



79

## **Principio de no discriminación y relaciones entre particulares**

Miguel Carbonell

**DERECHO CONSTITUCIONAL**

Enero de 2006

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. D. R. © 2006, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

**15 pesos**

DR © 2006.

Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

## CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. Los derechos fundamentales como derechos de libertad .....	1
III. El debate en México y la confusión entre derechos y garantías .....	8
IV. La supremacía constitucional y los efectos horizontales de los derechos .....	11
V. El principio de no discriminación y su aplicación frente a particulares: cuestiones generales.....	14
VI. Discriminación y grupos vulnerables .....	18
VII. La eficacia horizontal de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación: cuestiones sustantivas y procedimentales .....	20
VIII. La perspectiva jurisprudencial de los efectos horizontales en México.....	26
IX. Una nota de derecho comparado.....	32
X. Conclusión .....	37
XI. Bibliografía.....	37

No importa que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente. Por debajo de la “no-libertad” como sujeción al poder del príncipe, hay una “no-libertad” más profunda... y más difícilmente extirpable: la “no-libertad” como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad de masas inevitablemente genera en su seno.

Norberto BOBBIO (1975)

## I. INTRODUCCIÓN

Para estar en posibilidad de comprender el tema de la aplicación del principio de no discriminación a las relaciones entre particulares hay que hacer referencia a diversos aspectos concernientes a la teoría general de los derechos fundamentales. Uno de esos aspectos se refiere a los sujetos de los derechos fundamentales; por un lado, se trataría de saber si los derechos fundamentales establecen relaciones jurídicas solamente entre las autoridades (en sentido amplio) y los particulares, o bien si se admite que regulan también las relaciones jurídicas que se dan entre particulares (a esto se le suele llamar “eficacia horizontal” de los derechos).<sup>1</sup>

La segunda cuestión de teoría general de los derechos fundamentales, cuyo desarrollo depende de la respuesta que se pueda dar a la primera cuestión señalada, se refiere a los efectos de un posible reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales; en este caso habría que dilucidar qué obligaciones en concreto (y con qué límites, alcances o contenidos) tienen los particulares de acuerdo con lo que disponen las normas jurídicas que establecen los derechos fundamentales.

A partir de este par de cuestiones de orden general se pueden abordar algunas otras referidas al objeto de nuestro estudio, que es el derecho a la no discriminación. Un asunto adicional que debe ser tomado en cuenta tiene que ver con los sistemas procedimentales que se requieren para la protección de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir, el tema de los medios de protección frente a violaciones de derechos fundamentales realizadas por particulares.

El presente ensayo hará referencia a los aspectos que se acaban de mencionar y apoyará ocasionalmente su exposición en las evidencias que nos suministra el derecho comparado. Esto es importante ya que en México todavía existe un desarrollo teórico y normativo muy precario, tanto de la comprensión del derecho a no ser discriminado como de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En otros países, sin embargo, las discusiones al respecto se encuentran mucho más desarrolladas. Es necesario reconocer, dado lo anterior, que puede ser útil tener noticia de lo que se ha realizado en otros países sobre nuestro objeto de estudio.

## II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS DE LIBERTAD

Tradicionalmente, los derechos fundamentales se han concebido como posiciones jurídicas que los particulares podían oponer solamente a los poderes públicos. Esta idea es en gran parte deudora del contexto histórico en el que surge la idea de los derechos y de su posterior

---

Este ensayo es producto de un convenio de cooperación interinstitucional entre el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El autor agradece el apoyo para su realización a Gilberto Rincón Gallardo y José Luis Gutiérrez Espíndola, por parte del CONAPRED, y a Diego Valadés, por parte del IJ-UNAM. En su momento el texto que ahora se presenta será objeto de una publicación definitiva en otro formato.

<sup>1</sup> También se le suele conocer con la locución germánica *drittwirkung der grundrechte*, que puede ser traducida precisamente como “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”.

desarrollo doctrinal. Por lo que hace al contexto histórico, hay que recordar que las primeras declaraciones de derechos nacieron como una reacción contra el “Estado absolutista”, contra los regímenes monárquicos que negaban a sus súbditos los más elementales derechos y que ejercían el poder de manera despótica; el enemigo a vencer en ese entonces, a finales del siglo XVIII, era el aparato estatal y lo que se intentaba proteger era la sociedad civil.

Para esta visión, por tanto, no era concebible que las amenazas a los derechos pudieran venir justamente de la arena de los propios oprimidos, es decir, de los particulares. En este contexto, resulta comprensible que las primeras declaraciones de derechos hicieran un énfasis muy significativo en los derechos de libertad entendidos como esferas de los particulares inmunes frente a todo tipo de actuación estatal.<sup>2</sup>

Este esquema tradicional es explicado y desarrollado por la que se conoce como “teoría liberal” de los derechos, según la cual cada persona tiene protegida una esfera intraspasable para los poderes públicos que le asegura la posibilidad de conducirse como lo prefiera en muchos ámbitos de su existencia.

Para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Esto significa que el individuo tiene asegurada una esfera propia en la que el Estado, entendido según la experiencia histórica como la mayor amenaza para los derechos, no puede entrar. Se trata de un ámbito vital anterior al Estado, no constituido por ninguna norma jurídica; el ordenamiento lo único que puede hacer es reconocer los alcances de esa esfera pre-existente. Los derechos de libertad se entienden también como normas que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando en cada caso lo que puede y lo que no pueden hacer.

La teoría liberal tiene fuertes vínculos con el iusnaturalismo, en tanto que concibe realidades jurídicas pre-existentes al Estado y oponibles al mismo. Como lo señala Carlos Bernal, en la óptica de la teoría liberal los derechos fundamentales “aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervenciones de lo público, cuáles son los cursos de acción a emprender: hacia dónde moverse, qué pensar, qué decir, qué escribir, en qué creer, y la integridad de sus bienes intangibles más preciados –de su cuerpo, de su imagen, de su honor- y de sus posesiones y pertenencias. Se trata de derechos reaccionales, derechos de defensa o de rechazo de las ingerencias extrañas en los campos privados del individuo”.<sup>3</sup>

La teoría liberal, como su nombre lo indica, pone el acento en los derechos de libertad como derechos oponibles frente al Estado, como *derechos-barrera* que el individuo puede hacer valer frente al Estado y que lo pueden defender frente a intromisiones de los poderes públicos.

Ernest W. Böckenförde señala como consecuencias de esta teoría para la interpretación de los derechos las siguientes: a) la libertad que garantizan los derechos es una libertad *sin más*, puesto que no tiene ningún objetivo o finalidad (no busca fomentar el proceso político-democrático, realizar algún valor o integrar a la comunidad política); b) existe una fuerte limitación frente a las posibles intervenciones del legislador en el ámbito de los derechos; la regulación

---

<sup>2</sup> Al respecto, Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Porrúa, CNDH, 2005.

<sup>3</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, p. 254.

de los mismos debe ser medida, calculable y siempre sujeta a control; y c) el Estado no tiene ninguna obligación de carácter positivo para asegurar el ejercicio de la libertad; los derechos se presentan como derechos de defensa frente a invasiones o reglamentaciones excesivas.<sup>4</sup>

Uno de los defectos de esta teoría es, según Böckenförde, su ceguera frente a los presupuestos sociales que existen para permitir o impedir la realización de la libertad. Así por ejemplo, esta teoría no es capaz de explicar la forma en que los derechos fundamentales deben ser protegidos también frente al poder social; es decir, al ubicar a los poderes públicos como la única amenaza para los derechos, la teoría liberal olvida que también desde otros ámbitos de la sociedad puede provenir esa amenaza.

La teoría liberal ha tenido una profunda influencia en los textos académicos mexicanos y en la jurisprudencia de los tribunales nacionales. En parte lo anterior se debe al absolutismo con que los poderes públicos se han conducido en sus relaciones con los particulares, lo que hacía necesario insistir en el carácter “reaccional” o defensivo de los derechos; por otro lado, la teoría liberal concuerda con el marcado iusnaturalismo que han sostenido en México, a veces sin saberlo siquiera, varias generaciones de juristas, que han preferido hacer metafísica antes que tomarse en serio los textos constitucionales y sacar de ellos las consecuencias normativas conducentes.

Dos de los principales exponentes de la teoría liberal son Carl Schmitt y John Rawls.<sup>5</sup>

La teoría de Schmitt sobre los derechos puede resumirse en tres puntos básicos:<sup>6</sup> a) los derechos fundamentales son derechos de defensa del individuo frente al Estado, o sea, se constituyen como ámbitos en los que el Estado no tiene competencia y en los que, consecuentemente, no puede entrar; b) El número de derechos que pueden ser considerados como fundamentales es muy bajo, ya que solamente se reconocen como tales aquellos cuyo contenido no depende de la legislación; y c) Los derechos están garantizados, frente al legislador, de forma absoluta, lo que significa que el legislador no puede disponer de ellos, toda restricción debe ser del todo excepcional y en cualquier caso medida, limitada y sujeta a control.

En palabras de su autor, la teoría de Schmitt sostiene que<sup>7</sup>

Para tener un concepto utilizable por la Ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores y superiores* al Estado, aquellos que protege el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía medible en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *Libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa... Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del *hombre individual* libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado... esto supone que el hombre, por virtud de su propio derecho ‘natural’ entra en juego frente al Estado, y, mientras haya de hablarse de derechos fundamentales, no puede desecharse por completo la idea de unos derechos del individuo, anteriores y superiores al Estado. Derechos dados al ar-

---

<sup>4</sup> “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales” en su libro *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 48-52.

<sup>5</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 259 y siguientes. De Carl Schmitt debe verse su *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 164 y siguientes. De John Rawls es muy interesante acudir al ensayo “Las libertades básicas y su prioridad” incluido en su libro *Liberalismo político*, México, FCE, 1996, pp. 270 y siguientes.

<sup>6</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 264.

<sup>7</sup> *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 169 y 170. Cursivas en el original.

bitrio de un príncipe absoluto o de una mayoría parlamentaria simple o cualificada no pueden honestamente designarse como derechos fundamentales. Derechos fundamentales en sentido propio son tan sólo los derechos liberales de la persona humana individual. La significación jurídica de su reconocimiento y ‘declaración’ estriba en que tal reconocimiento significa el reconocimiento del principio fundamental de distribución: una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable.

A la postura de Schmitt, y seguramente también al conjunto de la teoría liberal se le pueden hacer varias objeciones.<sup>8</sup> En primer lugar, se puede señalar el hecho de que incluso los derechos de libertad como *derechos-defensa* requieren en ocasiones de la intervención estatal para poder hacerse realidad, lo cual no vendría reconocido bajo la óptica de la “distribución de competencias” entre el Estado y el individuo; si aceptamos que el Estado no tiene competencia sobre los derechos fundamentales, desconocemos la dimensión prestacional de los derechos que le exige al Estado llevar a cabo actuaciones de carácter positiva para protegerlos. Así sucede, por ejemplo, con la libertad de asociación, que tendrá sentido si el Estado crea y mantiene abierto un registro público para que las asociaciones puedan cobrar vida jurídica y se sepa cuáles son sus fines y quiénes las integran; también la libertad de tránsito exige la actuación del Estado a través de su protección frente a terceros, para efecto de que no podamos ser detenidos por otras personas; la libertad de expresión supone que el Estado va a proteger mi derecho de hablar en una plaza, sin que ni los poderes públicos ni otros particulares puedan impedir su ejercicio. Y así por el estilo. Es decir, los derechos de libertad, si aspiramos a que sean algo más que meras declaraciones retóricas que habitan los textos constitucionales sin arrojar mayores consecuencias, exigen del Estado prestaciones y actuaciones positivas, y no solamente abstenciones. Además, se debe considerar el hecho de que las libertades, si no se acompañan con otros tipos de derechos quedan en buena medida huecas.

Esto último es, justamente, lo que fundamenta la segunda objeción contra la visión de Schmitt: el catálogo de derechos no puede restringirse de forma tal que solo quepan las libertades públicas. Si no ponemos junto a las libertades los derechos de participación política y los derechos sociales, no contaremos con los elementos necesarios para hacerlas realidad. Los derechos deben asegurarnos no solamente que seamos libres, sino que esa libertad se inscriba en un *horizonte de sentido* que la haga posible, y para ello requerimos estar instruidos, tener una vivienda, contar con un mínimo de buena salud, tener medios materiales para ejercer alguna libertad, así como estar en capacidad de intervenir en la vida pública de nuestra comunidad a través de los derechos de participación política, que nos permitan elegir a nuestros representantes, fungir como tales o simplemente expresar nuestras preferencias y puntos de vista al crear un partido político. Por tanto, la lista de derechos fundamentales no puede ser tan breve como lo propone Schmitt, sino que junto a las libertades deben ponerse los demás derechos.

Por su parte, John Rawls es autor, como se sabe, de la más influyente obra de filosofía política de la segunda mitad del siglo XX: *Teoría de la justicia*, publicada en 1971 y que rápidamente fue traducida a varios idiomas y estudiada en centenares de libros y artículos. Para el tema de los derechos fundamentales, además de ese libro fundamental, se deben tomar en cuenta también las obras posteriores de Rawls, que si bien no generaron tanto interés como aquella, nos

---

<sup>8</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 264-269.

pueden ser útiles en la medida en que refinan y precisan algunos de sus argumentos.<sup>9</sup> La teoría de Rawls es muy compleja y no se puede explicar en pocas líneas ya que desde su *Teoría de la justicia* ha ido construyendo un sistema conceptual básico que se ha dedicado a desarrollar con posterioridad en el resto de sus trabajos.

Lo más importante en este momento, para efecto de la teoría liberal de los derechos fundamentales, es señalar que Rawls defiende la idea de que las libertades básicas tienen un carácter prioritario y que, en consecuencia, tienen una situación especial que les concede un peso específico absoluto frente a razones de bien público y frente a valores perfeccionistas; esto significa que tales libertades están fuera de la lógica de la política y del mercado, ya que son prioritarias con respecto a otras razones que pudieran existir como expectativas sociales. Rawls ilustra este punto con las siguientes palabras: “Por ejemplo: las libertades políticas igualitarias no pueden negarse a ciertos grupos sociales con el argumento de que gozar de estas libertades les permitiría bloquear las políticas necesarias para la eficiencia de la economía y el crecimiento económico. Tampoco podría justificarse una ley selectiva y discriminatoria (en tiempo de guerra) con el argumento de que sería la manera socialmente menos desventajosa de formar un ejército”.<sup>10</sup>

El carácter prioritario de las libertades básicas no significa sin embargo que no puedan esas libertades estar reguladas; Rawls sostiene que la regulación puede y debe existir, sobre todo para lograr que las libertades puedan convivir de la forma más armónica posible entre ellas. Sin embargo, distingue entre la regulación de las libertades (que es aceptable) y la limitación de las mismas (que no lo es). Según nuestro autor, “debemos distinguir entre su restricción y su regulación. La prioridad de estas libertades no se viola cuando están sólo reguladas, como debe ser, para que se combinen en un esquema y se adapten a ciertas condiciones sociales necesarias para su ejercicio durable... Instituir las libertades básicas, así como satisfacer los diversos deseos de los ciudadanos, impone cierta programación y organización social”.<sup>11</sup>

Pedro de Vega apunta que la teoría clásica de los derechos fundamentales fue planteada “desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos. Hablar desde esas perspectivas de un recurso de amparo frente a posibles lesiones de los derechos fundamentales producidas por los particulares sujetos de derecho privado no pasaría, por lo tanto, de constituir un fenomenal despropósito”.<sup>12</sup> El mismo autor agrega, para demostrar la insuficiencia de la teoría jurídica tradicional en este punto, la siguiente afirmación: “...la coherente y armónica construcción en la que cimentó su estructura el edificio jurídico liberal fue patéticamente destrozada por la historia”.<sup>13</sup>

Con el paso del tiempo los análisis de los derechos fundamentales se han ido haciendo más refinados, lo que ha conllevado el abandono de algunas ideas tradicionales. Esta evolución

---

<sup>9</sup> Aparte del libro *Liberalismo político* que ya se ha citado, conviene considerar los demás trabajos esenciales de Rawls que son: *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001 y *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.

<sup>10</sup> *Liberalismo político*, cit., p. 274.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 275.

<sup>12</sup> De Vega, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales.(La problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)” en Carbonell, Miguel (coordinador), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 693-694.

<sup>13</sup> De Vega, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales.(La problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, cit., p. 694.

ha permitido, entre otras cuestiones, poner de manifiesto las insuficiencias y limitaciones de la teoría liberal de los derechos, como ya lo apuntaba Pedro de Vega en la frase que se acaba de transcribir. Por un lado, hoy en día se entiende que, en efecto, muchas amenazas a los derechos siguen proviniendo de los poderes públicos, pero que también son estos mismos poderes los únicos que pueden contribuir a la satisfacción de muchos de nuestros derechos fundamentales; es decir, hoy en día el Estado no es visto tanto o tan sólo como un enemigo de los derechos sino como un aliado de la sociedad en la consecución de los mismos, siempre que se trate de un Estado democrático desde luego.

Así por ejemplo, es obvio que la realización práctica de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, trabajo, menores de edad, personas adultas mayores, personas con discapacidad, etcétera) no puede quedar librada a lo que dispongan o quieran hacer las fuerzas de la sociedad civil, dominadas en muy amplia medida por la lógica del mercado (oferta, demanda, rendimientos, ganancias, intereses, etcétera); en estos ámbitos, el interés general de la sociedad requiere de una acción amplia y decidida por parte del Estado, que se viene a convertir en el garante de los derechos.

Por otro lado, también nos hemos dado cuenta que no todo lo que se puede clasificar dentro del rubro “sociedad civil” es positivo para los derechos. Por el contrario, hoy en día muchas amenazas a nuestros bienes básicos provienen no tanto de la acción del Estado como de la actuación de otros particulares (con frecuencia amparados por la complicidad de las autoridades, como suele suceder en el caso de México).<sup>14</sup>

Pensemos por ejemplo en el derecho a un medio ambiente sano; ¿quién tiene mayor capacidad de destrucción del ambiente las autoridades o las grandes empresas? Podemos poner un ejemplo distinto sobre el derecho a la igualdad: ¿la discriminación en nuestras sociedades –la exclusión de una persona por tener un determinado color de piel, por ser mujer, por pertenecer a un pueblo indígena, por tener una discapacidad– se produce solamente por la acción de los órganos públicos o también por los particulares? ¿cuando una persona se niega a alquilarle una vivienda a otra esgrimiendo como motivo las creencias religiosas del solicitante o cuando una mujer es despedida de su trabajo en una empresa por estar embarazada estamos o no frente a una discriminación y, en consecuencia, frente a una violación de derechos fundamentales realizada por particulares?

Podemos añadir algunos elementos más que acreditan la insuficiencia de la visión liberal tradicional de los derechos fundamentales, elementos que son “contextuales”, por llamarlos de alguna manera. Por ejemplo, debe tenerse en cuenta el creciente poder de las corporaciones en

---

<sup>14</sup> Sobre este punto Diego Valadés afirma que “El Estado representó una amenaza real para la libertad y la autonomía de las personas; pero hoy los individuos se encuentran expuestos a un doble fuego: el del Estado y el de otros particulares. El poder de éstos se ha dilatado casi en la proporción en que las potestades públicas han disminuido”, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, SCJN, 2005, p. 8. En palabras de Juan María Bilbao, “Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público. Y esto no es retórica, como insinúan algunos. No sólo son temibles por su capacidad para imponer su propia voluntad en el marco de una concreta relación jurídica, sino que pueden resultar incluso más peligrosos que los públicos, ya que gozan en ocasiones de una relativa impunidad, que se ve favorecida por las dificultades existentes para articular un sistema incisivo de control (basta pensar en la problemática fiscalización de la actividad interna de los partidos políticos o de los sindicatos)”, Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997, p. 243.

nuestras sociedades. Las corporaciones y su absoluto dominio de esferas completas de la actividad económica (en régimen de monopolio o de oligopolio) han pulverizado el mito de la “autonomía de la voluntad”, según el cual las relaciones entre particulares estarían significadas por un acuerdo entre personas situadas en un plano de igualdad que gozaban de amplios márgenes de libertad para celebrar acuerdos conforme a sus mejores intereses.<sup>15</sup>

Hoy en día es obvio que los particulares difícilmente pueden oponerse a las propuestas contractuales que muchas corporaciones presentan en forma de “contratos de adhesión”, es decir, como acuerdos de voluntad en los que las cláusulas están dictadas por una de las partes y la otra solamente tiene la opción de aceptarlas o quedarse sin un servicio público de interés general. Pensemos en los casos de los servicios de telefonía, agua potable (en aquellas comunidades en los que este servicio público esté concesionado a empresas particulares, como sucede en varios municipios de México),<sup>16</sup> gas doméstico, etcétera. Por esto es que tiene toda la razón Pedro de Vega cuando afirma que:

Obligados los hombres, por un lado, a desarrollar su existencia en los ámbitos de las corporaciones y los grupos que conforman el tejido social, y constreñidos, por otro lado, a aceptar la disciplina que esas corporaciones les imponen, la relación poder-libertad no podrá ya ser interpretada en los términos en que restrictivamente lo hacía el constitucionalismo clásico. La aparición en el seno de la sociedad corporatista de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su *dominium* con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado determina... un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder-libertad.<sup>17</sup>

El mismo autor concluye, con base en este análisis, que si procedemos con elemental coherencia,

la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, no deberá reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de los mismos procedentes de la acción de los poderes públicos, sino que habrá que tener en cuenta también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la libertad.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> “Detrás de estos supuestos de concentración o monopolización del poder social, económico o informativo... se esconde la privilegiada posición de ciertos individuos u organizaciones cuyo predominio anula o compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada”, Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 244.

<sup>16</sup> Y peor todavía: cuando un sujeto abusa de una posición dominante para cortar ilegalmente el suministro de agua de una o varias viviendas; la Corte Constitucional colombiana resuelto algún procedimiento de acción de tutela sobre un supuesto de este tipo. Al respecto, Cifuentes, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, IJ-UNAM, 1998, p. 34.

<sup>17</sup> De Vega, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales.(La problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, cit., p. 694. En el mismo sentido, Juan María Bilbao afirma que “La presunción de igualdad entre las partes implicadas en un negocio jurídico privado no puede sostenerse. No son pocos los negocios jurídicos realizados bajo el imperativo de una fuerza desigual... Es un hecho constatable la progresiva multiplicación de los centros de poder en este ámbito (grupos de presión, grandes empresas, confesiones religiosas y otras entidades cuasi-públicas) y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad”, Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 241-242.

<sup>18</sup> De Vega, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales.(La problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, cit., p. 697.

### III. EL DEBATE EN MÉXICO Y LA CONFUSIÓN ENTRE DERECHOS Y GARANTÍAS

A nivel teórico se ha defendido durante décadas por una parte de la doctrina constitucional mexicana la idea de que los derechos fundamentales establecen relaciones jurídicas entre los particulares (sujeto activo, titular del derecho en cuestión) y las autoridades (sujeto pasivo, obligado a respetar el contenido del derecho); así por ejemplo Ignacio Burgoa afirma que “La relación jurídica de supra a subordinación en que se manifiesta la garantía individual consta de dos sujetos, a saber, el *activo* o *gobernado* y el *pasivo*, constituido por el *Estado y sus órganos de autoridad*”.<sup>19</sup> De forma congruente con este punto de vista, la Constitución en el artículo 103 fracción I y la Ley de Amparo en su artículo 1 fracción I disponen que el amparo procede solamente contra “actos de autoridad” que violen las garantías individuales.

A nivel jurisprudencial se ha considerado, en consonancia con los dos artículos que se acaban de mencionar, que solamente contra actos de autoridad se puede promover el juicio de amparo; la jurisprudencia tradicional sobre el concepto de autoridad para efectos de amparo es la siguiente: “AUTORIDADES. 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”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo IV, p. 1067.<sup>20</sup>

Con este punto de vista jurisprudencial se cerraba el círculo: ni teóricamente ni en la práctica tenía sentido plantear que los particulares pudieran violar los derechos fundamentales de otros particulares.<sup>21</sup>

Este es el escenario en el que nuestro análisis debe desenvolverse, si bien es necesario apuntar una cuestión general relevante. Aunque en los párrafos anteriores se ha hecho una breve referencia a la concepción doctrinal o teórica y enseguida se han mencionado los aspectos normativos y jurisprudenciales que impiden plantear un juicio de amparo contra violaciones de los derechos cometidas por particulares, en realidad no se puede perder de vista que ambas cuestiones son distintas y no deben en ningún momento llegar a confundirse. Para decirlo de otra manera: por una parte hay que analizar nuestra concepción (sustantiva) de los derechos fundamentales y determinar si se pueden aplicar o no a las relaciones entre particulares. Por otro lado hay que discutir —si se acepta que los particulares también pueden violar derechos fundamentales— los mecanismos (procesales) necesarios para evitar o reparar esas violaciones.

Si no mantenemos estas dos cuestiones separadas (conceptual y normativamente) estaremos incurriendo en el error tan criticado por Luigi Ferrajoli de confundir los derechos y las garantías. Como ha demostrado en muchos de sus trabajos Héctor Fix-Zamudio, el concepto de

<sup>19</sup> *Las garantías individuales*, 32ª edición, México, Porrúa, 2002, p. 168.

<sup>20</sup> Este criterio ha sido parcialmente modificado, aunque sin consecuencias para el tema que nos ocupa, por la tesis “AUTORIDAD PARA EFECTOS DE JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO”, Tesis XXVII/97 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo texto completo puede verse en Zaldivar, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, UNAM, 2002, pp. 71-72.

<sup>21</sup> La crítica a las insuficiencias y lagunas del concepto de autoridad y de acto de autoridad para efectos de amparo pueden verse en Zaldivar, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, cit., pp. 65 y siguientes.

garantía no puede ser equivalente al de un derecho. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, para hacerlo eficaz, para devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.<sup>22</sup> Luigi Ferrajoli señala que “Garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.<sup>23</sup>

Ha sido precisamente Ferrajoli quien con mayor agudeza ha explorado los alcances del concepto de “garantía”, partiendo de la mencionada idea de que no es lo mismo que un derecho fundamental.

Para Ferrajoli las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber *garantías positivas* y *garantías negativas*; las negativas obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algún derecho fundamental, mientras que las positivas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Estos dos tipos de garantías pueden subsumirse en lo que el mismo autor llama las “garantías primarias o sustanciales”, que son distintas de las “garantías secundarias o jurisdiccionales”.

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.<sup>24</sup>

La confusión entre los derechos fundamentales y las garantías individuales ha alcanzado también a la jurisprudencia, como puede verse en la siguiente tesis, bien expresiva de la falta de coherencia terminológica con la que se suele abordar la cuestión:

**Garantías Individuales. No son derechos sustantivos, sino que constituyen el instrumento constitucional para salvaguardar éstos.** Las garantías individuales que se encuentran consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales, como lo son la del debido proceso y la de fundamentación y motivación en todo acto de autoridad, como su nombre lo indica, garantizan la aplicación de la ley en cuanto a los procedimientos seguidos ante tribunales, con el objeto de proteger la integridad física, la libertad y los bienes, siendo éstos, los derechos fundamentales del gobernado, entre otros; es decir, las garantías individuales, no son derechos sustantivos, sino que constituyen el instrumento constitucional establecido por la propia Norma Fundamental del país, para salvaguardar tales derechos. *Tesis aislada*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, Octubre de 1996. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis I. 6º.C.28 K. p. 547.

Para nuestro objeto de estudio confundir la parte sustantiva con la procesal puede tener nefastas consecuencias, ya que con facilidad nos puede llevar a un razonamiento del siguiente tipo: toda vez que no hay una vía de protección procesal que permita prevenir o reparar las violaciones de los derechos fundamentales realizadas por los particulares, entonces es obvio que tales derechos no pueden hacerse valer más que frente a un acto de autoridad. Con ello se estaría des-

---

<sup>22</sup> Fix Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional” en Ferrer MacGregor, Eduardo (coordinador), *Derecho procesal constitucional*, 4ª edición, México, Porrúa, 2003, tomo I, pp. 273 y 283, entre otras.

<sup>23</sup> Ferrajoli, Luigi, “Garantías”, *Jueces para la democracia*, número 38, Madrid, julio de 2002, p. 39.

<sup>24</sup> “Garantías”, cit., p. 40.

calificando —a través de argumentos procedimentales— la posibilidad —sustantiva— de comprender el sentido normativo de un derecho fundamental y su proyección a las relaciones jurídicas entre particulares.

En síntesis, lo correcto es separar con la mayor claridad posible las cuestiones procesales de las sustantivas. La lógica parece indicar la pertinencia de abordar en primer término éstas últimas. A partir de las conclusiones a las que se puedan llegar estaremos en posibilidad de criticar y en su caso mejorar el esquema de garantías que sea necesario y congruente con tales conclusiones.

Javier Mijangos dice de otra forma y mejor lo que se acaba de apuntar. Para Mijangos hay tres problemas en la temática que estamos estudiando que requieren de un análisis por separado; los tres problemas son el de la *construcción*, el de la *protección* y el de la *colisión*. El primero de ellos, que se puede identificar con lo que hemos llamado “discusión sustantiva”, se refiere a la forma en cómo influyen los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; para resolverlo hace falta acudir a elementos como la normatividad de la Constitución, las distintas funciones de los derechos fundamentales, etcétera.<sup>25</sup> El segundo problema, referido a la protección, tiene que ver con la procedencia de una garantía judicial frente a las violaciones de derechos realizadas por particulares; se trata, afirma Mijangos, de un problema procesal.<sup>26</sup> El problema de la colisión, que en el presente trabajo será simplemente apuntado pero no desarrollado, se refiere —dice Mijangos— al análisis de los supuestos en que diversos derechos fundamentales pueden verse enfrentados con otros derechos o con bienes protegidos constitucionalmente.<sup>27</sup>

A modo de conclusión de este apartado podemos señalar que frente a la visión tradicional de los poderes públicos como únicos sujetos pasivos posibles dentro de la relación jurídica derivada de los derechos fundamentales hoy surge un punto de vista alternativo que nos llama la atención sobre los “poderes salvajes” que existen en las sociedades contemporáneas, tanto en la esfera del mercado como en los ámbitos sociales no regulados.<sup>28</sup>

A partir de esta nueva realidad (que quizá no es nueva, pero de la que la teoría constitucional se ha dado cuenta recientemente) se ha desarrollado una concepción distinta de los derechos fundamentales, desde la que se puede hablar de los “efectos horizontales” de los derechos fundamentales o de la “eficacia entre particulares” de estos mismos derechos.

Se trata de una cuestión bastante compleja que ha sido objeto de un número creciente importante de estudios y monografías,<sup>29</sup> pero que todavía representa una cuestión nueva y poco explorada del derecho constitucional, sobre todo en México.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004, p. XIV.

<sup>26</sup> Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., p. XV.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> En este sentido, además de la bibliografía que ya se ha citado, Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado” en Varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. edición, México, IJ-UNAM, 2002, pp. 99 y siguientes.

<sup>29</sup> Las dos obras más importantes en la materia que se han publicado en español son Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., y Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000. También puede ser interesante consultar los ensayos de Hesse, Konrad, *Dere-*

#### IV. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LOS EFECTOS HORIZONTALES DE LOS DERECHOS

Para abordar la primera de las cuestiones planteadas, es decir, la que se refiere a la parte sustantiva, habría que comenzar afirmando una obviedad: la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico nacional y, en esa virtud, se impone a cualquier otra norma o determinación que exista o pueda existir en el mismo. La supremacía constitucional —sobre cuyo concepto no es posible ni deseable detenernos ahora— está explícitamente recogida en el artículo 133 de la Constitución mexicana.

El segundo paso en nuestro razonamiento es el siguiente: ninguna norma, acto o acuerdo puede restringir o suspender un derecho fundamental establecido constitucionalmente, de acuerdo con lo que de forma contundente señala el artículo 1 párrafo primero de la Constitución.

Por otro lado, los sujetos titulares de los derechos fundamentales son, en términos generales y salvo las propias excepciones señaladas clara y expresamente en la Constitución, todas las personas que habitan dentro del territorio mexicano. De la misma forma, las obligadas por lo menos a desarrollar una conducta de respeto a los derechos son todas las personas, no solamente las autoridades. Llegar a una conclusión contraria sería tanto como subordinar la supremacía constitucional a los deseos o actos de los particulares.

Ahora bien, se ha dicho que la obligación primaria e ineludible de carácter universal es la de “respetar” los derechos fundamentales. Esto es importante, ya que sería quizá un poco complicado —al menos en una aproximación de carácter general como la que se está haciendo— afirmar que los particulares están obligados también a desarrollar conductas positivas para satisfacer los derechos. No dudo que haya casos puntuales en que así sea (dependiendo del derecho en cuestión), pero en términos generales podríamos convenir en que los particulares cumplen con la Constitución cuando se abstienen de violar sus preceptos, sin que sea necesario además que realicen conductas positivas para su cumplimiento (repito: puede haber excepciones puntuales a esta afirmación). Dicho en otras palabras, los particulares están obligados a respetar la libertad de tránsito, la libertad de expresión, el derecho a la no discriminación, la igualdad entre el hombre y la mujer, los derechos laborales y sindicales, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la libertad religiosa, etcétera; pero no están obligados a construir escuelas u hospitales para satisfacer los derechos fundamentales a la educación o a la salud.<sup>31</sup>

Por el contrario, las autoridades no solamente están obligadas a “respetar” los derechos, sino que adicionalmente deben llevar a cabo todas las medidas que estén a su alcance para que dichos derechos sean realizados en la práctica. Eso supone que las autoridades tienen obligacio-

---

*cho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995 y Von Münch, Ingo, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania” en Salvador Coderch, Pablo (coordinador), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997, además del resto de obras citadas en el presente trabajo.

<sup>30</sup> Esto se debe, en general, a que la problemática de los derechos fundamentales frente a particulares nos exige, como lo ha señalado Pedro de Vega, “un cambio radical en el entendimiento de la problemática constitucional”, De Vega, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. (La problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, cit., p. 697.

<sup>31</sup> Sobre los distintos tipos de obligaciones que generan los derechos de libertad y los derechos sociales, Carbo-nell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, Porrúa, CNDH, 2005, pp. 786 y siguientes.

nes de distinto signo frente a los derechos: de abstención en algunos casos y de actuación en otros.<sup>32</sup>

A partir de lo que se acaba de decir, podemos afirmar —como lo hace el Tribunal Constitucional español— que los particulares y las autoridades están obligados de distinta forma por las disposiciones constitucionales, ya que la supremacía constitucional “se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución... los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución” (sentencia 101/1983).

Tomemos algunos ejemplos de nuestro texto constitucional para comprender de qué manera los particulares están obligados por sus mandatos<sup>33</sup> (deliberadamente no haremos referencia al derecho a la no discriminación, debido a que será objeto de análisis en un apartado posterior).

El párrafo segundo del artículo 1 constitucional se refiere a la prohibición de esclavitud. ¿Podríamos decir que ese precepto solamente puede ser violado por las autoridades? Parece obvio que no.

El artículo 3 contempla diversos aspectos del derecho a la educación, entre los que se encuentra el señalamiento de que la educación preescolar, primaria y secundaria son obligatorias. ¿No se configura una violación de ese mandato cuando una escuela particular expulsa a un alumno indebidamente (por ejemplo, utilizando alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1 párrafo tercero constitucional o si no le da derecho de audiencia al propio alumno o a sus representantes legales)?

---

<sup>32</sup> Gerardo Pisarello explica este punto con las siguientes palabras: “...todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas.

El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación general que garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad se garantiza no sólo mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. El derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas. Incluso el derecho a no ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas.

Del mismo modo, el derecho a la salud no sólo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. El derecho al trabajo no sólo comporta el acceso a un empleo digno sino también la prohibición de despidos ilegítimos. El derecho a una vivienda adecuada no sólo supone... la provisión de viviendas de protección oficial sino también el cumplimiento de otras obligaciones estatales no necesariamente costosas: desde el reconocimiento de seguridad jurídica en la tenencia o la interdicción de las cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, hasta la derogación de preceptos discriminatorios en las leyes urbanísticas o la prohibición de desalojos arbitrarios”, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 29-30.

<sup>33</sup> Un ejercicio parecido, en referencia al ordenamiento constitucional español, puede verse en Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 356 y siguientes.

¿No podríamos considerar una violación a un derecho fundamental el que una escuela particular no respete el mandato de la fracción I del mismo artículo 3 constitucional que señala que la educación básica obligatoria será laica? ¿Tiene sentido sostener que dicha norma obliga solamente a las autoridades?

El artículo 2 apartado A fracción II de la Constitución se refiere a los derechos de autonomía de los pueblos y comunidades indígenas; concretamente esa fracción contempla el derecho de tales comunidades a aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, pero señala que en esa aplicación deberán respetarse –entre otras cuestiones- la dignidad e integridad de la mujer. De nuevo podemos preguntarnos: ¿esa norma puede o no ser violada por los particulares?

Lo mismo puede decirse acerca del derecho a la procreación del artículo 4 párrafo segundo. La libertad de toda persona de tener el número de hijos con el espaciamiento que considere, ¿obliga solamente a las autoridades?

De igual manera, el derecho al medio ambiente o los derechos de los menores de edad (artículo 4, párrafos cuarto y sexto a octavo, respectivamente), suponen mandatos que deben respetar los particulares. Podemos convenir en que un particular no está –en términos generales- obligado a plantar árboles para reforestar un jardín público, pero al menos tiene el deber de abstenerse de empeorar la situación medio-ambiental cortando árboles.

Un ejemplo claro en el mismo sentido se produce en materia laboral. Tanto los mandatos del artículo 5 constitucional como los del artículo 123 de la propia Carta Magna deben hacerse valer, si queremos que cobren plenitud de sentido, frente a particulares.

Podemos ubicar en una situación análoga –si bien en cada caso habría que aportar ciertos matices, cuando sean necesarios- a la libertad de expresión, la libertad de imprenta, el derecho de réplica o rectificación (que, de hecho, casi solamente se puede hacer valer frente a particulares, en tanto que tienen tal calidad los medios de comunicación), el derecho a la intimidad, el derecho al honor, el derecho a la propia imagen, la libertad de asociación, la libertad de tránsito, la libertad religiosa, las libertades en materia económica, el derecho a la información, la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de comunicaciones privadas, el derecho de propiedad, el derecho a la vivienda, el derecho al agua, etcétera.

En sentido contrario, es obvio que hay diversos derechos fundamentales que en nada obligan a los particulares, sino que están dirigidos única y exclusivamente a las autoridades. Tal es el caso, por mencionar un ejemplo obvio y hasta cierto punto absurdo, de la prohibición de retroactividad de las leyes, establecida en el párrafo primero del artículo 14 constitucional; en virtud de que solamente las autoridades pueden emitir leyes (artículos 70, 71 y 72 constitucionales, para el caso del Congreso de la Unión), los particulares no tienen forma ni de cumplir ni de violar tal precepto.

Lo mismo puede decirse en relación al derecho de petición, respecto del que el artículo 8 de la Constitución señala que puede hacerse valer solamente frente a las autoridades.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Hay sin embargo un precedente interesante en Colombia que reconoce que este derecho puede hacerse valer también frente a particulares que presten un servicio público; al respecto, Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, cit., pp. 234-235.

En sentido parecido pueden citarse todos aquellos derechos fundamentales referidos al funcionamiento de algún órgano público. Por ejemplo por lo que hace a las detenciones (artículo 16), a los actos de molestia y privativos (artículos 14 y 16), al principio de legalidad en materia penal, al derecho de ser presumido inocente hasta que se demuestre lo contrario, al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 17), las características de la pena privativa de la libertad (artículo 18), la prohibición de las multas excesivas o de las penas infamantes e inusitadas (artículo 22), y así por el estilo.

De lo que se ha expuesto en el presente apartado cabe sacar dos conclusiones: a) será la Constitución la que a través del contenido semántico de sus preceptos nos permita sostener que un derecho fundamental se aplica o no a los particulares y, en caso afirmativo, de qué manera puede darse esta aplicación; b) del somero repaso que emprendimos se puede afirmar que hay derechos que claramente se aplican a las relaciones entre particulares (de hecho, hay algunos que se aplican a tales relaciones de forma casi exclusiva) y otros que no les resultan en modo alguno aplicables. Las dos conclusiones cobran sentido siempre que se parta de una idea difícilmente discutible: la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y, en esa virtud, no puede haber comportamiento o norma alguna que le sea contraria.

A partir de este contexto general podemos entrar al estudio del tema central de este ensayo: la aplicación del principio de no discriminación a los particulares.

#### V. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y SU APLICACIÓN FRENTE A PARTICULARES: CUESTIONES GENERALES

La prohibición de no discriminar es un derecho fundamental de reciente ingreso en la Constitución mexicana.<sup>35</sup> Fue mediante una reforma constitucional publicada el 14 de agosto de 2001 que se añade el que hoy es el tercer párrafo del artículo 1, cuyo contenido señala: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Siguiendo la lógica de la exposición del apartado anterior podemos sostener que del texto de este párrafo se desprende que —como regla general— el principio de no discriminación rige no solamente para las autoridades sino también para los particulares.

Poniendo el principio de no discriminación en relación con otros derechos fundamentales podemos ilustrar la forma en que se puede aplicar a las relaciones entre particulares. En este sentido, por mencionar un ejemplo, los empleadores no podrán distinguir entre sus trabajadores con base en alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1 constitucional; tampoco lo podrán hacer quienes ofrezcan un servicio al público (por ejemplo negando la entrada a un estableci-

---

<sup>35</sup> Para un panorama introductorio al tema de la no discriminación puede verse Carbonell, Miguel, *Igualdad y Constitución*, México, CONAPRED, 2004; un tratamiento más detenido en *idem*, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 161-291.

miento público a una persona por motivos de raza o de sexo)<sup>36</sup> o quienes hagan una oferta pública para contratar (por ejemplo, quienes ofrezcan en alquiler una vivienda no podrán negarse a alquilarla a un extranjero o a una persona enferma). Lo anterior significa, entre otras cuestiones, que la prohibición de discriminar supone un límite a la autonomía de la voluntad y a la autonomía de las partes para contratar.

Para decirlo con las palabras de Fernando Rey Martínez –que aunque se refieren a la no discriminación por razón de sexo, pueden ser aplicadas a las demás formas de no discriminación–, “El derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo: 1) limita la autonomía negocial en cualquier acto jurídico-privado (contratos, testamento, estatutos, etc.); 2) impone un deber de trato igual por parte de individuos y organizaciones que sean titulares de poder social (empresas, asociaciones, confesiones religiosas, etc.); y 3) exige el trato igual en las relaciones entre particulares de las entidades que exploten servicios de interés público (taxis, comercios, cines, escuelas, bares y restaurantes, etc.) o que sean concesionarios de la Administración o dependan de ella en alguna medida”.<sup>37</sup>

Lo anterior resulta aplicable también, por citar un caso más, a la libertad de asociación. Así por ejemplo, en Estados Unidos la Suprema Corte ha considerado como apegadas al texto constitucional varias disposiciones que obligaban a asociaciones integradas exclusivamente por hombres a admitir también a mujeres.

El mismo órgano ha admitido sin embargo que puede prevalecer la libertad asociativa cuando se trata, en primer lugar, de las llamadas “*expressive associations*”, que son aquellas que se crean con el objetivo de defender ante la opinión pública una determinada posición política, ideológica o social y cuya autonomía se protege instrumentalmente para tutelar la libertad de expresión; y en segundo término, cuando se trata de las llamadas “*intimate associations*”, que son aquellas en las que los miembros establecen profundos vínculos y compromisos a través de los cuales comparten aspectos íntimos de sus vidas.<sup>38</sup>

Este ejemplo de la jurisprudencia de los Estados Unidos sirve para poner de manifiesto un hecho que no puede ser obviado: el principio de no discriminación rige en las relaciones entre particulares, pero no hasta el punto de que pueda suponer un sacrificio completo de otro derecho fundamental. Es decir, la norma constitucional que establece el principio de no discriminación (párrafo tercero del artículo 1, ya transcrito), debe aplicarse tomando en cuenta los mandatos de otras normas constitucionales que establecen derechos, bienes o valores del mismo rango jerárquico. Esta idea está recogida por ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, cuando afirma que el principio de no discriminación debe aplicarse a las relaciones entre particulares “de forma matizada”.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Sobre este punto, Bilbao Ubillos, Juan María, “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, Ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, España, 3-5 de diciembre de 2003.

<sup>37</sup> Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996, pp. 66-67.

<sup>38</sup> Bilbao Ubillos, Juan María y Rey Martínez, Fernando, “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional” en Aragón, Manuel (coordinador), *La Constitución y la práctica del derecho*, Madrid, Aranzadi, BCH, 1998, p. 286.

<sup>39</sup> Sentencia 241/1988, fundamento jurídico 3. La existencia de “matices” no es obstáculo para que el Tribunal reconozca claramente y sin ambages que “...la autonomía de las partes (se refiere a los particulares que firman un

De acuerdo con lo anterior podemos afirmar que la aplicación de un derecho fundamental (por ejemplo, del derecho a la no discriminación) no puede suponer en ningún caso un sacrificio por completo de otro derecho del mismo rango. La imposición de un derecho sobre otro ocurriría si, por ejemplo, quisiéramos imponer sin matiz alguno el principio de no discriminación sobre la libertad de asociación; creo que las consideraciones mencionadas sobre el tema que se pueden encontrar en la jurisprudencia de los Estados Unidos son muy importantes y resultan ilustrativas acerca de la forma en que debe procurarse la convivencia entre derechos, sin por ello dejar de sostener la aplicabilidad de los derechos a las relaciones entre particulares. Por tanto, parece acertada la afirmación del Tribunal Constitucional español al exigir “matices” para los *efectos horizontales* de la no discriminación.

De lo que se acaba de decir se sigue que, si estamos dispuestos a dar un espacio efectivo de actuación para todos los derechos fundamentales, habrá situaciones en que –a partir del ejercicio de un determinado derecho fundamental o incluso simplemente del principio general de la autonomía de la voluntad- se tendrá que reconocer que los particulares pueden autodeterminarse como mejor les parezca. Como afirma Bilbao, “A nadie se puede obligar a organizar su vida privada con arreglo a los valores constitucionales. Es el precio que hay que pagar por preservar una sociedad de hombres libres y responsables, con una capacidad real de autodeterminarse”.<sup>40</sup> Lo importante desde un punto de vista práctico, en este contexto, es determinar hasta dónde llega esa capacidad de autoorganización que proviene del reconocimiento de que todos somos libres y responsables, y hasta dónde llega la vinculación del texto constitucional respecto a los particulares.

Un elemento interesante para determinar la manera en que los derechos fundamentales en tensión pueden armonizarse, con vista a decidir en un caso concreto si un derecho debe prevalecer sobre todo, lo constituye el hecho de que estemos en presencia de relaciones asimétricas entre los sujetos de la relación jurídica.<sup>41</sup> Es decir, podríamos convenir en que la autonomía de la voluntad tiene un mayor espacio cuando la relación jurídica se establece entre sujetos ubicados en un plano de igualdad real; pero si esa simetría de poder no se presenta, y por el contrario una de las partes tiene elementos suficientes para forzar o doblegar la voluntad de la otra, entonces será posible imponer con mayor fuerza la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

De la misma forma, la autonomía de la voluntad no podría ser tan amplia en los casos en que se restrinja el acceso a una persona a un bien socialmente escaso; por ejemplo, cuando se trata del único servicio público de su tipo que se encuentra en una comunidad. Pensemos en el caso de una instalación para practicar la natación, la cual está en manos de un particular que decide no permitir la entrada de las mujeres. En ese caso es obvio que la libertad de asociación y la

---

contrato colectivo de trabajo) ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional y ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato... en el ámbito de las relaciones privadas... los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad”, Sentencia 177/1988, fundamento jurídico 4.

<sup>40</sup> Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 362.

<sup>41</sup> Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 368.

libertad de trabajo deben ceder frente al principio de no discriminación, aplicado a una relación jurídica entre particulares.<sup>42</sup>

En el caso concreto de la prohibición de discriminar, la eficacia entre particulares existiría, por mencionar algunos ejemplos, cuando una persona presente servicios que son financiados o subsidiados por el Estado, cuando ejerza profesiones reguladas por ley o para cuyo ejercicio se requiere de licencia, cuando esté a cargo de servicios u ocupaciones en los que se encuentren empleadas un gran número de personas y cuando se trate de la prestación de servicios escasos o que estén a cargo de otras personas, económicamente poderosas.<sup>43</sup>

Desde luego, está fuera de discusión que la autonomía de la voluntad debe ceder siempre que esté en juego la dignidad de la persona humana. Es decir, si mediante el pretexto de la autonomía de la voluntad se pretende cubrir una ofensa manifiesta, humillante, claramente anuladora de la dignidad de una persona, los derechos fundamentales deben entrar en acción para invalidar el acto o reparar la violación, según sea el caso. Podrían ubicarse en este ejemplo las condiciones de trabajo esclavizantes, ya sea por lo prolongado de los horarios, por lo insalubre de las condiciones del lugar de trabajo o incluso por la desproporción evidente entre la tarea realizada y el salario que se paga al trabajador.

A partir de lo que se acaba de decir podemos concluir que quien haga una interpretación del sistema de derechos fundamentales debe tener en cuenta al menos tres factores para determinar si el principio de no discriminación se puede aplicar frente a particulares: a) la existencia de un patrón de conducta más o menos generalizado, comprobable empíricamente; b) la posición dominante del sujeto que discrimina; y c) la afectación del núcleo esencial de la integridad moral o de la dignidad del sujeto pasivo de la discriminación. En el siguiente apartado haremos referencia a un elemento adicional: que la discriminación recaiga en algún grupo vulnerable (sobre todo el grupo, sobre una parte del mismo o sobre alguno de sus miembros); de esta manera intentamos destacar la importancia del “sujeto pasivo” de la discriminación al momento de estructurar y proyectar su prohibición a las relaciones entre particulares.

Antes de terminar este apartado, conviene mencionar que el Código Penal del Distrito Federal reconoce que las discriminaciones pueden provenir de autoridades o de particulares, y tipifica como delito las conductas discriminatorias en su artículo 206, que se encuentra ubicado dentro del Capítulo Décimo, relativo a la dignidad de las personas. El artículo mencionado tiene el siguiente texto:

Se impondrán de uno a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa al que, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, precedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud:

- I. Provoque o incite al odio o a la violencia;
- II. Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas; o
- III. Niegue o restrinja derechos laborales.

---

<sup>42</sup> En el apartado dedicado al análisis de la aplicación horizontal de los derechos fundamentales en el derecho comparado pondremos algunos otros ejemplos reales, tomados de la experiencia de otros países que coinciden con lo que se acaba de decir.

<sup>43</sup> Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 400.

Al servidor público que niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en primer párrafo del presente artículo, y además se le impondrá destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

Este delito se perseguirá por querrela.

Como se puede apreciar, el texto de este artículo persigue una finalidad muy noble y defendible, pero a través de una vía inadecuada. En efecto, la tipificación de las conductas discriminatorias es muy abierta, lo que puede dar lugar a dudas interpretativas y a una gran discrecionalidad de los agentes que aplican la ley. Quizá la persecución penal no sea el mejor modo de combatir la discriminación. Pese a la general inadecuación del texto y de la vía penal para combatir la discriminación, es importante destacar que el Código Penal acierta al redoblar las obligaciones de los funcionarios públicos en materia de no discriminación, lo que me parece que queda bien reflejado en el último párrafo del artículo 206. Lo importante, para concluir este apartado, es que el legislador local del Distrito Federal tuvo claro que la discriminación puede provenir tanto de las autoridades como de los particulares y tomó una medida radical para evitarla, como lo es el uso del derecho penal.

## VI. DISCRIMINACIÓN Y GRUPOS VULNERABLES

De lo que no cabe duda, con todo lo dicho en el apartado anterior, es que la aplicación de la prohibición de discriminar a los particulares y no solamente a las autoridades es de la mayor importancia, puesto que es en las relaciones sociales más diversas donde se genera un porcentaje importante de las conductas discriminatorias; Juan María Bilbao afirma que “La discriminación es un fenómeno social, antes que jurídico”.<sup>44</sup> La presencia social de la discriminación, que no puede negarse, debe ser tomada en cuenta tanto al momento de la configuración del ordenamiento, como en la actuación administrativa y en el trabajo teórico. Es de nuevo Juan María Bilbao quien afirma que

...la lucha contra la discriminación no puede detenerse en el frente legislativo. No basta con desterrar la discriminación ‘legal’, eliminando cualquier vestigio de discriminación en las normas del ordenamiento estatal. Hay que combatir la discriminación ‘social’, los usos o conductas discriminatorias privadas que tengan una proyección social, y resulten, por ello, intolerables. De poco sirve acabar con la discriminación ante la ley o con la imputable en general a los poderes públicos si no se consiguen erradicar las diversas formas de segregación social, si no se ataca la raíz del problema, que es el prejuicio social.<sup>45</sup>

Respecto de la presencia “social” de la discriminación hay que tomar en cuenta que muchas de las conductas que en la actualidad son consideradas como discriminatorias no lo eran hasta hace poco tiempo; ha sido recientemente que el derecho ha tomado medidas para impedir que se sigan reproduciendo, pero su presencia parece haber sido una constante en los últimos siglos (los ejemplos pueden ser de lo más variados, pero van desde la negación de la capacidad

---

<sup>44</sup> Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 398.

<sup>45</sup> Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 398-399.

jurídica de la mujer, hasta la consideración de las personas de color o de los indígenas como seres inferiores, objetos y no sujetos del derecho).

Este hecho nos indica que la representación social de ciertas prácticas ha ido evolucionando con el paso del tiempo; el impulso para dicha evolución probablemente ha sido apoyado o generado en muchos países por el ordenamiento jurídico. Es decir, las prácticas sociales discriminadoras han comenzado a cambiar cuando –entre otros muchos factores- desde el ámbito de lo jurídico se le ha hecho ver a las personas que ciertas conductas estaban prohibidas y que, si se realizaban, se estarían violando una o varias normas jurídicas. En este sentido, la función del derecho a la no discriminación ha sido modeladora de las conductas sociales, sin haberse limitado a mantener una especie de *status quo* que, aunque se hubiera practicado por décadas, hoy en día nos resulta intolerable.

Ningún hecho ilustra mejor lo que se acaba de decir que la sentencia del caso *Brown versus Board of Education*, dictada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1954.<sup>46</sup> Con ese pronunciamiento la Suprema Corte no solamente aportó un criterio jurídico para evitar la discriminación racial en las escuelas, sino que con su emisión dio inicio a un intenso debate social acerca de las relaciones y el lugar de cada uno de los grupos raciales en los Estados Unidos. La decisión *Brown* demuestra que la articulación jurídica es muy necesaria para erradicar la discriminación existente en el seno de una sociedad determinada (lo cual guarda una relación directa con el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales).

Si nuestro objetivo, a partir de todo lo que ya se ha dicho en el presente apartado, es extirpar o al menos disminuir de forma importante la discriminación generada por los particulares, seguramente tiene sentido identificar a los grupos en situación de vulnerabilidad. La enunciación que sigue no tiene como propósito señalar colectivos sociales cuyo derecho a la no discriminación sola o principalmente pueda ser violado por los particulares, puesto que también las autoridades pueden actuar y con frecuencia actúan en contra de ese derecho. La intención es simplemente ir generando criterios más precisos para identificar a grupos que son especialmente vulnerables a la discriminación generada desde el ámbito de los particulares. Si un acto de particulares recae sobre algunos de estos grupos y les genera una situación de desventaja comparativa frente a otros grupos sociales, se podría sospechar que existe discriminación. Incluso se podría configurar algo así como una “presunción de discriminación”.

En vista de lo anterior, podemos identificar las siguientes categorías de sujetos como especialmente vulnerables:<sup>47</sup>

- a) La mujer pobre, cabeza de su hogar, con niños a su cargo, y responsable del sostenimiento familiar;

---

<sup>46</sup> La literatura sobre este caso es muy extensa, pues ha sido estudiado no solamente desde una óptica jurídica sino también a partir de disciplinas como la sociología, la política, los estudios de género, los de relaciones interraciales, etcétera. Tres libros que quizá puedan ser útiles para suministrar una primera visión panorámica son los siguientes: Kluger, Richard, *Simple justice. The history of Brown v. Board of Education and black america's struggle for equality*, Nueva York, Vintage Books, 2004; Patterson, James T., *Brown v. Board of Education. A civil rights milestone and its troubled legacy*, Oxford, Oxford University Press, 2001; y –desde una perspectiva más crítica- Irons, Peter, *Jim Crow's children. The broken promise of the Brown decision*, Nueva York, Penguin Books, 2002.

<sup>47</sup> González Galván, Jorge, Hernández, Pilar y Sánchez Castañeda, Alfredo, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coordinadores), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, IJJ-UNAM, 2001, p. 227.

- b) Menores y adolescentes en situación de riesgo social (niños en riesgo de salir del hogar, menores infractores, menores víctimas de violencia física, sexual y psicológica en el seno familiar, menores con padecimientos adictivos);
- c) Menores que viven en la calle o menores que, no obstante tener un hogar, a causa de la desintegración familiar o por problemas de otra índole pasan todo el día en la calle;
- d) Los menores trabajadores (pepena, estiba, mendicidad, venta ambulante, limpia de parabrisas y actuación en vía pública);
- e) Personas de la tercera edad;
- f) Personas con discapacidad;
- g) Población rural e indígena afectada por la pobreza;
- h) Mujeres pobres, embarazadas o en estado de lactancia;
- i) Jóvenes y mujeres afectados por el desempleo;
- j) Trabajadores pobres empleados en el sector informal;
- k) Personas sin cobertura en la seguridad social;
- l) Mujeres que sufren discriminación política y social; y
- m) Pueblos indígenas.

Las sociedades contemporáneas han multiplicado en su seno las formas de sujeción, dominación y explotación, cuestiones que al ser examinadas desde el prisma del derecho constitucional permiten identificar otras tantas formas de discriminación y de minusvaloración de las personas.

Iris Marion Young afirma que hay cinco aspectos que permiten identificar la situación de oprimida que pueda tener una persona: explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural y violencia.<sup>48</sup> Cada una de esas formas, que a veces son visibles y a veces invisibles cuando se generan en el ámbito exclusivo de los particulares, deben ser tenidas en cuenta —en sus diversas manifestaciones— por el derecho constitucional a fin de prevenirlas o reprimirlas; uno de los instrumentos privilegiados para hacerlo, en virtud de los alcances que tiene como consecuencia de su amplitud, es el principio de no discriminación, amplificado por su eficacia horizontal hacia todos los grupos sociales.

## VII. LA EFICACIA HORIZONTAL DE LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN: CUESTIONES SUSTANTIVAS Y PROCEDIMENTALES

En los apartados anteriores se han analizado algunos aspectos concretos —de carácter conceptual y normativo— sobre el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Se ha demostrado que desde ambos puntos de vista es posible sostener que, en alguna medida y

---

<sup>48</sup> Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Alvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000, cap. II.

con los matices que sean necesarios, los derechos fundamentales (incluyendo al derecho a la no discriminación) pueden y deben aplicarse a las relaciones entre particulares.

Este punto de vista se corrobora cuando pasamos a analizar la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFD, en lo que sigue). En efecto, al legislador federal mexicano le quedó muy claro que la LFD podía tener plena aplicación en diversos supuestos de hecho a las relaciones entre particulares. Es más, tan es claro este punto que la aplicación horizontal de la ley puede verse con claridad tanto en la parte sustantiva de la misma (capítulos I a III), como en la parte dedicada a los procedimientos administrativos que tienen por objeto hacerla efectiva (capítulos V y VII). Vamos a analizar estos aspectos.

### 1. *Cuestiones sustantivas*

La primera referencia directa a los particulares que aparece en la LFD se encuentra en su artículo 2, última parte. En este precepto se señala que los poderes públicos federales “promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de gobierno y de *los particulares* en la eliminación de dichos obstáculos” (se refiere la LFD a los “obstáculos que limiten en los hechos” el ejercicio de la libertad y la igualdad “e impidan el pleno desarrollo de las personas, así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país”). Debe destacarse que la ley utiliza el verbo “promover” cuando se refiere a los particulares; por lo tanto, habrá que ver de qué manera se lleva a cabo esa “promoción” y cuáles son sus límites. En todo caso, la interpretación correcta del artículo 2 de la ley debe ser armónica, es decir, tomando en cuenta el contenido de los demás artículos de la misma que también se refieren a los actos de los particulares. Y además la interpretación debe considerar siempre el principio *pro homine* tal como está recogido en el artículo 7 de la LFD, de acuerdo con el cual “...cuando se presenten diferentes interpretaciones se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias”.

#### A. *Prohibición de discriminar*

El artículo 9 de la LFD contiene un largo listado de conductas prohibidas, por considerarse que son discriminatorias. En total se trata de un artículo que abarca XXIX fracciones, varias de las cuales son de interés para nuestro tema de estudio.

Así por ejemplo, la fracción I del artículo en cuestión señala que es discriminatorio el hecho de impedir el acceso a la educación “pública o privada”; es obvio que la educación privada – en términos del artículo 3 constitucional- solamente la pueden ejercer los particulares, de lo que podemos concluir que se encuentran sujetos al principio de no discriminación por lo que hace al acceso a la educación y a la permanencia en los centros educativos.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> El problema del acceso a la educación en escuelas particulares se ha presentado en muchos países; por ejemplo en Inglaterra, donde la *House of Lords* tuvo de dirimir en 1983 un caso de discriminación racial por la negativa de una escuela particular para admitir a un menor de edad que quería ir a clase utilizando un turbante (en ejercicio de su libertad religiosa). El Tribunal le dio la razón al menor; la narración de los detalles del caso y de la argumentación jurídica pueden verse en Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 403. Con el tiempo, la utilización de símbolos religiosos en las aulas ha dado lugar a un debate de enormes dimensiones, sobre todo en el ámbito del derecho cons-

La fracción II del mismo artículo 9 también se refiere al ámbito de la educación y debemos entender, a la luz de la fracción anterior, que abarca tanto a la educación privada como a la pública. La fracción II se refiere a la prohibición de establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos que sean contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación. Esta prohibición, en consecuencia, vincula tanto a particulares como a autoridades.

Las tres siguientes fracciones del artículo 9 (la III, IV y V) hacen referencia a cuestiones laborales, sin distinguir su ámbito de aplicación, por lo que en términos del artículo 7 de la LFD debemos entender que tutelan también a las relaciones jurídicas entre particulares. La fracción III se refiere a la libertad para elegir empleo, la siguiente a las condiciones laborales no discriminatorias y la V a la limitación de acceder a programas de capacitación y formación profesionales.

El mismo tipo de razonamientos que hemos realizado acerca de las cinco primeras fracciones del artículo 9 de la LFD se podrían aplicar al resto del contenido del precepto.<sup>50</sup> No tiene caso pormenorizar el análisis de cada una de sus fracciones, pero sí conviene destacar algunas, por la amplia repercusión que tienen en la eficacia horizontal del principio de no discriminación.

La fracción VIII del artículo 9 considera que es discriminación el “impedir la participación en condiciones equitativas en asociaciones civiles, políticas o de cualquier otra índole”. Ya en un apartado anterior mencionamos la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos que establecía la forma en que ciertos tipos de asociaciones (por ejemplo las que se constituyen para defender ideales feministas de corte radical y que no permiten la entrada de hombres), están protegidas frente al principio de no discriminación. Lo importante ahora es destacar el hecho de que la LFD se refiere a las asociaciones que pueden generar actos discriminatorios contra los particulares que quieren entrar o permanecer en ella, así como ejercer sus derechos de participación. Esto no significa, desde luego, que quienes crean una asociación no puedan exigir ningún tipo de requisitos a sus miembros; lo que sucede es que tales requisitos no deben encontrarse entre los criterios prohibidos a los que se refieren el artículo 1 párrafo tercero de la Constitución y el artículo 4 de la LFD. Una asociación discrimina si, por ejemplo, impide la entrada, permanencia o participación de mujeres; lo mismo sucede si se impide el acceso a personas de acuerdo a su raza, religión, estado de salud, etcétera.

La fracción XIII del artículo 9 de la LFD considera que es discriminatoria la aplicación de cualquier uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humana. La cabal comprensión de esta fracción exige que se correlacione con la fracción II del apartado A del artículo 2 constitucional, que reconoce el derecho de autonomía de los pueblos y comunidades indígenas para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, si bien exige como condición para que tales sistemas se puedan aplicar que respeten las garantías individuales, los derechos humanos y la dignidad e integridad de las mujeres. Al poner en

---

titudinal de varios países europeos. En Francia el debate ha estado protagonizado por el llamado “Informe Stasi”, presentado a solicitud del Presidente Chirac; sobre su contenido y consecuencias puede verse Lasagabaster, Iñaki (director), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi*, Pamplona, LETE, 2004. Para el caso alemán se puede comenzar por Velasco, Juan Carlos, “El crucifijo en las escuelas. Sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania”, *Claves de razón práctica*, número 72, Madrid, mayo de 1997 y Álvarez, Silvina, “Los derechos de la mujer en un pañuelo”, *Claves de razón práctica*, número 123, Madrid, junio de 2002.

<sup>50</sup> Hay que aclarar, sin embargo, que algunas fracciones del artículo 9 se dirigen, si no exclusiva, sí primordialmente a las autoridades; tal es el caso, por poner solamente un ejemplo, de la fracción XII que se refiere a los derechos procesales de los menores de edad y de quienes hablen lenguas distintas del español.

relación los dos artículos mencionados nos damos cuenta que la LFD se refiere también en este supuesto a relaciones entre particulares; concretamente, relaciones jurídicas que se establezcan entre los miembros de los pueblos y comunidades indígenas que habitan en México. La fracción XIII del artículo 9 es muy interesante por una razón adicional: sus términos son tan amplios (“dignidad e integridad humana”) que permiten una aplicación igualmente amplia para proteger a las personas frente a la discriminación. No se debe olvidar que la LFD vuelve a hacer referencia a los miembros de los pueblos y comunidades indígenas en su artículo 14, dentro del capítulo dedicado a las medidas positivas o compensatorias.<sup>51</sup>

La fracción XV del artículo 9 se refiere también a relaciones entre particulares, puesto que dispone que se produce una discriminación si se ofende, ridiculiza o promueve la violencia en los supuestos del artículo 4 de la LFD a través de los medios de comunicación. Los sujetos regulados son los medios de comunicación, que en México son casi todos de propiedad privada. Esta fracción contiene una adecuada proporcionalidad respecto de la libertad de expresión, puesto que en un cierto sentido la limita al impedir que en uso de la misma se pueda ofender, ridiculizar o promover la violencia.<sup>52</sup>

La fracción XXI del artículo 9 establece como discriminatoria la limitación del derecho a la vivienda. Este derecho puede ser violado tanto por las autoridades (por ejemplo cuando ordenan la realización de un desalojo forzoso o arbitrario) o por los particulares a través de varias vías. Por ejemplo, los particulares pueden discriminar en materia de derecho a la vivienda a través de la negativa a vender o alquilar alguna vivienda utilizando los criterios señalados como prohibidos por el párrafo tercero del artículo 1 constitucional y por el artículo 4 de la LFD. También pueden discriminar los particulares a través de la especulación urbanística (control de uso de suelo), de la subida desproporcionada de las tarifas de alquiler, de la afectación a la dignidad y el decoro de las viviendas mediante ruidos o focos de contaminación, etcétera.<sup>53</sup>

La fracción XXII del artículo 9 se refiere a la discriminación que se produce cuando se impide el acceso a cualquier servicio público o *institución privada* que preste servicios públicos. Este es uno de los supuestos más importantes que debe atender cualquier estrategia de combate a la discriminación, no solamente porque se trata de un fenómeno inequívocamente violador de derechos fundamentales, sino también y sobre todo por su extensión como práctica social. Muchos propietarios o administradores de establecimientos mercantiles no se sienten obligados a respetar el principio de no discriminación y en el funcionamiento cotidiano de dichos establecimientos impiden o dificultan el acceso a la prestación de servicios al público con base en alguno de los clásicos criterios discriminatorios.

---

<sup>51</sup> Y vale la pena destacar que la fracción VI de dicho artículo establece que las autoridades federales deberán “Garantizar que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Constitución”.

<sup>52</sup> Hay que recordar que, como ha reconocido la jurisprudencia de otros países, no existe protección constitucional para algo así como un “derecho al insulto”; al respecto, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., p. 378. El Tribunal Constitucional español ha sostenido que: “La emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona...” (Sentencia 105/1990).

<sup>53</sup> Una explicación más amplia del derecho a la vivienda puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 879 y siguientes.

La negativa a permitir el acceso a un establecimiento mercantil a una persona puede darse solamente cuando existan datos objetivos que la justifiquen. Por ejemplo si la persona en cuestión ha observado conductas violentas previamente dentro del establecimiento o si no observa la normatividad que rige para el funcionamiento del mismo. Tampoco sería discriminatoria la negativa a permitir el ingreso en determinados establecimientos mercantiles a menores de edad, puesto que con tal prohibición se estaría protegiendo un bien de rango constitucional (el desarrollo armónico de los menores, contemplado en los tres últimos párrafos del artículo 4 constitucional). Fuera de estos casos de excepción, quien tenga abierto un establecimiento que da servicio público (que lo mismo puede ser un restaurante que un taxi) no puede denegar la prestación del mismo por razones vinculadas al sujeto que lo solicita.<sup>54</sup>

En Francia la negativa de prestar un servicio semejante está contemplada en el Código Penal, que sanciona con una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio a “los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía”.<sup>55</sup>

La fracción XXVIII del artículo 9 señala que es discriminatorio el realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente una determinada preferencia sexual. Esta fracción también se aplica, sin duda alguna, a las relaciones entre particulares. Se trata de evitar las vejaciones que en México son tan comunes en contra de quienes en ejercicio de su autonomía moral, deciden comportarse, vestirse, gesticular de determinada manera.

### B. *Medidas positivas y compensatorias*

El Capítulo III de la LFD se refiere, como se sabe, a las medidas positivas y compensatorias que son necesarias para realizar la “igualdad de hecho” y no meramente formal. A primera vista, tales medidas no serían objeto de una aplicación “horizontal” ya que los sujetos encargados de su implementación son siempre autoridades, tal como lo señalan expresamente las primeras frases de los artículos 10 a 15 de la LFD. Pero si observamos con detalle podemos encontrar en esos preceptos algún resquicio para que penetre el “efecto entre particulares” del principio de no discriminación.

Por ejemplo, el artículo 10 de la LFD se refiere al deber de las autoridades de “incentivar la educación mixta” a favor de las mujeres; esa obligación puede proyectarse –desde luego con diferente intensidad- tanto sobre las escuelas públicas como sobre las particulares. En el mismo artículo se contempla también la creación de centros de desarrollo infantil y guarderías, que igualmente pueden ser públicos o privados.

El mismo tipo de razonamientos puede aplicarse a varias de las fracciones del artículo 11, que contempla las medidas positivas y compensatorias a favor de los menores de edad. La fracción VI del artículo en cuestión señala que se debe “alentar la producción y difusión de libros

---

<sup>54</sup> Ver el artículo 7 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

<sup>55</sup> Citado por Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 434.

para niños y niñas”. Esta tarea de alentamiento puede proyectarse lo mismo hacia las autoridades y los particulares.

Obviamente, en tanto que las medidas positivas deben partir o comenzar a través de acciones de los órganos públicos, su posible eficacia horizontal es más limitada que en el caso de las conductas establecidas por el artículo 9 de la LFD, en el sentido que ya fue explicado en el apartado anterior.

## 2. Cuestiones de procedimiento

La aplicación a las relaciones entre particulares del principio de no discriminación, que es evidente en la “parte sustantiva” de la LFD, se hace todavía más notable cuando se analizan los procedimientos establecidos en la propia ley.

De hecho, la atribución competencial que tiene el CONAPRED para conocer de violaciones al derecho de no discriminación cometidas por particulares es una singularidad que lo caracteriza y lo distingue del modelo tradicional del *ombudsman* (al menos del modelo seguido en México).<sup>56</sup>

Dentro de las cuestiones de procedimiento podemos agrupar dos grandes temas: A) las atribuciones generales del Consejo, tal como se encuentran reguladas en el capítulo IV de la ley; y B) la regulación de los procedimientos de quejas y reclamaciones del capítulo V, incluyendo las sanciones y medidas administrativas del capítulo VI.

Respecto de la competencia del Consejo puede citarse, por ejemplo, la fracción III del artículo 20 de la LFD, por medio de la cual se puede verificar la adopción de medidas y programas para prevenir y eliminar la discriminación en las instituciones y organizaciones públicas y *privadas*. También las fracciones XIII, XIV y XVII del mismo precepto hacen referencia a atribuciones competenciales del CONAPRED en relación a los particulares.

En la parte de los procedimientos también resulta evidente la intención del legislador para extender la cobertura de la LFD a las relaciones entre particulares. De hecho, esta intención fue tan firme que en la ley se establece un procedimiento específico para procesar los actos de particulares que presuntamente sean violatorios del principio de no discriminación.

El procedimiento de queja, nos indica el artículo 80 de la LFD, procede contra conductas de particulares que posiblemente sean discriminatorias.

---

<sup>56</sup> Diego Valadés advierte, con mucha razón, que la aceptación de los efectos horizontales de los derechos fundamentales nos deberá llevar a modificaciones respecto de la competencia de los órganos no jurisdiccionales de protección de los derechos previstos en el apartado B del artículo 102 constitucional. Actualmente dicho precepto dispone que tales órganos conocerán de quejas “en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen” derechos humanos. Valadés escribe lo siguiente: “La tendencia apunta en el sentido de ampliar la competencia de los tribunales para conocer de todo tipo de actos u omisiones que afecten los derechos fundamentales. Esto es una consecuencia del carácter normativo de la Constitución y de su supremacía... Es previsible que también se produzca un fenómeno análogo en el ámbito de los derechos humanos. La restricción que actualmente aparece en el artículo 102 de la Constitución no es compatible con la ampliación que se propone para los tribunales. Las mismas consideraciones que se han tenido presentes para el desarrollo de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales ante particulares, son válidas para el caso de los organismos no jurisdiccionales que tienen ese mismo cometido”, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 32.

En el capítulo dedicado a las medidas administrativas la LFD establece en el último párrafo del artículo 83, de manera quizá poco correcta, que las medidas señaladas en el mismo precepto que se quieran imponer a los particulares tendrá como condición que estos “se hayan sometido al convenio de conciliación correspondiente”.<sup>57</sup>

Como conclusión de este apartado podemos afirmar que la LFD prevé la aplicación del principio constitucional de no discriminación también a las relaciones entre particulares, tanto en la competencia del CONAPRED y los procedimientos que este órgano lleva a cabo, como en las cuestiones sustantivas de la no discriminación.

### VIII. LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DE LOS EFECTOS HORIZONTALES EN MÉXICO

En México la jurisprudencial tradicional ha establecido muy pocos criterios interpretativos en los que se reconozcan los efectos horizontales de los derechos fundamentales. Esto ha sido consecuencia, como ya se apuntaba en un apartado anterior, de la concepción que históricamente se ha tenido de los propios derechos (llamados, con la terminología del siglo XIX, “garantías individuales”), la cual además se ha proyectado a un concepto articulador de todo el sistema del derecho de amparo, que es el concepto de “autoridad para efectos del amparo”. Estas cuestiones ya han sido estudiadas, por lo que no insistiremos en este momento en su análisis. Lo que haremos será referir algunos criterios jurisprudenciales que, de forma muy tímida y poco articulada, han reconocido que los particulares también están obligados por las normas constitucionales y que, en esa virtud, pueden violar derechos fundamentales.<sup>58</sup>

Lo que haremos en los párrafos siguientes será transcribir la tesis jurisprudencial que tiene relevancia para nuestro tema y a continuación hacer los comentarios oportunos. Hemos procurado centrarnos en tesis más o menos recientes en el tiempo, a pesar de que hay precedentes importantes en las primeras décadas del siglo XX, con el afán de comentar las tendencias jurisprudenciales más novedosas relativas a nuestro objeto de estudio.

Las tesis relevantes, a la vista de lo anterior, serían las siguientes:

Novena Epoca, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Marzo de 2005, p. 359, tesis 2a. XXVII/2005, aislada, Administrativa.

Rubro: POSESIÓN. DIMENSIONES DE SU TUTELA CONSTITUCIONAL.

Texto: **La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege la posesión entre particulares (dimensión horizontal) y entre éstos y los poderes públicos (dimensión vertical)**, al reconocer en su artículo 14, segundo párrafo, que: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos", sino bajo las condiciones que éste prevé, **exigiendo de los particulares un deber de no afectación, garantizado a través de la obligación positiva de los poderes públicos de impedir la violación injustificada del derecho de posesión de otros**, si se toma en cuenta que el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución Federal señala que: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho". En tal virtud, existe el deber de los poderes públicos de proteger la pose-

---

<sup>57</sup> La LFD se refiere al convenio de conciliación en su artículo 70.

<sup>58</sup> Un repaso mucho más articulado de la jurisprudencia mexicana sobre el tema puede encontrarse en Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., pp. 41 y siguientes.

sión y los derechos que de ella deriven frente a intromisiones injustificadas, a fin de que adquiriera eficacia jurídica dicha garantía individual en ambas dimensiones.

Precedentes: Contradicción de tesis 131/2003-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero del Décimo Octavo Circuito y Tercero del Sexto Circuito, en contra del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito. 21 de enero de 2005. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Fernando Silva García.

Esta tesis es importante porque se refiere a un derecho (la posesión) que es objeto de protección constitucional en los artículos 14 y 16 y porque además distingue explícitamente entre la “dimensión horizontal” y la “dimensión vertical” del derecho. Lo curioso de la tesis es que desprende algunas consecuencias llamativas una vez que establece las dos dimensiones del derecho a la posesión. En efecto, de la doble dimensionalidad del derecho la Corte desprende un deber para los poderes públicos: concretamente, el deber de proteger la posesión frente a intromisiones injustificadas.

Se trata de un ejemplo paradigmático de que la teoría ha llamado la “eficacia horizontal indirecta” de los derechos, que es aquella que no traslada consecuencias jurídicas directamente a los particulares, sino que se refiere al deber de las autoridades de evitar que los mismos consumen violaciones a los derechos fundamentales. Este criterio arroja como consecuencia que la eficacia horizontal esté mediatizada (por decirlo de alguna manera) por los poderes públicos, y singularmente por el poder judicial,<sup>59</sup> que es frente a quien se podrá impugnar o demandar la violación que un particular lleve a cabo de un derecho fundamental de otro particular. A esta visión se le ha llamado también “tesis de la eficacia mediata” de los derechos fundamentales frente a particulares.<sup>60</sup>

Novena Epoca, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Diciembre de 2004, p. 1413, tesis I.15o.A.13 A, aislada, Administrativa.

Rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA OBLIGACIÓN QUE LA LEY RELATIVA IMPONE EN SU ARTÍCULO 3o., FRACCIÓN I, A LOS PROPIETARIOS, POSEEDORES O RESPONSABLES Y EMPLEADOS DE LOS LOCALES Y ESTABLECIMIENTOS CERRADOS, DE COADYUVAR ACTIVAMENTE EN LA VIGILANCIA DE SU CUMPLIMIENTO, NO VIOLA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES.

Texto: La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en diversos precedentes que esos principios son respetados por las autoridades legislativas cuando, además de actuar dentro de los límites que constitucionalmente les fueron conferidos (fundamentación) y de emitir leyes referidas a relaciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas (motivación), las disposiciones de observancia general que emiten, por una parte, crean certidumbre en los gobernados sobre las consecuencias de su conducta y, por otra, tratándose de normas que confieren alguna facultad a una autoridad, acotan en la medida necesaria y razonable esa atribución, en forma tal que impida a la respectiva autoridad actuar de manera arbitraria o caprichosa en atención a las normas a las que debe sujetarse al ejercer dicha potestad. En esa tesitura, la circunstancia de que en el artículo 3o., fracción I, de la ley de que se trata, se establezca que los propietarios, poseedores o responsables y empleados de los locales y establecimientos cerrados que el propio ordenamiento señala, deben coadyuvar

---

<sup>59</sup> Aunque entre los teóricos de la eficacia horizontal se discute si en esta tarea debe tener preeminencia el juez o el legislador, es decir, se discute si debe ser a través de la ley o a través de las sentencias y la jurisprudencia la forma en que se “reciben” y corrigen las violaciones a los derechos fundamentales cometidas por particulares. La experiencia comparada, en este punto, admite ambas soluciones, si bien es cierto que la intervención judicial –en un momento o en otro– siempre termina siendo necesaria.

<sup>60</sup> Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., pp. 18 y siguientes; Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 325 y siguientes.

activamente en la vigilancia del cumplimiento de ésta, no viola esos principios constitucionales, porque este deber no implica de manera alguna que se deleguen en dichos sujetos las atribuciones y obligaciones que el mismo ordenamiento impone en su artículo 2o., al jefe de Gobierno del Distrito Federal a través de los órganos políticos administrativos de las demarcaciones territoriales y las instancias administrativas correspondientes, en sus respectivos ámbitos de competencia, de aplicar y vigilar el cumplimiento de la ley, ya que la coadyuvancia no debe interpretarse como la subrogación de los particulares al principio de autoridad y vigilancia, pues la autoridad no pierde la potestad del ejercicio de sus facultades. **La colaboración de los particulares en ese aspecto sólo significa una ayuda o cooperación para la vigilancia en el cumplimiento de la ley, lo cual atiende a la posición que guardan los propietarios, poseedores, responsables y empleados de los locales y establecimientos cerrados frente a los sujetos transgresores de la ley, que fumen tabaco en lugares prohibidos, ya que resulta materialmente imposible que las autoridades competentes supervisen permanentemente cada uno de los locales o establecimientos para verificar que se acaten tales disposiciones, situación que de alguna manera previó el legislador, y por ello impuso a las personas que de manera directa atiendan esos lugares, para que coadyuven en la aplicación y observancia del mandato legal. Además, cabe destacar que las obligaciones que la ley relativa impone a los propietarios, poseedores o encargados de los establecimientos mercantiles, son deberes que pueden catalogarse como propios de una cooperación de los particulares en la realización de los fines del Estado, circunstancia que en la legislación positiva mexicana está plenamente permitida.**

DÉCIMO QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 54/2004. Operadora Bros, S.A. de C.V. 22 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas.

El tema en cuestión en esta tesis es el derecho a la salud. Ese es el derecho al que busca proteger la ley que fue reclamada en amparo y que ordena a los particulares que supervisen ciertos aspectos de su cumplimiento. Aunque no se trata de un caso claro de eficacia horizontal, la cita de la tesis es interesante –creo– debido a que involucra a los particulares en una tarea de protección de un derecho fundamental (la salud), frente a otros particulares. De esta manera, tanto la ley como la tesis transcrita parecen aceptar que los derechos fundamentales pueden tener ciertos aspectos de los que se desprendan “deberes” u obligaciones para los particulares. En el caso concreto de los particulares dueños de establecimientos mercantiles, para el efecto de que sean ellos quienes hagan observar la normativa que protege la salud de sus clientes, frente a los actos de otros particulares (que pueden ser clientes o empleados del propio establecimiento mercantil).<sup>61</sup>

<sup>61</sup> Una tesis relacionada con la que se acaba de transcribir, que también es interesante para nuestro tema de estudio, es la siguiente:

Novena Epoca, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Mayo de 2005, p. 1354, tesis I.7o.A. J/24, jurisprudencia, Administrativa.

Rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY RELATIVA, AL CONSIDERAR RESPONSABLES SUBSIDIARIOS A QUIENES NO COADYUVEN CON LA AUTORIDAD PARA HACER CUMPLIR SUS DISPOSICIONES, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Texto: El artículo 16 de la Ley de Protección a la Salud de los No Fumadores en el Distrito Federal, que prevé la responsabilidad subsidiaria de los propietarios, poseedores o responsables de los locales y establecimientos, por no coadyuvar con la autoridad para hacer cumplir la norma, no contraviene los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues, todo ciudadano tiene la obligación de coadyuvar con la autoridad para lograr el cumplimiento de la ley; de tal suerte que las obligaciones establecidas en el citado precepto no deben entenderse como una violación a la seguridad jurídica, pues en el procedimiento que ese mismo artículo prevé, se desprende que el propietario, poseedor o responsable de un local o establecimiento deberá exhortar a quien fume fuera de las áreas autorizadas a que se abstenga de hacerlo o proceda a trasladarse a los lugares destinados para tal fin; que en caso de negativa, le invitará a abandonar las instalaciones; si se resiste, deberá solicitar el auxilio de un elemento de la fuerza pública, a efecto de que ponga al infractor a disposición del Juez Cívico competente, conclu-

Sexta Epoca

Instancia: Cuarta Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: Quinta Parte, LXIX

Página: 10.

ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL. DEBE SER RESPETADO NO SOLO POR LAS AUTORIDADES, SINO TAMBIEN POR LOS PARTICULARES. FERROCARRILES. **El artículo 14 de la Constitución Federal, debe ser respetado no sólo por las autoridades, sino también por los particulares u organizaciones privadas de toda índole**, toda vez que si conforme a dicha garantía individual, para la aplicación de toda sanción o la privación de un derecho, mediante acto de autoridad, es menester que la persona afectada fuere previamente oída y vencida en juicio, en el cual se satisfagan los requisitos esenciales del procedimiento, con más razón cuando la sanción la va a aplicar una organización de carácter privado como lo es **el Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana, el cual no puede privar a sus agremiados, aun cuando para ello le autorizaren sus estatutos, de esa garantía constitucional que confiere el derecho de ser oído en defensa**, de donde se infiere que para que un trabajador pueda ser expulsado del sindicato a que pertenece mediante la aplicación de la correspondiente cláusula de exclusión, es menester que el trabajador afectado haya sido citado para concurrir al juicio sindical respectivo, en el cual sea debidamente oído en defensa, dándosele la oportunidad de aportar las pruebas que estimare pertinentes, tendientes a desvirtuar los cargos en los que se pretende apoyar la expulsión, pues de no llenarse tales requisitos, es evidente que se priva al afectado de la garantía constitucional a que se ha venido haciendo mérito; si la Junta responsable no lo consideró así, puesto que estimó inoperante la acción de nulidad que ejerció el demandante y hoy quejoso del procedimiento relativo a la aplicación en su perjuicio de la cláusula de exclusión, apoyando su fallo absolutorio en el inciso “c” adicionado al artículo 171 de los Estatutos que rigen la vida interna del Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana, no obstante que el procedimiento que señala ese inciso está en pugna con el texto del artículo 14 constitucional, puesto que priva a los miembros del sindicato de la garantía de audiencia que consigna dicha disposición constitucional, es de concluirse forzosamente que la Junta responsable al estimar inoperante las acciones ejercitadas en el juicio laboral y absolver a la parte demandada de tales prestaciones incurrió en las violaciones que se comentan.

Amparo directo 3855/62. Manuel Martínez Carrasco. 7 de marzo de 1963. Cinco votos. Ponente: Agapito Pozo.

Esta tesis, que fue emitida hace ya algunos años, durante la llamada “Sexta época” del Semanario Judicial de la Federación, tiene interés en la medida en que sin rodeos señala la obligación de los particulares de respetar el artículo 14 constitucional. La tesis se refiere específicamente al “Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana”, el cual debe respetar el derecho de audiencia que establece el mencionado artículo 14.

Hay que destacar el hecho de que con su decisión la Suprema Corte en ese momento decide imponer un derecho fundamental al interior de una organización, que es otro de los ejemplos clásicos de eficacia horizontal, como ya se ha explicado en alguno de los apartados precedentes.

---

yendo con tal proceder su responsabilidad. De ahí que la responsabilidad del particular sujeto a la norma es una consecuencia directa de no actuar conforme lo dispone la propia legislación.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 2607/2004. Hotel Flamingos Plaza, S.A. de C.V. 11 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: María del Carmen Alejandra Hernández Jiménez.

Amparo en revisión 2357/2004. Manuel Ignacio Corral Mier. 18 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Silvia Fuentes Macías.

Amparo en revisión 2777/2004. Paraíso Perisur, S.A. de C.V. 18 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: María del Carmen Alejandra Hernández Jiménez.

Amparo en revisión 2807/2004. Chalet Suizo, S.A. de C.V. y otras. 18 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Amelia Vega Carrillo. Amparo en revisión 2747/2004. José Guadalupe Ríos Roldán. 22 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Adela Domínguez Salazar. Secretaria: Aurora del Carmen Muñoz García.

Al hacerlo, la Corte reconoció la vinculación de los grupos sociales a los derechos fundamentales, sobre todo cuando se trata de grupos sociales que son vehículos necesarios para el ejercicio de un derecho fundamental (los sindicatos, en este sentido, tienen la función de permitir el ejercicio de la libertad sindical y de los derechos que son inherentes a tal libertad). Con el tiempo, un criterio parecido sería reconocido para el funcionamiento interno de los partidos políticos, si bien en este caso se trata de agrupaciones que el artículo 41 constitucional califica como de “interés público”.<sup>62</sup>

Es importante que los jueces pongan especial énfasis en hacer que las organizaciones que pueden imponer su voluntad sobre otros particulares o que son el instrumento idóneo (o incluso único) para el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, sea responsables por su eventual violación. Los derechos fundamentales, sin duda alguna, rigen también dentro de las organizaciones sociales de derecho público y —con ciertos matices, como ya se ha expresado— de derecho privado.

**Comunicaciones privadas. El derecho a su inviolabilidad, consagrado en el artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Federal, es oponible tanto a las autoridades como a los gobernados, quienes al transgredir esta prerrogativa incurrir en la comisión de un ilícito constitucional.** Del análisis de lo dispuesto en diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la misma contiene mandatos cuyos destinatarios no son las autoridades, sino que establece **deberes a cargo de los gobernados**, como sucede, entre otros casos, de lo dispuesto en sus artículos 2o., 4o. y 27, en los que la prohibición de la esclavitud, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como los límites a la propiedad privada, constituyen actos u omisiones que deben observar aquéllos, con independencia de que el mandato constitucional constituya una garantía exigible a las autoridades y que, por ende, dentro de su marco competencial éstas se encuentren vinculadas a su acatamiento. En tal virtud, **al establecer el Poder Revisor de la Constitución, en el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución General de la República, que las "comunicaciones privadas son inviolables", resulta inconcuso que con ello estableció como derecho fundamental el que ni la autoridad ni los gobernados pueden intervenir una comunicación**, salvo en los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece el propio numeral y, por tanto, **la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional**, con independencia de los efectos que provoque o del medio de defensa que se prevea para su resarcimiento, en términos de la legislación ordinaria correspondiente. *Tesis aislada*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Diciembre de 2000. Novena Época. Segunda Sala. Tesis 2ª CLX/2000. p. 428.

**Comunicaciones privadas. Las pruebas ofrecidas dentro de un juicio civil, obtenidas por un gobernado sin respetar la inviolabilidad de aquéllas, constituyen un ilícito constitucional, por lo que resultan contrarias a derecho y no deben admitirse por el juzgador correspondiente.** El artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. El párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que **fue voluntad del Poder Revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el**

<sup>62</sup> Al respecto, Castillo González, Leonel, *Los derechos de la militancia partidista*, México, TEPJF, 2004.

**consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional;** por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito. *Tesis aislada*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Diciembre de 2000. Novena Época. Segunda Sala. Tesis 2ª CLXI/2000. p. 428.

Las dos tesis que se acaban de transcribir quizá son las más importantes para determinar la manera en que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales puede ser recogida dentro del ordenamiento jurídico mexicano. En las dos tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte (derivadas de un asunto en el que el Ministro Ponente fue Guillermo Ortiz M.), se hace alusión a un concepto que podemos calificar como novedoso en nuestro panorama constitucional y que, bien empleado, puede generar importantes innovaciones hermenéuticas. Me refiero a la noción de “ilícito constitucional”, que hace referencia —si mal no entiendo— a todos aquellos hechos jurídicos que se han producido violando una norma constitucional, con independencia del carácter público o privado (o incluso mixto) que tenga el sujeto activo o violador de la Carta Magna. De hecho, el concepto de ilícito constitucional se puede circunscribir un poco más, pues en el criterio de la Corte tal ilícito se produciría solamente cuando se viola un “deber constitucional”.

Las tesis provienen de un juicio de amparo interpuesto en un caso de la jurisdicción civil que trataba de un divorcio necesario.<sup>63</sup> En el curso del juicio uno de los cónyuges presentó como prueba una cinta de audio del otro cónyuge en la que hablaba con una tercera persona. El cónyuge cuya voz se oía en la cinta promovió un juicio de amparo pidiendo que no fuera considerada como prueba la propia cinta en el juicio; el juez de amparo le dio la razón, pero su contraparte promovió un recurso de revisión que llegó al conocimiento de la Segunda Sala de la Suprema Corte en virtud de que se requería de una interpretación directa del artículo 16 constitucional.

En esa oportunidad, como ya se ha dicho, la Corte introduce el concepto de “ilícito constitucional”, que como acertadamente lo destaca Mijangos, no tiene precedentes en nuestra jurisprudencia constitucional ni tampoco a nivel doctrinal.<sup>64</sup> Por ilícito constitucional la Corte entiende la omisión de los actos ordenados o la ejecución de los actos prohibidos por la Constitución. Es importante destacar que la Corte señala que un ilícito constitucional puede ser cometido tanto por autoridades como por particulares “con total independencia del procedimiento que se prevea para el resarcimiento correspondiente”; es decir, la Corte distingue la cuestión sustantiva (lo que Mijangos llama “el problema de construcción”) de la cuestión procesal (llamada por el mismo autor el “problema de la protección”),<sup>65</sup> lo cual es muy adecuado para hacer planteamientos correctos sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

La consecuencia de los criterios referidos, como consta expresamente en la segunda de las tesis que estamos comentando, es que si una prueba fue obtenida a través de la comisión de un

---

<sup>63</sup> La exposición de los detalles en Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., pp. 62 y siguientes. El mismo autor ha analizado el caso en su ensayo “El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 14, México, 2003.

<sup>64</sup> Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., p. 63.

<sup>65</sup> Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, cit., p. 65.

ilícito constitucional, no puede ser tomada en cuenta por juez alguno en un procedimiento jurisdiccional.<sup>66</sup>

Lo importante, a partir de las tesis citadas, es que la Corte ya asume con todas sus consecuencias la eficacia entre particulares al menos de ciertos derechos fundamentales. Este criterio se proyecta de forma inmediata hacia todas las autoridades judiciales del país (por mandato de los artículos 192 y siguientes de la Ley de Amparo), pero puede ser de gran utilidad también para los órganos administrativos, que pueden aplicar esa jurisprudencia en un buen número de procedimientos. Así por ejemplo, las tesis mencionadas pueden ser de utilidad para las actividades del CONAPRED, en tanto que eventualmente se pueden aplicar como apoyo sus decisiones en los procedimientos de queja de que conoce.

Desde luego, del estudio de las tesis transcritas y de algunos otros precedentes judiciales que existen sobre el tema se puede ver concluir que la eficacia horizontal es un tema sobre el que todavía hace falta mucho estudio y reflexión. En este sentido le cabe a la teoría constitucional la gran responsabilidad de construir referentes teóricos que den soporte y orienten las decisiones que, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional, se vayan tomando sobre el tema.

## IX. UNA NOTA DE DERECHO COMPARADO

Como se ha puesto en evidencia en varios de los apartados anteriores, la experiencia mexicana acerca de la aplicación entre particulares de los derechos fundamentales en general, y del derecho a no ser discriminado en concreto, es muy escasa. Se trata de un tema que solamente de forma muy incipiente ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales y de análisis teóricos. En este contexto, quizá puede ser útil mencionar algunas experiencias interesantes tomadas del derecho comparado, tanto en el ámbito del derecho nacional de otros países como en el del derecho internacional de los derechos humanos. No se trata de hacer un recuento completo del derecho comparado en esta materia, lo que requeriría de esfuerzos que superan con mucho el objetivo del presente ensayo, sino de resaltar las experiencias que pueden tener mayor interés para el caso mexicano.

### 1. *La eficacia horizontal en los textos constitucionales*

La mejor forma de zanjar las discusiones sobre los efectos horizontales de los derechos fundamentales consiste en disponer por mandato constitucional tales efectos. Esto es lo que hace, por ejemplo, la Constitución de Portugal de 1976, cuyo artículo 18.1 señala: “Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vincularán a las entidades públicas y *privadas*”.

Otros textos constitucionales prefieren reconocer la procedencia de acciones judiciales (de amparo o de un tipo parecido) por actos de particulares que presuntamente violen derechos

---

<sup>66</sup> El criterio sobre la inadmisibilidad judicial de las pruebas obtenidas ilícitamente es muy conocido en los ordenamientos jurídicos modernos. Algunos países lo han elevado incluso a rango constitucional; tal es el caso de la Constitución brasileña de 1988, cuyo artículo 5 dispone en la fracción LVI que “son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”. Esta concepción permite extender la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al ámbito probatorio.

fundamentales. Este es el caso de la Constitución de Argentina, que luego de la reforma integral de 1994, dispone en su artículo 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o *de particulares...*”.<sup>67</sup> Disposiciones parecidas se encuentran en un buen número de las Constituciones de las provincias que integran el Estado argentino.<sup>68</sup>

En sentido parecido, la Constitución de Colombia de 1991 establece en el último párrafo de su artículo 86 que “La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión”. La mejor doctrina constitucional colombiana ha señalado que, pese al avance que este precepto representa, en realidad confía el tema de la eficacia horizontal a la competencia del legislador, lo cual pone de manifiesto lo excepcional que es la oposición de los derechos fundamentales frente a los particulares.<sup>69</sup>

Con todo, el artículo 86 de la Constitución colombiana es interesante porque a pesar de que se dirige en primer término a una cuestión procesal (referida a la procedencia de la acción de tutela), en realidad incide también en aspectos sustantivos cuando enumera algunos casos específicos, que sin duda tienen una alta relevancia para la aplicación horizontal de los derechos fundamentales.

En efecto, que los derechos fundamentales puedan hacerse valer frente a particulares que prestan servicios públicos es un tema de la mayor importancia a la luz de los grandes procesos de privatización de servicios públicos que se han dado en muchos países de América Latina, incluyendo el caso de México.<sup>70</sup>

Suele suceder que los Estados se reserven la titularidad de algún servicio público, pero trasladen a los particulares su prestación; en estos casos, si bien formalmente se trata de simples particulares, los derechos fundamentales deben valer debido a la función de interés público que llevan a cabo —por un lado— y debido a las medidas que pueden desarrollar frente a otros particulares, respecto de las cuales sería muy ingenuo pensar que se dan relaciones simétricas e iguales entre los sujetos involucrados.

La aplicación jurisprudencial que del mandato del artículo 86 que estamos comentando ha hecho la Corte Constitucional colombiana permite advertir dos principios hermenéuticos: a) “el particular que presta un servicio público se equipara a la autoridad pública y por ende es destinatario de la acción de tutela en los mismos supuestos en que lo es la autoridad pública, es decir,

---

<sup>67</sup> El segundo párrafo de este artículo señala que “Podrán interponer esta acción contra cualquier *forma de discriminación...*”.

<sup>68</sup> La enumeración de las mismas puede verse en Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., pp. 22-23.

<sup>69</sup> Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, cit., pp. 229-230. El desarrollo legislativo del artículo 86 fue realizado por medio del Decreto Ley 2591 de 1991, que a la postre fue declarado parcialmente inconstitucional, debido a que limitaba algunos de los supuestos señalados por el precepto de la Constitución.

<sup>70</sup> Ingo Von Münch sostiene que “La privatización de los servicios públicos, por ejemplo telecomunicaciones o universidades, reducirá el ámbito de aplicación del derecho público y, simultáneamente, ampliará el ámbito de aplicación del derecho privado. En la misma proporción, se expandirá la *drittwirkung*”, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, cit., p. 32.

ante la violación de cualquier derecho fundamental”; y b) sin importar de que servicio público se trate, cabe la acción de tutela en contra del particular encargado de su prestación.<sup>71</sup>

Los otros dos supuestos señalados por el artículo 86 de la Constitución colombiana también son muy importantes. Se trata, en primer lugar, del caso en que un particular con su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo. En tal supuesto pueden encontrarse las empresas contaminantes<sup>72</sup> o los particulares que afecten el patrimonio urbano, histórico o artístico.<sup>73</sup>

La tercera previsión del artículo 86 se refiere a las relaciones jurídicas en que una persona se halle en estado de subordinación o de indefensión; se puede aplicar este supuesto a las relaciones de los particulares con las grandes corporaciones, que tampoco pueden considerarse como simétricas (por ejemplo cuando las corporaciones imponen la firma de contratos “de adhesión”, en los cuales las cláusulas están determinadas por una de las partes y respecto de las cuales la otra parte solamente puede someterse o no participar en la relación jurídico-contractual). La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que la subordinación y la indefensión son características fácticas que deben ser precisadas caso por caso.<sup>74</sup>

Regulaciones semejantes a las de Argentina y Colombia pueden encontrarse en otros textos constitucionales de América Latina, como los de Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay y Perú.<sup>75</sup>

## 2. La eficacia horizontal en pronunciamientos jurisprudenciales

Los casos que acabamos de comentar se refieren a previsiones establecidas directamente por los textos constitucionales. Sin embargo, la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha sido desarrollada en muchos países a través de criterios jurisprudenciales (como en el caso de México, según lo que ya vimos en el apartado anterior). Conviene mencionar los pronunciamientos más conocidos.

El caso quizá más citado sobre nuestro tema (o al menos uno de los más difundidos) fue resuelto en 1958 por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y se le conoce como “Caso Lüth”.<sup>76</sup> Su origen se encuentra en la exhortación que un particular hizo para que el público boicoteara una película realizada por otro particular. El primero de ellos fue demandado civilmente y condenado por los tribunales ordinarios. Al conocer del recurso extraordinario el Tribunal Constitucional afirma que la Constitución alemana “no tiene el carácter de un ordenamiento de valores neutral”; por el contrario, el orden de valores que impone la Constitución, el cual “en-

---

<sup>71</sup> Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, cit., pp. 235-236.

<sup>72</sup> La Corte constitucional ha emitido sentencias referidas a ruidos molestos producidos por establecimientos de diversión o por empresas que trabajan cerca de zonas residenciales, por emisión de malos olores, por el vertido de desechos químicos, etcétera. Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, cit., p. 241.

<sup>73</sup> Aunque en el caso de Colombia su utilización está limitada ya que existe en su ordenamiento jurídico otra vía procesal de protección de este tipo de intereses o bienes jurídicos, que son las acciones populares previstas en el artículo 88 de su Constitución.

<sup>74</sup> Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, cit., pp. 244 y siguientes.

<sup>75</sup> Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., pp. 28-29; Fix Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª edición, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 788.

<sup>76</sup> Un análisis del caso y del debate que suscitó posteriormente en la dogmática constitucional alemana puede verse en Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, cit., pp. 68 y siguientes.

cuentra su punto medio al interior de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, como decisión constitucional fundamental, *debe ser válido para todas las esferas del derecho*; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Así influye evidentemente también en el derecho civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él”.<sup>77</sup>

En el ámbito de América Latina destaca el pronunciamiento de la Corte Suprema de Argentina en el conocido como “Caso Kot”. En este caso la Corte reconoció que los derechos fundamentales de un empresario podían ser violados por un grupo social determinado (en el caso concreto se trataba de un sindicato). En la sentencia relativa la Corte sostuvo que

Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poder material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales...<sup>78</sup>

Este caso tuvo importantes repercusiones para la configuración del juicio de amparo en Argentina, tanto a nivel federal como provincial, así como en otros países de la región.<sup>79</sup>

En Estados Unidos la Suprema Corte ha mantenido un criterio parecido al que ya hemos citado de los tribunales mexicanos, en el sentido de reconocer que la afectación de los derechos fundamentales solamente se presenta cuando existe un “acto de autoridad”; el concepto empleado en Estados Unidos es el de “*state action*”.<sup>80</sup> En ausencia de esa acción estatal no puede demandarse la violación de un derecho fundamental.

Sin embargo, de forma indirecta se han podido obtener algunos pronunciamientos que al menos han reconocido fenómenos discriminatorios por parte de los particulares. Ya hemos citado el sentido de algunos pronunciamientos sobre la eficacia horizontal del derecho de asociación. Entre los más importantes en esta materia se encuentra la sentencia del caso *Roberts versus United States Jaycees* de 1984, sobre la no admisión de mujeres en ciertas asociaciones privadas. En un caso parecido (*Board of Directors of Rotary International versus Rotary Club of Duarte*, de 1987) la Corte impuso la obligación de los clubs de Rotarios (muy conocidos en Estados Unidos y en México) de aceptar a mujeres; es decir, en ambos casos la Corte sostuvo que la discriminación por razón de sexo no puede imponerse frente al derecho de libre asociación. El mismo criterio fue sostenido, con diversos matices, en casos posteriores.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Los pasajes más importantes de la sentencia se encuentran en traducción al español en la obra de Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, Fundación K. Adenauer, 2003, pp. 133-137.

<sup>78</sup> Texto tomado de Fix Zamudio, Héctor, “La protección jurídica y procesal frente a los grupos de presión” en el libro del mismo autor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª edición, México, CNDH, 1999, pp. 161-162.

<sup>79</sup> Fix Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., pp. 786 y siguientes.

<sup>80</sup> Un análisis de este concepto y los matices con que ha sido aplicado por los tribunales estadounidenses puede verse en Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

<sup>81</sup> Al respecto, O’Connor, Karen, “Private discriminatory associations” en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2a edición, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 786-787.

En otras sentencias la Corte de los Estados Unidos ha declarado la inconstitucionalidad de normativas locales de desarrollo urbano que exigían o permitían la segregación racial en la urbanización de barrios. Un pronunciamiento pionero en este tema se encuentra en la sentencia del caso *Buchanan versus Warley* de 1917. La extensión de este criterio a actos de particulares no sucedió, sin embargo, sino hasta 1968, cuando en la sentencia del caso *Jones versus Alfred H. Mayer Co.* la Corte sostuvo que la discriminación racial estaba prohibida tanto para las autoridades como para los particulares (el caso se había originado por la negativa del propietario de una vivienda para vender la misma a una pareja, dado que el marido era una persona afroamericana).<sup>82</sup>

A nivel internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido también la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales en varios de sus pronunciamientos, tanto en sentencias como en opiniones consultivas.<sup>83</sup> En concreto, la Corte considera que el Estado debe hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones sujetas al derecho privado, pues de otra manera podrían darse violaciones de derechos que le supondrían, llegado el caso, incurrir en una responsabilidad internacional. La Corte afirma, a propósito de los derechos de los trabajadores, que “En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares” (Opinión Consultiva número 18, párrafo 140).

En el mismo sentido, la Corte considera que “La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de esos derechos (OC 18, párrafo 147).

En un pronunciamiento muy parecido, dentro de un caso contencioso, la Corte ha sostenido que “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 agresión, 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 (Americana de Derechos Humanos)”.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Una narración de estos y otros precedentes puede verse en Rosenberg, Gerald N., “Housing discrimination” en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, cit., pp. 475-476.

<sup>83</sup> Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana tiene un especial interés para México, ya que resultan obligatorios en términos del artículo 133 constitucional y de la tesis 77/99 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los preceptos correspondientes de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados y de la propia Convención Americana de Derechos Humanos que fue el instrumento de creación de la Corte.

<sup>84</sup> Caso Velásquez Rodríguez, párrafo 173, consultable en García Ramírez, Sergio (coordinador), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, IJ-UNAM, 2001, p. 81.

## X. CONCLUSIÓN

La teoría clásica liberal de los derechos fundamentales es insuficiente en la actualidad para explicar una serie de violaciones a los mismos, que ya no solamente pueden provenir de las autoridades, sino también de los particulares.

La teoría liberal de los derechos ha tenido una gran influencia en México y ha sido aceptada por la mayor parte de la teoría constitucional, por la legislación (a través de la Ley de Amparo) y por la jurisprudencia.

Se requiere un cambio de grandes proporciones, que permita asegurar la eficacia horizontal de los derechos, de modo que tengan efecto no solamente en las relaciones entre autoridades y particulares, sino también –con los matices que sean necesarios– en las relaciones jurídicas entre particulares.

La tendencia en México parece acompañar los avances que se han producido en otros países. Algunas tesis jurisprudenciales de nuestros tribunales ya admiten la eficacia horizontal de los derechos, como lo hace también –desde una perspectiva bastante moderna– la LFD.

En el futuro será necesario profundizar en el estudio de la eficacia entre particulares de los derechos, definiendo para el caso de cada derecho en concreto los alcances que podría tener según que se proyecte a relaciones entre particulares y autoridades o solamente entre particulares. Para realizar esa tarea será de gran utilidad la comprensión y el análisis de lo que se ha hecho en otros países, sobre todo en los que el tema ha sido estudiado desde hace décadas.

En particular para el derecho a la no discriminación es muy importante reconocer la posibilidad de que se aplique a las relaciones entre particulares, pues la discriminación es sobre todo –hoy en día– un fenómeno que tiene gran arraigo en la sociedad mexicana. Sostener que ese derecho solamente puede ser eficaz frente a las autoridades es dejar de lado la enorme evidencia que nos demuestra su presencia y sus efectos perniciosos en el ámbito de las relaciones sociales. Pensemos simplemente en los ámbitos laboral, educativo e indígena. En ellos es evidente la existencia de una discriminación *socializada*, que casi siempre perjudica a grupos en situación de alta vulnerabilidad. El presente ensayo quiere servir como una herramienta modesta para alimentar un debate necesario e incluso urgente en México, que tiene que ver –en el fondo– con la posibilidad de que los derechos fundamentales sean algo más que meras declaraciones retóricas que adornan nuestro texto constitucionales y puedan convertirse en instrumentos para que florezcan en la sociedad mexicana la igualdad y la libertad en todas sus expresiones.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, Silvina, “Los derechos de la mujer en un pañuelo”, *Claves de razón práctica*, número 123, Madrid, junio de 2002.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

Bilbao Ubillós, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

- Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997.
- Bilbao Ubillos, Juan María, “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, Ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, España, 3-5 de diciembre de 2003.
- Bilbao Ubillos, Juan María y Rey Martínez, Fernando, “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional” en Aragón, Manuel (coordinador), *La Constitución y la práctica del derecho*, Madrid, Aranzadi, BCH, 1998.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 32ª edición, México, Porrúa, 2002.
- Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, Porrúa, CNDH, 2005.
- Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Porrúa, CNDH, 2005.
- Carbonell, Miguel, *Igualdad y Constitución*, México, CONAPRED, 2004.
- Carbonell, Miguel, “Legislar contra la discriminación” en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- De Vega, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales.(La problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)” en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado” en Varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2ª edición, México, IIJ-UNAM, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, “Garantías”, *Jueces para la democracia*, número 38, Madrid, julio de 2002.
- Fix Zamudio, Héctor, “La protección jurídica y procesal frente a los grupos de presión” en el libro del mismo autor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª edición, México, CNDH, 1999.
- Fix Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional” en Ferrer MacGregor, Eduardo (coordinador), *Derecho procesal constitucional*, 4ª edición, México, Porrúa, 2003, tomo I.
- Fix Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª edición, México, Porrúa-UNAM, 2003.
- González Galván, Jorge, Hernández, Pilar y Sánchez Castañeda, Alfredo, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coordinadores), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, IIJ-UNAM, 2001.
- Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995.

- Irons, Peter, *Jim Crow's children. The broken promise of the Brown decision*, Nueva York, Penguin Books, 2002.
- Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Kluger, Richard, *Simple justice. The history of Brown v. Board of Education and black america's struggle for equality*, Nueva York, Vintage Books, 2004.
- Mijangos y González, Javier, "El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 14, México, 2003.
- Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004.
- O'Connor, Karen, "Private discriminatory associations" en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2a edición, Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- Patterson, James T., *Brown v. Board of Education. A civil rights milestone and its troubled legacy*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996.
- Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, CONAPRED, 2005.
- Rosenberg, Gerald N., "Housing discrimination" en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2a edición, Nueva York, Oxford University Press, 2005
- Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, SCJN, 2005.
- Velasco, Juan Carlos, "El crucifijo en las escuelas. Sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania", *Claves de razón práctica*, número 72, Madrid, mayo de 1997.
- Von Münch, Ingo, "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania" en Salvador Coderch, Pablo (coordinador), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997.
- Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Alvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000.
- Zaldivar, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, UNAM, 2002.