

# EL CONCEPTO DE PODER PÚBLICO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A PARTICULARES

Javier Mijangos y González<sup>1</sup>

Investigador del Área de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

## Para Ainhoa, por supuesto. Maite Zaitut.

Sumario: I. Introducción. II. La problemática del concepto de poder público y la necesidad de su replanteamiento. III. La interpretación jurisprudencial del concepto de poder público. III.1. El concepto de autoridad en la jurisprudencia constitucional mexicana. a) La concepción tradicional de autoridad. b) El nuevo concepto de autoridad. III.2. El concepto de poder público en la jurisprudencia constitucional española. III.3. El concepto de state action en la jurisprudencia estadounidense. a) El ejercicio de funciones públicas. b) La existencia de una conexión o implicación estatal significativa. c) La noción de state action como mecanismo para ponderar los derechos fundamentales en pugna. IV. A modo de conclusión. V. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN.

La investigación que nos ocupa se enmarca dentro del estudio de las relaciones entre el concepto de poder público y la incidencia de los derechos fundamentales; así, abordaremos dicha problemática bajo los parámetros y presupuestos que a continuación se desarrollan.

Las siguientes líneas abordan el conflicto que implica, por una parte, la formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, y por la otra, la insuficiencia de dicha fórmula para dar respuesta a las violaciones de dichos derechos provenientes de los particulares. Nuestro objetivo se circunscribe a exponer los elementos básicos que nos permitan elaborar el replanteamiento de la concepción tradicional del poder público.

Para lograr dicho cometido se señalarán las coordenadas esenciales en las que se desenvuelve la problemática en estudio. En primer término, es posible reconducir la fórmula de los derechos fundamentales como límites frente al poder a la dialéctica individuo Estado, propia de la filosofía política decimonónica, en la cual el poder público era concebido como unidad homogénea, identificable en términos orgánicos y referente natural de las pretensiones *iusfundamentales* de los individuos<sup>2</sup>.

Es conveniente señalar que en el orden de estas ideas no se discutirá la calidad del Estado como presupuesto fundamental de la producción de normas de derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico concreto. No se pretende

1 Más allá de lo que obliga el cariño que me une a Pablo Mijangos, le agradezco el tiempo invertido en la revisión de este trabajo, las buenas ideas y los puntos de vista del abogado e historiador que, desde la Universidad de Texas, han enriquecido este trabajo. El resultado, me temo, no hace justicia a estas ayudas. Comunicaciones con el autor: [jmijango@der-pu.uc3m.es](mailto:jmijango@der-pu.uc3m.es)

2 La tensión histórica en la que se ubican los derechos fundamentales no sólo se determina desde el punto de vista del individuo como portador de pretensiones frente al Estado, sino que es fundamental tener en cuenta que dichas pretensiones tienen su origen en la autodeterminación estatal. Así, "los derechos de los individuos se fundan sobre un acto soberano de autolimitación del Estado" [M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998 (1ª ed. 1996) p. 118]. Asimismo esta lógica

Estado-individuo debe ser entendida en el contexto del Estado Liberal de Derecho del siglo XIX, heredero de las declaraciones de derechos americana y francesa, y del positivismo jurídico en el que no sólo la *estatalidad del derecho*, sino la *estatalidad del mismo poder* se convierten en el punto de partida del razonamiento de los derechos fundamentales, de tal manera que "dentro de estas coordenadas, los derechos que hoy llamamos fundamentales, se conciben como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) o de omisión (*Unterlassungsrechte*) oponibles únicamente frente al Estado. Sólo pueden ejercerse unidireccionalmente, puesto que son los poderes públicos los únicos que están obligados a respetarlos". (J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 235).



negar el papel del poder político como “hecho fundante básico del Derecho”<sup>3</sup>, ni se propondrá la existencia de un pluralismo en la producción normativa que se extienda más allá de las fronteras estatales, sino que se examinará la concepción que circunscribe la incidencia de los derechos fundamentales únicamente en las relaciones entre el individuo y el Estado<sup>4</sup>.

En este sentido, resulta necesario partir de una concepción normativista–realista del Derecho que nos permitirá obtener los elementos necesarios de una concepción compleja del poder, esto es, una visión del fenómeno jurídico capaz de dar cuenta tanto de la complejidad empírica como normativa que implican los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos contemporáneos.

Esta concepción es la que subyace en la propuesta de R. de Asís al examinar las paradojas de los derechos fundamentales, “problemas que pueden aparecer con una defensa sin matices de la idea de que los derechos son límites al poder», y en específico lo que denomina la “paradoja del limitador limitado”<sup>5</sup>. Dicha cuestión hace referencia a la consideración de que los derechos fundamentales no son únicamente límites al poder político, sino que implican una doble problemática íntimamente relacionada, a saber: primera, que los derechos fundamentales se convierten en límites de un poder mucho más complejo que el tradicional concepto de poder público, y segunda, que los derechos fundamentales se convierten en límites a la actuación de los particulares.

Así, en este estudio daremos cuenta de la primera de las problemáticas señaladas, en lo que hace a su implicación restrictiva en la incidencia de los derechos fundamentales, la consideración de factores que nos pueden llevar a una concepción más amplia del poder y el tratamiento específico que la jurisprudencia constitucional ha dado a este conflicto. Siempre en el entendido de que ambas

problemáticas se interrelacionan necesariamente, y que la solución aplicada por un sistema jurídico concreto sólo podrá ser entendida en la interconexión de dichas problemáticas.

## II. LA PROBLEMÁTICA DEL CONCEPTO DE PODER PÚBLICO Y LA NECESIDAD DE SU REPLANTEAMIENTO.

El principio que sostiene a los derechos fundamentales como herramientas oponibles únicamente frente al poder estatal parte de la idea de que la presencia del Estado implica una relación de desigualdad con el particular, situación que se considera inexistente en las relaciones entre particulares, autorreguladas entre iguales, conscientemente libres, regidas por el principio de autonomía de la voluntad, ausentes de cualquier viso de poder<sup>6</sup>. En esta concepción el poder público es identificado con la estatalidad, en tanto “instancia a la que se pueden reconducir todas las posibilidades de producción normativa jurídica”<sup>7</sup> y amenaza de tal magnitud y dominación que necesita ser limitada mediante los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales juegan una suerte de linde entre el Estado y la sociedad, cuya presencia constitucional refuerza su función de instrumentos organizativos y limitadores de la actuación pública, en una concepción de la Constitución que la reconducía a centro de ordenación de *un proyecto predeterminado de vida común*<sup>8</sup>, proyecto que era posible con la presencia de instrumentos que detuviesen y controlaran esa fuerza omnipotente que representaba la soberanía estatal.

Esta concepción de los derechos fundamentales y del poder es acorde con una visión social monoprobemática que simplifica y reconduce toda deficiencia al Estado y deja a su suerte (planificada en el resto del ordenamiento jurídico) a las relaciones *inter privados*.

3 Cfr. G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, con la colab. de R. de Asís, C. R. Fernández y A. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, (1ª ed. Eudema, 1991), p. 344–347.

4 Es importante establecer que dicha concepción no niega la obligación de respeto que deben tener los particulares respecto a los derechos o libertades de otros individuos, sin embargo, dicha incidencia no se da en el plano de las normas constitucionales de derechos fundamentales (*relaciones de desigualdad*), sino en el ámbito del resto del ordenamiento jurídico (*relaciones de igualdad*). Esta particularidad será puesta de manifiesto en el estudio que se llevará a cabo sobre el examen del concepto de poder público que realiza la jurisprudencia constitucional, tanto mexicana como estadounidense.

5 R. de Asís Roig, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 29 y 87-94.

6 En el mismo sentido, véase a P. De Vega García, “Dificultades y problemas para la construcción de un

constitucionalismo de la igualdad”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, vol. I, Universidad de Murcia, Murcia, 1997, pp. 730-733.

7 F.J. Ansuátegui Roig, *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 44.

8 Es precisamente ésta la idea que Zagrebelsky propone como cambio de paradigma en la idea de Constitución al señalar que “las sociedades pluralistas actuales (...), esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional”. [G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1997 (1ª ed. 1995), p.13].

Este escenario determina la incidencia de los derechos fundamentales únicamente en razón del carácter público o privado de la entidad, desconociendo los derechos o intereses que se encuentran en pugna, lo que provoca la automática unidireccionalidad estatal de los derechos, restándoles incidencia en gran parte de las relaciones jurídicas que se suceden día tras días en las complejas sociedades contemporáneas.

Resultan esclarecedoras las palabras de L. Prieto, en el sentido de resaltar que en la concepción originaria de los derechos, éstos no se encuentran excluidos de las relaciones privadas, al momento en que señala que “es cierto que históricamente los derechos humanos serían algo así como la compensación que obtiene el individuo por la desigualdad que padece en presencia del Estado, desigualdad que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no existe en su relación con los demás individuos; pero, en realidad, lo que nace bajo esa idea compensadora no es propiamente el contenido de los derechos que, justamente y al menos en algún caso, ya existía frente a los particulares, sino su oponibilidad frente al Estado. Es el adjetivo de fundamental y no el sustantivo de derecho lo que añade la posibilidad de defensa frente al Estado”<sup>9</sup>.

Una visión que pretenda expandir la fuerza de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico concreto debe partir de un análisis que comprenda al poder como un fenómeno complejo, esto es, que identifique su actuar a través de criterios materiales susceptibles de afectar el disfrute de los derechos, y no a través de criterios meramente formales y orgánicos para determinar su entidad estatal.

En este orden de ideas, la fórmula de los derechos fundamentales como límites al poder cobra vigencia y virtualidad en aquellos sistemas jurídicos que sostienen una concepción amplia del poder que tenga en cuenta a aquellos actores sociales que comparten un poder que ya no sólo se encuentra concentrado en el Estado sino que se disemina y ejerce a través de relaciones entre particulares,

aparentemente *igualadas*, pero que en realidad conllevan un poder privado de subordinación que “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”<sup>10</sup>.

En términos de la propuesta jurídico-democrática de G. Peces-Barba, atender al *poder de influencia* y no sólo al poder jurídico o *de decisión*<sup>11</sup> en lo que hace al fenómeno de incidencia de los derechos fundamentales, a ese poder paralelo que “es privado en lo que concierne a su fuente (...) y a los sujetos implicados, pero cuyo acto de ejercicio se realiza, sin embargo, con formas de coacción y autoridad asimilables sustancialmente a las categorías (...) propias de los poderes de derecho público”<sup>12</sup>.

Así, las categorías jurídicas decimonónicas no responden, y quizá ni en ese entonces lo lograron, a las exigencias de una realidad en la que grupos y corporaciones sociales se configuran como serias amenazas para las libertades de los particulares.<sup>13</sup>

Bajo estos lineamientos, la pretendida igualdad entre particulares únicamente se desarrolla en el plano formal, esto es, entre iguales ante la ley. Sin embargo, las diferencias sociales, políticas y económicas, rompen ese plano de igualdad e introducen elementos de obediencia y coacción que institucionalizan, en determinadas entidades, un verdadero poder de influencia sobre los derechos fundamentales de los particulares, similar al ejercido por las autoridades estatales.

El replanteamiento del concepto de poder público nos obliga a escrutar ese poder emergente y paralelo al estatal, al momento de analizar la realidad de los derechos fundamentales e intentar precisar una respuesta o esquema alternativo que no deje fuera de control *iusfundamental* este tipo de actos. Así, quedará a cargo de cada sistema jurídico, y en especial de la jurisprudencia constitucional, la decisión de mantener, en detrimento de los particulares, una sólida división entre lo público y lo privado como criterio para

9 L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 207.

10 J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 244. R. de Asís señala al respecto que “puede hacerse alusión, en este sentido, a grupos y organizaciones a caballo entre el ámbito privado y el público, pero también a determinados entes de “naturaleza” privada, que tienen importantes potestades jurídicas, en torno a la posibilidad de establecer regulaciones jurídicas con carácter más o menos general, así como una fuerza, en ocasiones, determinante de la voluntad política”. (R. de Asís Roig, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, cit., p.94).

11 Cfr. G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, pp. 340-342.

12 G. Lombardi, “Potere privato e potere negativo” en AA.VV., *Autonomia e diritto di resistenza*, Atti del convegno di Sassari (1971), Giuffrè, Milano, 1973.

13 En términos menos delicados, M. Foucault definía al poder en las sociedades modernas como una red productiva, “dispuesta sobre cada gesto, cada palabra, cada cuerpo, cada sentimiento, cada conducta: su tecnología productora es la vigilancia y la disciplina y su producto, la sociedad disciplinaria en la que vivimos. La disciplina no se ejerce sobre los ‘individuos’: es ella, más bien, la que ha producido sus individuos” (Cfr. C. Fernández Liria, *Sin vigilancia y sin castigo. Una discusión con Michel Foucault*, Libertarias/ Prodhufi, Madrid, 1992, p. 17).



determinar la posibilidad de invocar un derecho o difuminar cada vez más esa frontera y proponer esquemas de ponderación judicial en los que la incidencia, tanto en los aspectos de validez como de eficacia, de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se conviertan en el centro de la discusión.

En estos términos, no existe razón de fondo que permita calificar de relevante la distinción entre actos estatales y actos privados y concluir la exclusión de estos poderes privados del control *iusfundamental* de sus actos. En palabras de L. Ferrajoli “también los poderes privados, como los poderes públicos, están sujetos a la carga de la justificación y de la legitimación, tanto formal como sustancial. Y también su minimización equivale a la maximización de las libertades y, consecuentemente, de la igualdad y del valor de las personas...”<sup>14</sup>.

De este modo, la estatalidad del poder público es puesta en tela de juicio, los poderes *privados* se transforman en *públicos* al momento de concentrar tal potestad para vulnerar derechos fundamentales y la fórmula clásica de los derechos fundamentales sufre un cambio paradigmático con relación a su configuración histórica: “existen ocasiones en que los derechos fundamentales no son límites al poder político sino a la actuación de otros individuos. El sujeto titular de los derechos que era el limitador del poder a través de unos derechos, es, desde esta perspectiva a quien se limita”<sup>15</sup>.

### III. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE PODER PÚBLICO.

Una vez planteada la discusión acerca del concepto de poder público y los lineamientos doctrinales que nos permiten hacer un análisis que contenga mayores elementos para su identificación, se procederá a realizar otro examen específico del concepto de poder público, el efectuado por los tribunales constitucionales.

En este sentido, se ha elegido dicho análisis en razón de la virtualidad que tienen los criterios

jurisprudenciales en este aspecto, ya que son los tribunales constitucionales los encargados de dotar de sustancia el continente que representa el concepto de poder público al determinar la legitimidad pasiva en los respectivos instrumentos de justicia constitucional y, como se demostrará más adelante, son los encargados de responder a la pregunta sobre *quién viola derechos fundamentales* en un ordenamiento jurídico concreto.

Para realizar dicho estudio, se han elegido tres ordenamientos constitucionales específicos, los cuales se corresponden con tres modelos de concepto de poder público, cuyos lineamientos pueden ser representados como un camino ascendente respecto a la amplitud en dichas concepciones. En este sentido, se analizará el concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo en la jurisprudencia mexicana, el concepto de poder público en la jurisprudencia española, y por último, la noción de *state action* en la jurisprudencia estadounidense.

#### III.1. EL CONCEPTO DE AUTORIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL MEXICANA.

Es necesario recordar que en el sistema jurídico mexicano se ha mantenido con suficiente firmeza la tesis liberal de la concepción unidireccional de los derechos fundamentales, esto es, que las garantías individuales plasmadas en el Capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 únicamente pueden ser invocadas ante los tribunales del Poder Judicial Federal en el caso de la existencia de un acto de autoridad violatorio de dichas garantías<sup>16</sup>.

Una vez conceptualizadas las garantías constitucionales como limitaciones jurídicas que se oponen al poder de la soberanía del Estado<sup>17</sup>, y desechando de plano la posible vigencia los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, el máximo tribunal mexicano ha centrado sus esfuerzos en la determinación del concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo<sup>18</sup>.

14 L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón y otros, Trotta, Madrid, 1995, pp. 935-936.

15 R. de Asís Roig, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, cit., p. 93.

16 Basta citar como ejemplo paradigmático, la sentencia del 24 de abril de 1931 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual se señala que “las garantías constitucionales por su naturaleza jurídica, son, en la generalidad de los casos, limitaciones al poder público, y no limitaciones a los particulares, por lo cual, éstos no pueden violar esas garantías, ya que los hechos que ejecuten y tienden a privar de la vida, de la libertad, de las propiedades, de las posesiones o derechos a otros particulares, encuentran su sanción en las disposiciones de derecho común.” (*Semanario Judicial de la Federación*,

*Quinta época, Tomo XXXI, p. 2429*). Es interesante mencionar que dicho criterio jurisprudencial es el mismo que se mantiene en la justicia constitucional estadounidense como se verá en su momento.

17 Sentencia del 19 de abril de 1934 emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (*Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, Tomo XL, p. 3630*).

18 Dentro de los instrumentos de justicia constitucional a través de los cuales se puede lograr la regularidad de la Constitución encontramos al juicio de amparo, que es la herramienta jurídica mexicana más importante por su amplitud y porque es la prevista específicamente para la protección de las garantías individuales. Vid. H. Fix-Zamudio y S. Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Porrúa, México, 1999, p. 804 y ss.

Conforme al artículo 103, fracción I, de la Constitución de 1917, el juicio de amparo es procedente en contra de leyes o actos de las autoridades mexicanas que resulten violatorios de garantías individuales, procedencia que es reproducida literalmente por la fracción I del artículo 1° de la Ley de Amparo<sup>19</sup>.

Derivado de la lectura de la propia Constitución y del citado artículo de la Ley de Amparo es evidente que no existe un concepto global y totalizador de lo que debe entenderse por autoridad para los efectos del amparo, indefinición que fue consciente por parte del legislador, ya que un concepto tan importante como éste debe quedar en manos de la función interpretativa del Poder Judicial de la Federación y ser modificado a través de su jurisprudencia en razón de la evolución de los órganos estatales y de los cambios sociales<sup>20</sup>.

Tratando de evitar cualquier esquematización, necesariamente simplista, señalaremos dos etapas fundamentales en la evolución del concepto de autoridad para efectos del amparo.

---

***“...el juicio de amparo protegía contra todo aquel que por diversas circunstancias pudiese hacer uso de la fuerza pública y vulnerar las garantías individuales...”***

---

#### **A. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE AUTORIDAD.**

El concepto jurisprudencial de acto de autoridad ha variado durante el transcurso de la vigencia de la Constitución de 1917. La primera ocasión en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación abordó tal cuestión fue en el año de 1919 al resolver el amparo en revisión *Marcolfo F. Torres*, el cual es de fundamental importancia en la historia del amparo mexicano, ya que fue en éste donde se estableció el primer criterio distintivo de las autoridades para efectos del juicio de amparo, criterio que fue sostenido durante 77 años por la mayoría de los juzgadores del Poder Judicial de la Federación sin atender a la evolución del país y del propio Estado mexicano.

Dicha resolución estableció que “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 están en posibilidad

19 El concepto legal de autoridad responsable se puede identificar en el artículo 11 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, el cual establece que “es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado”.

20 Cfr. J.J. Gudiño Pelayo, *Introducción al amparo mexicano*, Noriega, México, 1999, pp. 227; y A. Zaldivar Lelo de Larrea,

material de obrar, no como simples particulares, sino como individuos que ejercen actos públicos, por el hecho mismo de ser pública la fuerza de que disponen”<sup>21</sup>.

Debemos mencionar los antecedentes de este caso, ya que nos facilitarán el entendimiento del criterio jurisprudencial<sup>22</sup>. El quejoso, M.F. Torres, acudió ante el juez de primera instancia local de Sahuaripa, en el estado mexicano de Sonora, formulando demanda de amparo contra actos del mayor Canuto Ortega, consistentes en haberle conminado éste para que abandonara la población mencionada, pretendiendo, indebidamente con esto, privarlo de su libertad personal. Es importante mencionar que el mayor Ortega no era un miembro del Ejército mexicano, ya que estamos en una época en que el país está levantado en armas por la

Revolución y diversos grupos contaban con hombres armados, el señor Ortega era uno de ellos.

Pues bien, el juez de Distrito de Nogales que conoció del asunto negó el amparo, argumentando su improcedencia en virtud de que el mayor Ortega

no era una autoridad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación revocó la sentencia del juez federal y concedió el amparo.

Se debe considerar que estas ideas conforman una tesis de vanguardia para la difícil situación que sufría el país en aquella época, ya que atiende al carácter material del acto, la fuerza pública, y no al carácter del órgano del cual emana; de esta forma, ante el caos gubernamental presente en la época postrevolucionaria, el juicio de amparo protegía contra todo aquel que por diversas circunstancias pudiese hacer uso de la fuerza pública y vulnerar las garantías individuales.

Ante el crecimiento del aparato estatal fue preciso determinar si necesariamente el acto de autoridad debía emitirse por un órgano del Estado, y principalmente, establecer cuál era el alcance de este último término. La problemática se plantea en los siguientes términos: tradicionalmente los actos provenientes de un órgano de la administración pública descentralizada no han sido considerados

*Hacia una nueva Ley de Amparo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp. 65-67.

21 *Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, Tomo IV*, p. 1067.

22 Cfr. G. Góngora Pimentel, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Porrúa, México, 1999 (1ª ed. 1987), pp. 2-4



como actos provenientes de un órgano del Estado y, en consecuencia, se ha negado la posibilidad de que dichos actos sean protegidos a través del juicio de amparo.

Es importante partir de la idea de que el constituyente de 1917 únicamente previó como forma de organización administrativa la llamada administración pública centralizada, la cual se presenta como una estructura de órganos en niveles diversos, dependientes unos de otros en una relación de jerarquía presidida por su jefe máximo, en el nivel federal encarnado en el presidente de la República, y en el local, en los gobernadores de los estados<sup>23</sup>.

En este orden de ideas, el crecimiento de la colectividad y, al mismo tiempo, de los problemas y necesidades de ésta, suscitaron una creciente intervención del Estado en diversas actividades, tanto de prestación de servicios como de producción y comercialización de bienes. Consecuentemente, la estructura estatal se modificó y creció, específicamente en el ámbito del Poder Ejecutivo, en cuyo seno se gestó la llamada administración paraestatal, formada por los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.

La administración pública descentralizada se expresa en una estructura de organismos desvinculados en diverso grado de la administración central, a los que se encomienda el desempeño de algunas tareas administrativas por motivos de servicio, colaboración o por región<sup>24</sup>. En este orden de ideas, se consideró que los organismos descentralizados no formaban parte del Poder Ejecutivo, ya que su objeto general era auxiliar a éste tanto en el ejercicio de sus atribuciones como en el despacho de asuntos del orden administrativo. Sus objetivos específicos son diversos y dichos entes se configuran como entidades, creadas por ley o decreto del Poder Ejecutivo, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Este otorgamiento de personalidad y patrimonio propios a los organismos que nos ocupan, tal y como lo acepta en forma general la doctrina, obedece a la necesidad de darles ya sea una simple autonomía técnica o bien una autonomía verdaderamente orgánica, o ambas, con el fin de que cumplan los cometidos a su cargo<sup>25</sup>.

Para efectos de nuestra investigación resulta fundamental señalar que, conforme a lo anteriormente descrito, los organismos descentralizados reflejan una forma de organización administrativa del Estado, no ajena a éste, que presenta una autonomía para efectos de gestión y para lograr un desarrollo eficaz y eficiente de las funciones que tienen encomendadas, por lo que no es admisible la afirmación en el sentido de que no son parte del Estado.

Lo que en realidad se produce es una afectación por parte del Estado de una parte de sus bienes, que siguen siendo de su propiedad, a las necesidades propias del servicio prestado, limitando así la responsabilidad del propio Estado a la persona que constituye el patrimonio especialmente afectado. Y si bien tales organismos obran en nombre propio, ello implica que actúan en nombre y por cuenta de un patrimonio especial del Estado en oposición al concepto de su patrimonio general, y que el ente público, por su voluntad, ha dotado su autonomía<sup>26</sup>.

Frente a esta situación, la Suprema Corte de Justicia estableció que los organismos descentralizados no eran autoridad para efectos de amparo. G. Góngora Pimentel señala al respecto que, "el Poder Judicial de la Federación, siguiendo las ideas ya establecidas, argumentó de la siguiente manera: los organismos descentralizados tienen personalidad jurídica propia y patrimonio propio, por esa razón no son órganos del Estado y sus actos no pueden ser como de autoridad, por no poderse identificar con los del Estado"<sup>27</sup>.

En síntesis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación otorgaba el carácter de autoridad para efectos del juicio de amparo a aquellas entidades que formaran parte del Estado en su sentido más estricto y que desempeñaran la función de imperio, esto es, que ordenen y se hagan obedecer; por lo que tanto la administración pública paraestatal como cualquier manifestación de poder privado carecían de control constitucional<sup>28</sup>.

## B. EL NUEVO CONCEPTO DE AUTORIDAD.

Con motivo de las dificultades que se presentaban respecto de la procedencia del juicio de amparo en contra de actos de los organismos

23 Cfr. J. Olivera Toro, *Manual de Derecho administrativo*, Porrúa, México, 1972, p. 285; M. Acosta Romero, *Teoría general del Derecho administrativo*, Porrúa, México, 1975 (1ª ed. 1973), p. 69; y G. Fraga, *Derecho administrativo*, Porrúa, México, 1978 (1ª ed. 1934), pp. 167 y ss.  
24 Cfr. G. Fraga, *Derecho administrativo*, cit., pp. 204 y ss.  
25 Véase al respecto, A. Buttgenbach, *Manuel de Droit Administratif*, Bruxelles-Larcier, Bruselas, 1966, pp. 86-87.

26 Véase al respecto, A. Buttgenbach, *Théorie generale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles-Larcier, Bruselas, 1954, pp. 180 y ss.  
27 G. Góngora Pimentel, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, cit., p. 8.  
28 Véase, entre muchas otras, la sentencia publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima época, Tomo 205-216, Tercera parte, p. 128.

públicos paraestatales y con la finalidad de ajustarse al momento actual en que la organización y funcionamiento del Estado han resentido cambios sustanciales, el Pleno de la Suprema Corte modificó las bases generales para determinar el concepto de autoridad.

En 1996, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció un criterio menos formalista para identificar los lineamientos principales de una autoridad para efectos del juicio de amparo, interrumpiendo la vigencia de la jurisprudencia tradicional, entendiéndose por tal a "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"<sup>29</sup>.

El motivo de este giro jurisprudencial tuvo como origen el análisis de las universidades públicas, las cuales se han constituido en el sistema jurídico mexicano como organismos públicos descentralizados, y sus actos han sido tildados, tradicionalmente, como impropios de una autoridad. El caso se remonta al año de 1992, en el que un profesor de la Universidad de Michoacán promovió amparo en contra de la expedición de un decreto que modificaba la Ley Orgánica de la Universidad y que, al ser aplicado por la Universidad, afectaba sus intereses en materia de año sabático.

La Suprema Corte decidió negar el amparo al promovente, en virtud del carácter de coordinación que se daba entre la Universidad y el profesor, al tratarse de una relación de carácter laboral y, por tanto, exenta de las garantías individuales previstas en la Constitución. Sin embargo, abordó el tema de la autoridad para efectos del juicio de amparo dando como resultado el criterio jurisprudencial arriba citado.

Esta nueva concepción representa un avance fundamental en la presencia y efectividad de los derechos fundamentales en el sistema jurídico mexicano, ya que a partir de ésta quedan comprendidos todos los organismos públicos en un sentido amplio. Sin embargo, la nueva línea argumentativa no abre las puertas para una posible protección de las garantías individuales en las relaciones entre particulares, ya que la operación

de la Suprema Corte de Justicia en el estudio del acto violatorio de garantías individuales, se inicia, invariablemente, por la búsqueda del carácter estatal del sujeto demandado.

Cabe señalar que a partir de estos lineamientos mínimos sería posible ensayar planteamientos más amplios del concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo, por ejemplo, el de los particulares concesionarios que prestan servicios públicos que pueden llegar a afectar los derechos fundamentales de los particulares y ser considerados como autoridad para efectos del juicio de amparo en virtud de la realización de un servicio público de forma delegada, ya que el Estado avala la función del particular que originalmente le correspondía<sup>30</sup>.

No queremos dar punto final a este apartado sin hacer mención de una reciente resolución de la Suprema Corte mexicana que viene a representar un soplo de aire fresco en esta materia. Nos referimos a la sentencia recaída en el amparo en revisión 2/2000. En dicha sentencia, la Corte mexicana señala que los deberes previstos en la Constitución vinculan tanto a las autoridades como a los gobernados, toda vez que tanto unos como otros pueden ser sujetos activos en la comisión de un *ilícito constitucional*.

Este precedente, que no ha tenido continuación en la jurisprudencia mexicana, puede abrir las puertas hacia un debate dirigido a la reformulación de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público. Dicho debate deberá analizar cuestiones tan diversas como los medios de defensa jurisdiccional procedentes en el caso de que un gobernado cometa un ilícito constitucional en detrimento de otro particular; la definición concreta del llamado ilícito constitucional; o, por ejemplo, qué normas de derechos fundamentales pueden vincular a los particulares. En pocas palabras, un replanteamiento del concepto de derechos humanos en el sistema jurídico mexicano<sup>31</sup>.

Una vez determinado el concepto mínimo de poder público en el primero de nuestros modelos jurisprudenciales, procederemos a examinar los rasgos esenciales del caso español.

29 *Semanario Judicial de la Federación, Novena época, Tomo V, febrero de 1997, Tesis: P. XXVII/97, p. 118.*

30 En este sentido, es destacable la resolución por la que se consideró como autoridad para efectos del juicio de amparo a un panel binacional de arbitraje comercial constituido conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entidad constituida por expertos comerciales (particulares) de Canadá, Estados Unidos y México, encargados de dirimir controversias suscitadas entre particulares por cuestiones de comercio exterior. (Sentencia del Séptimo Juzgado de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, de 31 de marzo de 1997). *Vid. J. Mijangos y González, Los paneles binacionales constituidos conforme el artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte como*

*autoridades para efectos del juicio de amparo*, Escuela Libre de Derecho, México, 2000; S. López Ayllón, "Los paneles binacionales del capítulo XIX no son autoridad para efectos del amparo", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, (2000), pp. 193-205; y A. Zaldivar Lelo de Larrea, "Los poderes privados no regulados. Democracia y nueva ley de amparo", en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 168-169.

31 Cfr. J. Mijangos y González, "El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, nº 14, 2003, pp. 81-96



### III.2. EL CONCEPTO DE PODER PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA.

La interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional de los artículos 161.1.b) de la Constitución española y 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permiten establecer los lineamientos básicos de un concepto *amplio* de poder público; ya que, como veremos a continuación, además de la concepción tradicional de poder, relacionada con el concepto de imperio, se establece como criterio de identificación la naturaleza del acto, sin que sea determinante la calificación de un sujeto o un órgano como público o como privado.

El Tribunal Constitucional: “abre la puerta a que una entidad constituida con una personalidad jurídico-privada (...) pueda equipararse, bajo determinadas circunstancias, a un poder público, a los efectos de una eventual revisión de sus decisiones por la jurisdicción constitucional”<sup>32</sup>, circunstancias que hacen referencia a la noción de función pública y a la posibilidad de llevar a cabo actos públicos a través de la *privatización* de sus agentes, elementos de tal amplitud e indefinición, que permiten maniobrar con suficiente soltura al Tribunal Constitucional en la delimitación de la frontera entre lo público y lo privado.

La sentencia del Tribunal Constitucional 35/1983, de 11 de mayo, (fundamento jurídico 3º), no tiene desperdicio en esta materia, ya que a raíz de un recurso de amparo promovido en contra de la negativa a rectificar una nota difundida por los servicios informativos de Televisión Española, S.A., el Tribunal sentará las bases del concepto de poder público al señalar que:

“La noción de ‘poderes públicos’ que utiliza nuestra Constitución (arts. 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes ( y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo. Esta noción no es, sin duda, coincidente con la de servicio público, pero lo ‘público’ establece entre ambas una conexión que tampoco cabe desconocer, pues las funciones calificadas como servicios públicos quedan colocadas, por ello, y con independencia de cuál sea el título

(autorización, concesión, etc.) que hace posible su prestación, en una especial relación de dependencia respecto de los ‘poderes públicos’. Esta relación se hace tanto más intensa, como es obvio, cuanto mayor sea la participación del poder en la determinación de las condiciones en las que el servicio ha de prestarse y en la creación, organización y dirección de los entes o establecimientos que deben prestarlo. Cuando el servicio queda reservado en monopolio a un establecimiento cuya creación, organización y dirección son determinadas exclusivamente por el poder público, no cabe duda de que es éste el que actúa, a través de persona interpuesta, pero en modo alguno independiente...”<sup>33</sup>.

Es interesante establecer que el Tribunal Constitucional no ha mantenido una línea progresiva en la determinación del concepto de poder público hasta alcanzar a los poderes privados sin rasgo alguno de *estatalidad* o *publicidad*, esto es, a todos aquellos actos conformados con arreglo al Derecho Privado que puedan llegar a afectar derechos fundamentales; actitud que no debe ser atribuida tanto a una posición conservadora al respecto como a que la solución al problema de fondo, la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, ha sido encontrada a través de otra vía.

En la introducción del presente ensayo, anunciábamos que una de las paradojas actuales de los derechos fundamentales consistía en la consideración de que dichos derechos no son únicamente límites al poder político, sino que implican una doble problemática íntimamente relacionada, a saber: primera, que los derechos fundamentales se convierten en límites de un poder mucho más complejo que el tradicional concepto de poder público, y segunda, que los derechos fundamentales se convierten en límites a la actuación de los particulares.

Pues bien, la mayoría de los sistemas jurídicos, entre los que se incluyen el mexicano, y como veremos en su momento, el estadounidense, han explorado el primero de los probemos señalados anteriormente, esto es, la redefinición del concepto de poder público como único destinatario de los derechos fundamentales. Asimismo, han mantenido con suficiente firmeza la tesis según la cual los particulares no pueden ser considerados sujetos

32 J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 118.

33 En este orden de ideas se han calificado como actos del poder público entidades como los colegios profesionales (ATC 93/1980, de 12 de noviembre), disposiciones de régimen interior dictadas por el Delegado del Gobierno en la Renfe (STC 26/1981, de 17 de julio) actos de organismos rectores y entidades gestoras de Seguridad Social (STC 67/1982, de 15 de noviembre), de la Jefatura de la Guardia Real (STC

112/1984, de 28 de noviembre), o de una Junta Electoral (STC 10/1983, de 21 de febrero); y negando tal carácter a entidades tales como los partidos políticos (STC 10/1983, de 21 de febrero), las federaciones deportivas (STC 67/1985, de 24 de mayo), las cajas de ahorros (STC 18/1984, de 7 de febrero), los Tribunales de la Iglesia Católica (STC 265/1988) o los sindicatos y las organizaciones empresariales (STC 177/1988, de 10 de octubre).



pasivos de los derechos fundamentales, esto es, han desechado de plano la segunda de las problemáticas anunciadas.

El caso español se presenta como un modelo distinto, y por tanto digno de ser enunciado, ya que ha acometido el debate sobre la posible vigencia de los derechos fundamentales, a través del análisis de ambas problemáticas<sup>34</sup>.

Así, la doctrina española señala que debemos atender a la necesaria diferenciación de una doble problemática íntimamente relacionada: por un lado, la cuestión relativa a la *validez* de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, que podemos identificar con el problema sustantivo; y, por el otro, la cuestión relativa a la eficacia de los derechos fundamentales, esto es, la procedencia de la garantía judicial correspondiente ante eventuales violaciones procedentes de un particular, que podemos identificar con el problema procesal<sup>35</sup>. En dicha cuestión de eficacia se englobaría el tema que venimos tratando en este ensayo: el concepto de poder público.

Conforme a este marco conceptual, la doctrina y jurisprudencia española han abordado la cuestión de *validez* de los derechos fundamentales en las relaciones privadas a través del análisis de elementos tales como: la eficacia normativa de la Constitución; la función de las normas de derechos fundamentales en el sistema jurídico; los distintos grados o vías de incidencia de dichos derechos en las relaciones entre particulares; la vinculación de ciudadanos y poderes públicos a las normas iusfundamentales, así como el papel de los órganos jurisdiccionales en la aplicación del texto constitucional.

Del mismo modo, el análisis relativo a la *eficacia* de los derechos fundamentales en las relaciones privadas incluye cuestiones tales como el complejo sistema de garantía de los derechos fundamentales previsto en el artículo 53.2 de la Constitución, que articula una doble vía para la defensa de los derechos fundamentales; así como el concepto de poder público en la jurisprudencia constitucional.

34 Es importante señalar que el modelo español no es el único que aborda, en Europa continental, la problemática de la incidencia de los derechos fundamentales en su total complejidad. En el mismo sentido encontramos los casos alemán [Cfr. K. Hesse, "Constitución y Derecho Constitucional", en *Manual de Derecho Constitucional*, trad. y edic., a cargo de A. López Pina, Marcial Pons, Madrid, 2001 (1ª ed. 1996), pp. 1-15]; y portugués [Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1989 (4ª ed.)].

35 Cfr. G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 624; y R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de

El análisis conjunto de dichos elementos, cuyo estudio sería inabordable en el presente ensayo, permite afirmar la validez de ciertos derechos fundamentales en las relaciones privadas que se suceden en el ordenamiento jurídico español<sup>36</sup>. Sin embargo, lo que nos interesa resaltar para efectos de nuestra investigación es que, en un análisis tan complejo (y en ocasiones complicado) como el español, la cuestión referente al concepto de poder público reviste una importancia sino menor, sí relativizada, e incardinada en una discusión mucho mayor que engloba prácticamente todos los grandes problemas del Derecho Constitucional de nuestros días.

No será difícil para el lector advertir la preferencia del autor por dicho análisis. Sin embargo, la justificación por la que consideramos acertada dicha metodología la diferimos para las conclusiones de este ensayo, una vez que tengamos la visión de conjunto de los tres modelos que hemos pretendido desarrollar. En este momento, únicamente queremos hacer mención del *discreto* papel que juega el concepto *amplio* de poder público en la discusión española, cuya verdadera dimensión únicamente puede ser apreciada en un análisis global.

Para finalizar nuestro estudio abordaremos el caso paradigmático de una interpretación extensiva del concepto de poder público. Nos referimos al modelo jurisprudencial estadounidense, cuyo examen nos permitirá obtener los lineamientos más amplios en la determinación positiva de esta noción.

### III.3. EL CONCEPTO DE STATE ACTION EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE.

A diferencia del caso europeo continental, en los Estados Unidos de América, la incidencia unidireccional de los derechos fundamentales se mantiene como uno de los pilares más firmes de la teoría constitucional estadounidense. De esta forma, las enmiendas a la Constitución Federal de 1787, las cuales conforman el grupo de derechos o *bill of rights* del sistema jurídico norteamericano, sólo pueden ser invocadas ante un acto del poder público o *state action*.

Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001 (1ª ed. 1993), p. 511.

36 La bibliografía especializada en esta materia es numerosa y con un alto rigor académico. Sólo por mencionar la más relevante, nos remitimos a la multicitada obra de J.M. Bilbao Ubillos, así como a R. Naranjo de la Cruz, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; y a la obra de T. De la Quadra Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981.



Es fundamental tener en cuenta que la razón que da lugar a este *bill of rights* es la defensa contra la posible intromisión, en las libertades históricas de los particulares, de una entidad determinada, el poder emergente de la federación, y en específico, del poder legislativo. M. Fioravanti señala al respecto que “sólo en la experiencia estadounidense los modelos historicista e individualista y contractualista recuperan su originaria y común inspiración de garantía contra las filosofías estatistas y legicéntricas de la Europa continental”<sup>37</sup>.

Esto significa que, desde los orígenes de la tradición constitucional norteamericana, los derechos son concebidos como una tenencia a preservar del maligno, pero inevitable, surgimiento de los poderes estatales. Así, G. Zagrebelsky define como “la característica principal de las Declaraciones americanas la fundamentación de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho que pueda establecer el legislador. Los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas, primero de las externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente”<sup>38</sup>.

De esta forma y en el marco de dichas consideraciones, es posible contextualizar el principio por el que las posibles violaciones de derechos fundamentales por parte de particulares sean reconducibles al resto del ordenamiento infraconstitucional, principio que por su parte ha tenido una simbiótica aceptación en parte del resto del continente, como lo fue, recordemos, el caso mexicano<sup>39</sup>.

**“...la razón que da lugar a este *bill of rights* es la defensa contra la posible intromisión, en las libertades históricas de los particulares, de una entidad determinada, el poder emergente de la federación, y en específico del poder legislativo...”**

Ante tal horizonte parecería que la cuestión se encuentra cerrada desde un inicio, y que la actividad jurisprudencial se daría a la tarea de aplicar un examen de formalidad estatal a todos aquellos actos violatorios de derechos fundamentales para determinar el subsistema normativo al cual deben ser reconducidos para su adecuada resolución. Sin embargo, es precisamente la Suprema Corte de los Estados Unidos el actor principal en la expansión y experimentación de criterios alternativos al momento de definir la zona de penumbra que conlleva la noción del *state action*.

Para llevar a cabo el análisis de la evolución jurisprudencial en esta materia, tomaremos como punto de partida la clasificación que propone J.M. Bilbao Ubillos al momento de analizar la doctrina norteamericana. Según este autor la noción de *state action* se puede reconducir a dos planos generales,

primero, el relativo a actos de particulares que implican el ejercicio de una función pública y segundo, a un conglomerado de resoluciones referidas al análisis de conexiones estatales con los actos particulares<sup>40</sup>.

Es necesario señalar que a diferencia de los modelos anteriormente estudiados, en la noción de *state action* el parámetro de identificación se reconoce como meta-estatal, esto es, los actos de los agentes sujetos a escrutinio constitucional son claramente identificables como privados, así, “lo que se conoce como doctrina de la *state action*, en sentido estricto, entra en escena precisamente cuando, tras un primer análisis, se llega a la conclusión de que la naturaleza jurídica de la persona o entidad demandada es, a todos luces, y no sólo sobre el papel, privada, lo que excluye su caracterización como un elemento (formal o materialmente) integrante de la estructura

37 M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, cit., p. 93.

38 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 54.

39 Así, desde el año de 1883, encontramos el señalamiento por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el sentido de que aquellos actos ilícitos que no tengan ningún respaldo público, presuntamente violatorios de derechos fundamentales, podrán ser analizados y juzgados de conformidad con el *common law* o la legislación de las entidades federativas [CRC 109 US 3 (1883)]. Vidr. Ira Nerken, “A new deal for the protection of fourteenth amendment rights: challenging the doctrinal bases of the *Civil Rights Cases* of state action theory”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 12, núm. 2, 1977.

40 La doctrina acerca de la noción de *state action* es extensa, siendo la bibliografía más destacada la siguiente: E.L. BARRET, W. COHEN & J.D. VARAT, *Constitutional Law. Cases and Materials*, The Foundation Press, Westbury, N.Y., 1989; J.M. BILBAO UBILLOS, *Los derechos fundamentales*

*en la frontera entre lo público y lo privado*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997; E. CORWIN, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Fraterna, Buenos Aires, 1987; E. CHEMERINSKY, «Rethinking State Action» en *Northwestern Univ. L. Rev.*, vol. 80, 1985; R. J. GLENNON Jr. & J. E. NOWAK, «A Functional Analysis of the Fourteenth Amendment *State Action Requirement*», en *Supreme Court Review*, 1976; Note, «Applicability of the Fourteenth Amendment to private Organizations», en *Harv. L. Rev.*, vol. 61, 1948; Note, «State Action. Theories for Applying Constitutional Restrictions to Activity», en *Colum. L. Rev.*, vol. 734, 1974; G. GUNTHER, *Cases and Material on Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, N.Y., 1980; A.R. MADRY, «State Action and the Obligation of the States to Prevent Private Harm: The Rehnquist Transformation and the Betrayal of Fundamental Commitments», en *So. Calif. L. Rev.*, vol. 65, 1992; TH. G. QUINN «State action: A Pathology and a Proposed Cure», en *Cal. L. Rev.*, vol. 64, 1976; R. D. ROTUNDA, J.E. NOWAK

administrativa del Estado<sup>41</sup>. Esta doctrina alcanza su mayor fuerza expansiva en materia de discriminación racial y en los años comprendidos entre la década de los 50 y 70 frente a la inactividad del Congreso en la materia, encontrándose actualmente, en líneas generales, en una etapa de interpretación restrictiva; de tal manera que, se señalarán los casos más representativos en cada una de los lineamientos que se examinarán a continuación.

#### A. EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS.

Bajo el manto del ejercicio de funciones públicas se configuran una serie de casos cuyo común denominador se encuentra en la identificación como *state action* de actuaciones llevadas a cabo por entidades privadas que asumen, de hecho, sin ninguna delegación formal por parte de la autoridad, funciones que tradicionalmente han sido consideradas como propias del Estado, principalmente las relativas a la organización de elecciones internas dentro de los partidos políticos<sup>42</sup> y a las reglas de acceso a espacios de propiedad privada<sup>43</sup>.

La jurisprudencia estadounidense no ha mantenido una línea constante en lo que hace a la determinación de cuáles son aquellas funciones tradicionalmente estatales, llegando a negar tal calificativo a actividades tales como la resolución coercitiva de conflictos privados<sup>44</sup> o la distribución de energéticos básicos como la electricidad<sup>45</sup>.

Dicha oscilación encuentra solución en la constatación de que la tarea que ha llevado a cabo la Suprema Corte no ha sido la catalogación de aquellas funciones propiamente estatales, sino que tras el razonamiento original, el concepto de *state action*, subyace el estudio, caso por caso, de los derechos que se encuentran enfrentados en el asunto concreto, y una vez que se define positivamente a favor de alguno de los derechos (por ejemplo, el ejercicio de la libertad de expresión en un centro comercial, empieza a confeccionar la túnica de estatalidad del acto producido por la otra parte en

litigio (por ejemplo, el derecho de propiedad de los dueños de dicho centro).

Esta idea será visible en los demás apartados y parece ser, como veremos posteriormente, la conclusión a la que los estudios al respecto han llegado. En este sentido, me parecen sumamente sugestivas las palabras de L. Prieto cuando señala que "la ponderación no sólo aparece cuando estamos en presencia de un conflicto explícito entre principios o derechos, sino que puede recurrirse a ella siempre que el resultado de la aplicación de reglas le parezca al intérprete insatisfactorio o injusto"<sup>46</sup>; a pesar de que dicho autor hace estas puntualizaciones respecto a la discusión acerca de los principios, podemos adelantar que esta visión instrumental de la técnica de la ponderación de los derechos será la herramienta que utilizará la jurisprudencia estadounidense para abordar las cuestiones de validez y eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, y de esta forma, permitirse salvar o rodear el pilar que constituye la unidireccionalidad de los derechos en la cultura jurídica estadounidense.

#### B. LA EXISTENCIA DE UNA CONEXIÓN O IMPLICACIÓN ESTATAL SIGNIFICATIVA.

En este apartado se agrupan todas aquellas decisiones en las que se trata de aducir la presencia de algún tipo de conexión o intervención pública relevante, "el objetivo que aquí se persigue es imputar a un poder público una actuación aparentemente privada (...), lo que se dice es que detrás de ese acto, induciéndolo o avalándolo en cierta forma, está un poder público. Y que es tal el grado de implicación (*ti:involvement*) de éste que resulta difícil mantener el carácter meramente privado de esa conducta"<sup>47</sup>.

Así, en un primer término encontramos a aquellas resoluciones que versan sobre la ejecución judicial de acuerdos privados discriminatorios, en las cuales, la Suprema Corte establecerá que la mera convalidación o sanción por parte de un órgano

& J.N. YOUNG, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, Vol.2, West Publishing, St. Paul, Minn., 1986; L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, N.Y., 2ª ed., 1998, y *Constitutional Choices*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Massachusetts) and London, 1985.

41 J.M. Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., pp. 36-37.

42 Dichos casos han sido denominados por la doctrina estadounidense como los *white primary cases*, en virtud de que la participación en las consultas electorales internas era únicamente permitida a los ciudadanos blancos. Vid. *Nixon v. Condon* [286 US 73 (1932)], *Grove v. Townsend* [295 US 45 (1935)], *United States v. Classic* [313 US 299 (1941)], *Smith v. Allwright* [321 US 649 (1944)], y *Terry v. Adams* [345 US 461 (1953)]. (Las opiniones oficiales de la Suprema Corte de los Estados Unidos, conocidas como

*United States Reports* son citadas por el número de volumen y la página. Por ejemplo, en el último de los casos señalados en este apartado, la opinión Terry v. Adams del año 1953, inicia en la página 461 del volumen 345).

43 Vid. *Marsh v. Alabama* [326 US 501 (1946)], *Dorsey v. Stuyvesant Town Corporation* [339 US 981 (1950)], *Amalgamated Food Employees Local 590 v. Logan Valley Plaza* [391 US 308 (1968)], *Lloyd Corp. v. Tanner* [407 US 551 (1972)], *Hudgens v. NLRB* [424 US 507 (1976)], y *Prune Yard Shopping Center v. Robins* [447 US 74 (1980)].

44 Vid. *Flagg Bros., Inc v Brooks* [463 US 149 (1978)].

45 Vid. *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* [419 US 345 (1974)].

46 L. Prieto Sanchís, "Diez argumentos a propósito de los principios", en *Ley, principios y derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p.63.

47 J.M. Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., p. 76.



judicial de un acto violatorio de derechos fundamentales, en este caso de acuerdos discriminatorios, constituye una *state action* y, por tanto, implica la posibilidad de invocar las enmiendas constitucionales.<sup>48</sup> Esta argumentación fue desechada prematuramente por la Suprema Corte<sup>49</sup> y duramente criticada por la doctrina al considerar que: “imputar el efecto discriminatorio no al propio contrato privado sino a la sentencia, en tanto que acción del Estado, es un subterfugio para extender la eficacia de la enmienda XIV a la esfera de los comportamientos privados”<sup>50</sup>, “en el fondo la cláusula es inválida y por eso no debe dársele ejecución”<sup>51</sup>.

Un segundo bloque de resoluciones puede ser identificado como la búsqueda de la asociación o interdependencia entre el Estado y el actor privado para determinar la *state action*, esto es, la conexión privado-estatal se configura a través de la relación contractual y la participación efectiva, explícita y pública del Estado en la conducta conculcadora de derechos<sup>52</sup>.

El tercer cuerpo de argumentaciones relativas a la exhaustiva búsqueda de implicación oficial que lleva a cabo la Suprema Corte norteamericana lo representan los estímulos o ayudas que favorecen la acción discriminatoria por parte de los particulares. En estos casos se señala que, en determinadas circunstancias la actuación estatal (vía eliminación de impedimentos legales, legislación que posibilite la discriminación, otorgamiento sustancial de fondos públicos), puede convertirse en el cauce o fomento para el desarrollo de prácticas violatorias de derechos fundamentales por parte de los particulares; en cuyo caso el actuar privado se configurará en una *state action* para efectos de su examen constitucional<sup>53</sup>.

La regulación de la actividad privada y la concesión de licencias por parte del Estado configuran el cuarto parámetro de implicación estatal al entender la jurisprudencia constitucional. Si el Estado, a través de dichas acciones, asume un nexo, claro y fuerte, de supervisión del actuar privado, operaría una reversión hacia la *state action*

y la consiguiente ponderación de derechos en pugna. Es conveniente señalar que, el afán bienintencionado de la Suprema Corte podría conllevar al concepto en estudio a ser prácticamente identificable con cualquiera de los actos que cotidianamente realizan los particulares en razón de que “son pocas las actividades sociales que quedan al margen de una regulación estatal, del tipo que sea. Se corre el riesgo de una expansión ilimitada de la noción de *state action*. De ahí que el Tribunal extreme su prudencia”<sup>54</sup>.

El último de los grupos en estudio representa uno de los asuntos más problemáticos y debatidos de la noción de *state action* ya que implican la responsabilidad del actuar privado por omisión del Estado, esto es, la posibilidad de que el derecho fundamental violado sea imputable al poder público por la inactividad, indiferencia, tácita autorización o tolerancia del mismo respecto de conductas particulares potencialmente perniciosas para la suerte de los derechos.

Parte de la doctrina parece dar una respuesta afirmativa al cuestionamiento acerca de si la no prohibición de una conducta implica su autorización por parte del ordenamiento legal, al establecer que “si el acto impugnado que viola un derecho constitucional es lícito (si no está legalmente prohibido hay que presumir su licitud), puede decirse que el Estado ha optado de algún modo por dar preferencia a uno de los derechos en conflicto, permitiendo simplemente la conducta lesiva del otro. Si este derecho está garantizado por la Constitución, el Estado debe protegerlo. No puede mantener un sistema legal que consienta la conducta impugnada, porque incurriría en una responsabilidad por omisión”<sup>55</sup>.

Lo cierto es que la Suprema Corte, únicamente, ha aceptado la responsabilidad por omisión del Estado en aquellos casos en los que es identificable un verdadero deber de protección por parte del poder público, reconduciendo dicha hipótesis a los casos de custodia directa del Estado sobre los individuos privados de libertad<sup>56</sup>.

48 Vid. *Corrigan v. Buckley* [271 US 323 8 (1926)] y *Shelley v. Kraemer* [334 US 1 (1948)].

49 Vid. *Black v. Cutter Laboratories* [351 US 292 (1956)].

50 G. Bognetti, *Malapportionment, ideale democrazia e poter giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 210. (citado por J.M. Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., p.87).

51 *Ibidem*.

52 Vid. *Burton v. Wilmington Parking Authority* [365 US 715 (1961)], *Gilmore v. Montgomery* [417 US 556 (1974)], *Pennsylvania v. Board of Truists* [356 US 230 (1957)] y *San Francisco Arts & Athletics Inc. v. US Olympic Committee* [483 US 545 (1987)].

53 Vid. *Reitman v. Mulkey* [387 US 369 (1967)], *Skinner v. Raliway Labor Excutive's Association* [489 US 602 (1989)], *Norwood v. Harrison* [413 US 455 (1973)], *Runyon v. Mc*

*Crary* [427 US 160 (1976)], *Kerr v. Enoch Pratt Free Library* [149 F.2ed 212, CCA 4th. 1945] y *Rendell - Baker v. Kohn* [457 US 830 (1982)].

54 J.M. Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., p. 143. Vid *Public Utilities Commission v. Pollak* [342 US 451 (1952)], *Moose Lodge No. 107 v. Irvis* [407 US 163 (1972)], *CBS v. Democratic National Committee* [412 US 94 (1973)], *North Georgia Finishing, Inc v. Di-Chem, Inc.* [419 US 601 (1975)] y *Lugar v. Edmondson Oil Co.* [457 US922 (1982)].

55 R. D. Rotunda, J.E. Nowak & J.N. Young, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, Vol.2, West Publishing, St. Paul, Minn., 1986, pp. 195-196.

56 Vid. *Adickes v. SH Kress & Co.* [398 US 144 (1970)] y *DeShaney v. Winnebago County Dept. of Social Servs* [48 9 US 189 (1989)].

**C. LA NOCIÓN DE STATE ACTION COMO MECANISMO PARA PONDERAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN PUGNA**

Una vez expuesta la intensa búsqueda efectuada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de algún tipo de contacto o conexión entre la actividad realizada por un particular y los poderes públicos para determinar la amplitud del concepto de *state action*, es factible señalar los principales lineamientos que subyacen detrás de las decisiones estudiadas.

En primer término, la doctrina de la *state action* no representa una línea definida y coherente de la jurisprudencia constitucional, en la que sean fácilmente aprehensibles los parámetros, de una vez y para siempre, de los rasgos identificadores del poder público, sino al contrario, la manipulación de dicho concepto ha sido utilizada para las más diversas y heterogéneas situaciones.

Detrás de esa supuesta manipulación se advierte que: "en este tipo de asuntos la clave no está tanto en la búsqueda de indicios de una implicación oficial como en las diferentes propuestas de ajuste o equilibrio (*balancing*) entre el impacto negativo que la acción presuntamente ilícita tiene sobre el agraviado y la necesidad de preservar un reducto intangible de intimidad y autonomía en las decisiones personales"<sup>57</sup>. Esto es, la ponderación necesaria que acarrea la aceptación de la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Estos elementos nos permiten describir al concepto de *state action* en la jurisprudencia estadounidense como una búsqueda fluctuante entre el mínimo común denominador de actuación estatal y la ponderación de derechos para determinar el concepto de poder público. Noción que parece ser utilizada únicamente como el pretexto o requisito formal al que se deben adecuar los razonamientos judiciales que pretendan un estudio desmitificador y realista de los derechos fundamentales que acepte y desarrolle todas y cada una de las posibles implicaciones de estos instrumentos.

**IV. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Una vez expuestos los modelos jurisprudenciales objeto de nuestro estudio, hemos pretendido señalar ciertas notas o lineamientos que se deben tomar en cuenta para un estudio que pretenda sostener una concepción compleja del poder público. Parafraseando a Zagrebelsky: un poder dúctil en lugar de un poder a secas.

57 G. Gunther, *Cases and Materials on Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, N.Y., 1980, p. 986

Asimismo, podemos concluir que las fórmulas jurisprudenciales aquí estudiadas, en ocasiones, son utilizadas como soluciones o respuestas parciales a una pregunta más compleja que la referida al contenido del concepto de poder público. Nos referimos a la posible vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

A lo largo de estas páginas hemos descrito tres soluciones jurisprudenciales, las cuales oscilan desde la concepción más clásica y conservadora, que identificamos con el modelo mexicano, hasta soluciones verdaderamente ingeniosas y cargadas de argumentación jurídica, como resulta el modelo estadounidense. Sin embargo, una constante en ambas explicaciones es la búsqueda incesante de la *túnica de estatalidad* a fin de extender los derechos fundamentales a las relaciones que se suceden en el seno de los particulares.

Si nuestros esfuerzos se dirigen a buscar una solución que permita la vigencia de ciertos derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, un enfoque más adecuado parece ser aquél que parta del examen de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema.

Sin desdeñar la relevancia que el análisis del fenómeno del poder privado puede acarrear para la determinación de la incidencia de los derechos en las relaciones *inter privados*, y en específico, para la reformulación del concepto de poder público; consideramos que, al partir de este presupuesto, se limitan las posibilidades del objeto en estudio, ya que la vigencia de los derechos fundamentales vendría necesariamente determinada por el entorno en el que se desarrolle el derecho o, más exactamente, por las características del sujeto que lo infrinja.

Analizar las características del posible infractor de los derechos fundamentales no permite determinar cómo y en qué medida se desarrollan o influyen los derechos fundamentales. Si acaso nos puede otorgar elementos que maticen o concreten la incidencia del derecho ante un escenario específico. El posible alcance de una norma de derecho fundamental únicamente lo obtendremos, precisamente, a partir del análisis de la norma que lo pretende, no de su contexto.

Así, el contenido de este trabajo debe ser entendido como una de las varias aristas que conforman el vasto problema de la incidencia de los derechos fundamentales entre particulares, y nunca como la única respuesta a dicha problemática.



## V. BIBLIOGRAFÍA.

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 2, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Dykinson, Madrid, 1997.

BILBAO UBILLOS, J.: *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

——— *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

BUTTGENBACH, A.: *Théorie generale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles-Larcier, Bruselas, 1954.

——— *Manual de Droit Administratif*, Bruxelles-Larcier, Bruselas, 1966.

DE ASÍS ROIG, R.: *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

DE VEGA GARCÍA, P.: “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (El caso de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales)”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, vol. I, Universidad de Murcia, Murcia, 1997, pp. 729-745.

FERNÁNDEZ LIRIA, C.: *Sin vigilancia y sin castigo. Una discusión con Michel Foucault*, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1992.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantero, Trotta, Madrid, 1995

FIORAVANTI, M.: *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998 (1º ed. 1996).

FIX ZAMUDIO, H. y VALENCIA CARMONA, S.: *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 1999.

FRAGA, G.: *Derecho administrativo*, Porrúa, México, 1978 (1ª ed. 1934).

GUDIÑO PELAYO, J de J.: *Introducción al amparo mexicano*, Noriega, México, 1999.

GUNTHER, G.: *Cases and Materials on Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, N.Y., 1980.

LOMBARDI, G.: “Potere privato e potree negativo”, en AA.VV., *Autonomia e diritto di resistenza, Atti del convegno di Sassari* (1971), Giuffrè, Milano.

LÓPEZ AYLLÓN, S.: “Los paneles binacionales del capítulo XIX no son autoridad para efectos del amparo”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2 (2000), pp. 193-205.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J.: *Los paneles binacionales constituidos conforme al artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte como autoridades para efectos del amparo*, Escuela Libre de Derecho, México, 2000.

——— “El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, nº 14, 2003, pp. 81-96.

PECES – BARBA, G.: *Curso de derechos fundamentales*, con la colab. De R. de Asís, C.R. Fernández y A. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999 (1ª reimpresión).

PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

——— *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, número 7, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Dykinson, Madrid, 1998.

NERKEN, I.: “A new deal for the protection of fourteenth amendment rights: challenging the doctrinal bases of the Civil Rights Cases of state action theory”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 12, núm. 2, 1977.

ROTUNDA, R.D., NOWAK J.E. y YOUNG J.N.: *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, vol.2, West Publishing, St. Paul, Minn, 1986.

ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, trad. de Mariana Gascón, Trotta, Madrid, 1997 (1º ed. 1995).

ZALDIVAR LELO DE LARREA, A.: “Los poderes privados no regulados. Democracia y nueva ley de amparo”, en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 163-173.

——— *Hacia una nueva ley de amparo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.