los tribunales a ser coherentes al resolver los diversos casos. Por desgracia, en algunos países estas condiciones no se dan. En España, por ejemplo, las contradicciones interpretativas en el seno del Poder Judicial son a veces muy grandes, y los mecanismos institucionales para hacerles frente son deficientes. Pero este problema afecta a todo el sistema jurídico. Ante un derecho cada vez más complejo, producido por un mayor número de órganos legislativos, la necesidad de unificar y estabilizar las interpretaciones judiciales es mayor. Si existen mecanismos adecuados para asegurar este objetivo, la constitucionalización del derecho privado no debe provocar ninguna crisis importante para la seguridad jurídica. Si no existen, el problema es general, y no afecta exclusivamente a la constitucionalización de esta rama del derecho.

#### VII. CUARTA OBJECCIÓN: EL RIESGO PARA LA LIBERTAD INDIVIDUAL

Una cuarta y última objeción se basa en consideraciones de carácter más sustantivo, aunque no deja de ser una objeción de índole institucional. Según ella, la libertad individual se halla en peligro si la Constitución, en lugar de limitarse a proteger los derechos individuales frente al Estado, im-

pone a los individuos el deber de respetar los derechos de los demás. Esta objeción puede provenir de dos posiciones distintas que, para simplificar, podemos denominar “conservadora” y “progresista”.

La posición conservadora no quiere que la Constitución dote a los derechos de eficacia frente a los particulares porque no desea que los derechos de propiedad privada y de libertad de contratación se vean limitados. Así, por ejemplo, sostiene que la Constitución no debe reconocer un derecho a no ser discriminado en el mercado de alquileres, porque considera que el propietario debe tener un derecho absoluto a decidir a quién alquilar su piso.

La posición progresista, en cambio, admite la legitimidad de restringir el derecho de propiedad privada y la libertad de contratación (para proteger el derecho a no ser discriminado, por ejemplo). Pero sostiene que debe ser la legislación, y no la Constitución, la que reconozca derechos frente a los particulares. La razón es que existe una separación estructural que es crucial para la libertad: la que separa la esfera pública de la privada. Si los derechos constitucionales, originariamente previstos para regir en la esfera pública, se extienden a la esfera privada, se difumina la necesaria separación entre ambas.<sup>11</sup>

A mi juicio, se comprende que los conservadores rechacen que la Constitución atribuya efectos jurídicos a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Pero no se comprende que semejante rechazo provenga de las filas progresistas.

Para empezar, la constitucionalización de la esfera privada no significa que no subsistan diferencias importantes entre las dos esferas. Cuando un derecho reconocido en la esfera pública se extiende a la privada, sucede con frecuencia que los particulares frente a los que se dirige ese derecho son, a su vez, titulares de otros derechos. Se produce entonces un conflicto de derechos que no se plantea en absoluto en la esfera pública, y que puede ser resuelto de manera diversa según las circunstancias de cada tipo de caso. La consecuencia es que el contenido específico de un mismo derecho (a no ser discriminado, por ejemplo) será distinto según que se dirija frente al Estado o frente a los particulares. La esfera privada no queda absorbida, pues, por la pública.

<sup>11</sup> Esta es la tesis de Cass Sunstein, por ejemplo: “On Property and Constitutionalism”, *Free Markets and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 203-222.

Pongamos un ejemplo extremo (que ha sido utilizado a veces para ridiculizar la posición favorable a la eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares): el Estado no puede discriminar a nadie por razón de raza, pero un particular es libre de actuar de acuerdo con sus prejuicios raciales cuando decide con quién casarse. En este último caso existe un conflicto entre el derecho a no ser discriminado y el derecho a decidir libremente con quién casarse, conflicto que no se produce en la esfera pública y que claramente debe resolverse a favor de la libertad de elección matrimonial. Sin embargo, una cláusula testamentaria que condicione la eficacia de un legado a que el legatario no se case con persona de determinada raza se puede reputar inválida. Aquí la libertad del testador racista puede tener que ceder frente al derecho del legatario de decidir libremente con quién contraer matrimonio, y frente al derecho general a no ser discriminado.

En segundo lugar, si la Constitución protege (frente al Estado) el derecho de propiedad privada y la libertad de contratación, pero no dota a otros derechos de eficacia frente a los particulares, existe el riesgo de que se produzca una protección desequilibrada de los derechos en conflicto. En efecto:

a) Si el legislador “progresista” ha aprobado una ley que reconoce ciertos derechos frente al propietario (a no ser discriminado, por ejemplo), el punto de partida en el proceso judicial será la afirmación del derecho constitucional a la propiedad. La ley tendrá que ser defendida frente a la denuncia de que restringe este derecho. Para justificar la ley se podrá apelar al interés del Estado en que las personas no sean discriminadas, *pero no se podrá conectar este interés con ningún derecho constitucional*. El conservador tiene, pues, una ventaja retórica: su posición se pone del lado de los “derechos constitucionales”. Y esta ventaja puede tener ciertas consecuencias prácticas: si existe una tradición política que “sospecha” del Estado, las dudas acerca de si la restricción del derecho constitucional está o no suficientemente justificada se resolverán en favor de ese derecho, en perjuicio del interés invocado por el Estado. En cambio, si el derecho que el legislador trata de proteger frente al propietario es un derecho de rango constitucional, el conservador pierde su ventaja retórica y argumentativa, pues no existe ninguna razón para privilegiar el derecho de propiedad privada frente a otros derechos también constitucionales.

Obsérvese que, para que el conservador pierda esta ventaja, no es necesario negar que el derecho de propiedad privada es un derecho constitucio-

nal. Basta con reconocer que existen otros derechos con los que éste entra en colisión. Curiosamente, la tesis favorable a reconocer la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares permite *preservar* el derecho de propiedad privada dentro del catálogo de derechos constitucionales. Es más: permite preservarlo como un derecho que no sólo limita al Estado, ¡sino también a los propios particulares!

b) Puede ocurrir que el legislador “conservador” sobreproteja el derecho a la propiedad privada y la libertad de contratación, frente a otros derechos (el derecho a no ser discriminado por los particulares, por continuar con el mismo ejemplo). Si la Constitución guarda silencio sobre estos últimos, no existe posibilidad alguna de reaccionar frente a este desequilibrio. Pues, desde un punto de vista constitucional, el legislador es libre de decidir si otorga o no protección, y en qué grado, a intereses estatales o derechos individuales que no están reconocidos como tales en la Constitución.

Por todas estas razones, el progresista debería mostrarse favorable a que en la Constitución figuren ciertos derechos con eficacia frente a los particulares.

## VIII. CONCLUSIÓN

Si la Constitución desea preservar su capacidad para articular las controversias contemporáneas, la tabla de derechos debe surtir efectos también en las relaciones entre particulares. Es mejor reconocer directamente estos efectos, en lugar de transformar los conflictos entre derechos individuales en conflictos entre derechos individuales e “intereses estatales”. Ninguna de las cuatro objeciones que he examinado, que apelan respectivamente a la naturaleza de la Constitución, a la asimetría de los riesgos de error por parte del legislador, a la protección de la seguridad jurídica, y a la garantía de la libertad individual, justifican, a mi juicio, el abandono de la tesis favorable a predicar de los derechos constitucionales eficacia directa frente a los particulares.

Otra cosa es que, por complejos y contingentes factores relacionados, por ejemplo, con la historia jurídica de un país, con el modo de estructurar el Poder Judicial (de manera unitaria, o distinguiendo entre tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional), con el modo de organizar el poder desde un punto de vista territorial (de forma unitaria o federal), o con la concepción dominante acerca de la estructura de los derechos fundamentales (más

o menos abierta a la ponderación de intereses en el caso concreto), exista una mayor o menor dificultad para que los tribunales acepten la tesis favorable al efecto horizontal de los derechos fundamentales.<sup>12</sup> Lo que he querido destacar en este trabajo es que no hay razones de peso, vinculados a los principios básicos del constitucionalismo, para rechazar, de entrada, la tesis favorable al efecto horizontal de los derechos.

<sup>12</sup> Acerca de estos factores, me permito remitir a Kumm, Mattias y Ferreres Comella, Víctor, "What Is So Special about Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect", *The Constitution in Private Relations. Expanding Constitutionalism*, *cit.*, nota 5, pp. 241-286. Véase, también, Tushnett, Mark, "The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law", *I.CON, International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 79-98.