

**UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO - UMSA
DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

LUZIA GOMES DA SILVA

**Derechos fundamentales en las relaciones privadas: Análisis de los criterios
de eficacia y aplicabilidad desde la interpretación de los tribunales
constitucionales de Argentina y Brasil**

**BUENOS AIRES
2011**

LUZIA GOMES DA SILVA

**DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS:
Análisis de los criterios de eficacia y aplicabilidad desde la interpretación de
los tribunales constitucionales de Argentina y Brasil**

Tesis de Doctorado de Conclusión del
Curso de Doctorado en Derecho y
Ciencias Sociales, presentada al
Departamento de Pos-Graduación de la
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.

Orientador: Emilio

**BUENOS AIRES
2011**

Nº. de
Clasificación

SILVA, Luzia Gomes da.

Derechos fundamentales en las relaciones privadas: análisis de los criterios de eficacia y aplicabilidad desde la interpretación de los tribunales constitucionales de Argentina y Brasil / Universidad del Museo Social Argentino / Buenos Aires / Argentina.

200 p.

Cutter/
Pha

Notas:

1. Tesis: Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales
I. SILVA, Luzia Gomes da.
2. Derechos fundamentales en las relaciones privadas de subordinación: análisis de los criterios de eficacia y aplicabilidad desde la interpretación de los tribunales constitucionales de Argentina y Brasil.
3. Orientador Dr. Emílio.

CDU

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Los hechos, ideas y doctrinas expresos en la tesis “derechos fundamentales en las relaciones privadas: análisis de los criterios de eficacia y aplicabilidad desde la interpretación de los tribunales constitucionales de Argentina y Brasil” son de responsabilidad única y exclusiva del autor.

Buenos Aires, ____ de _____ de 2011.

Luzia Gomes da Silva

HOJA DE APROBACIÓN

Autora:

Luzia Gomes da Silva

Título:

“Derechos fundamentales en las relaciones privadas: análisis de los criterios de eficacia y aplicabilidad desde la interpretación de los tribunales constitucionales de Argentina y Brasil”

Banca Examinadora

Doctor Fulano de Tal
(Orientador)

Doctor

Doctor

Doctor

Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires/Argentina, ____ de
_____ de 2011.

RESUMEN

Corresponde al examen de los criterios de eficacia y aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas desde la interpretación de los tribunales constitucionales de Argentina y Brasil. El foco de este estudio, es la investigación de la forma y la medición de la intensidad del impacto de normas constitucionales de los derechos fundamentales en las relaciones establecidas entre particulares; partiendo así de la suposición lógica de que el individuo, más allá de estar sujeto a los derechos fundamentales, es titular del poder de auto determinar sus intereses privados. Para atender a los objetivos deseados durante la presentación de informes, y con el fin de atender sistemáticamente en la distribución del tema, la búsqueda propuesta está distribuida en cuatro partes: la primera se destina al análisis de la construcción histórica de los derechos fundamentales, a fin de demostrar lo significado y el alcance de la constitucionalización de los derechos humanos. Esto con el fin de localizar el objeto de investigación en el tiempo y el espacio jurídicos. En la segunda sección, dedicada a las investigaciones precedentes, se analizan las teorías de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas y sus elementos determinantes. La tercera parte presenta el estado actual del objeto de investigación, teniendo en cuenta, en primer lugar, el marco jurídico de los derechos humanos en las constituciones de Argentina y Brasil. Luego se ocupa de la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas desde la interpretación de los Tribunales Constitucionales de Argentina y Brasil. En este mismo apartado se desarrolla críticas sobre la eficacia de las medidas existentes para abordar la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas de subordinación. La cuarta parte hace análisis crítica de las soluciones presentadas por cada uno de los tribunales constitucionales de Argentina y Brasil, con el objetivo de identificar y proponer criterios mínimos de aplicación, con al norte de las teorías existentes sobre el tema. La solución presentada, al final, es la elaboración de un método de eficacia privada de los derechos fundamentales, capaz de conciliar la protección efectiva de los derechos fundamentales con la orientación de la autonomía de la disposición privada.

Palabras-clave: Derechos Fundamentales. Relaciones Privadas. Subordinación Eficacia.

ABSTRACT

Corresponds to the consideration of the criteria for effectiveness and applicability of fundamental rights in private relations from the interpretation of the constitutional courts of Argentina and Brazil. The focus of this study is the investigation of the way and measuring the intensity of the impact of constitutional standards of fundamental rights in the relations established between individuals, thus starting the logical assumption that the individual, rather than be subject fundamental rights, holds the power to self determine their private interests. To meet the desired objectives for reporting, and to systematically address the distribution issue, the proposed search is divided into four parts: the first is intended to analyze the historical construction of fundamental rights, to demonstrate the meaning and scope of the constitutionalization of human rights. This is to locate the object of investigation in time and space law. In the second section, on previous research, discusses the theories of the effectiveness of fundamental rights in the sphere of private relations and its determinants. The third part presents the current state of investigation, taking into account firstly, the legal framework of human rights in the constitutions of Argentina and Brazil. After dealing with the question of the effectiveness of fundamental rights in private relationships from the interpretation of the Constitutional Courts of Argentina and Brazil. In this section is developed criticisms of the effectiveness of existing measures to address the application of fundamental rights in private relations of subordination. The fourth part is critical analysis of the solutions presented by each of the constitutional courts of Argentina and Brazil, with the aim to identify and propose minimum criteria for application, north of the existing theories on the subject. The solution presented in the end, is the development of a method of effectively deprived of fundamental rights capable of reconciling the effective protection of fundamental rights under the guidance of the autonomy of private provision.

Keywords: Fundamental Rights. Private Relations. Subordination. Effectiveness.

SUMÁRIO

	INTRODUCCIÓN	000
1	LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LO OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	000
1.1	BREVE HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS	000
1.2	CONSECUENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	000
1.3	DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES	000
2	LAS INVESTIGACIONES PRECEDENTES: TEORIAS DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL AMBITO DE LAS RELACIONES PRIVADAS	000
2.1	ABORDAJE HISTÓRICO DE LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS DE ÍNDOLE FUNDAMENTAL EN EL ÁREA PRIVADA.....	000
2.2	PRINCIPALES CONSTRUCCIONES TEÓRICAS SOBRE LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS	000
2.2.1	Teoría de la acción estatal o doctrina del “State Action”	000
2.2.2	Teoría de los deberes de protección del Estado	000
2.2.3	Teoría dualista de la eficacia indirecta e inmediata	000
2.2.4	Teoría monista de la eficacia directa e inmediata	000
2.2.5	Teoría integradora	000
3	ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	000
3.1	MARCO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y BRASILEÑO A LA	

	EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS	000
3.1.1	La Constitución de la Nación Argentina y el tratamiento dispensado a los derechos fundamentales en la esfera privada	000
3.1.2	El tratamiento normativo de la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada dado por la Constitución Federal Brasileña.....	000
3.2	LA CUESTIÓN DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS DESDE LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE ARGENTINA Y BRASIL.....	000
3.2.1	El efecto horizontal de los derechos humanos y su alcance en la jurisprudencia y en la doctrina argentina	000
3.2.2	La eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada en la doctrina y en la jurisprudencia brasileña.....	000
4	LOS CRITERIOS RECOMENDADOS PARA ENCAUSAR LA SOLUCIÓN PROPUESTA	000
4.1	LOS CRITERIOS DE EFICACIA Y APLICABILIDAD EN LO QUE SUGIERE ROBERT ALEXY	000
4.2	DERECHOS FUNDAMENTAIS EN LAS RELACIONES PRIVADAS DESDE LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	000
	CONCLUSIÓN.....	000
	BIBLIOGRAFÍA.....	000

INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene como objeto de la investigación los criterios de eficacia y aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas de subordinación desde la interpretación de los tribunales constitucionales de Argentina y Brasil. El foco de este estudio es la exploración de la forma y la medición de la intensidad del impacto de normas constitucionales de los derechos fundamentales en las relaciones establecidas entre particulares; partiendo así de la suposición lógica de que el individuo, más allá de estar sujeto a los derechos fundamentales, es titular del poder de auto determinar sus intereses privados.

A fin de abordar el efecto horizontal de los derechos fundamentales en los sistemas constitucionales de Brasil y Argentina, la verificación que se pondrá de relieve engloba los tres aspectos principales en los que generalmente se descompone este problema: si hay efectos horizontales de los derechos fundamentales, como poner en práctica (dificultad de construcción) y cual intensidad o grado en que estos efectos se han diseñado (el problema de colisión).

El objeto específico de este trabajo es la descripción de la respuesta que el ordenamiento constitucional brasileño y el ordenamiento constitucional argentino han dado a estas preguntas y, en particular, la de sus Tribunales Constitucionales, concluyendo con la identificación de los criterios mínimos para hacer, en general, el difícil equilibrio en la colisión entre los derechos fundamentales, y, en particular, entre los derechos fundamentales y la autonomía privada, teniendo en cuenta que la afirmación de la fuerza normativa de los derechos fundamentales, su función y su integración en la irradiación para el ordenamiento jurídico privado depende de ello en gran medida.

Con el problema del tema identificado, y para orientar la investigación en dirección a posibles soluciones, se pregunta: ¿los derechos humanos constitucionalmente reconocidos son normas de principios programados o de la eficacia plena directa, inmediata e integral? ¿Los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos a la luz de la fuerza normativa, que se traduce en la vigencia efectiva en la concretización de los derechos fundamentales, pueden o

deben ser directa e inmediatamente aplicables? ¿Cuál es el tratamiento dado a la cuestión por las constituciones brasileña y argentina? ¿Cuáles son los criterios mínimos de la eficacia y aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas de subordinación desde la interpretación de los tribunales constitucionales de Brasil y Argentina?

La tesis en conjetura y posteriormente validada, siguiendo la línea de investigación del desarrollo y protección de los derechos fundamentales en el Estado Social y Democrático de Derecho, defiende que los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos deben ser directa e inmediatamente aplicables, en el transcurso de la fuerza normativa; que se traduce en su vigencia efectiva en la concretización de los derechos fundamentales.

Además, se sustenta que el no reconocimiento de la vinculación directa de los particulares a los derechos fundamentales, es lo mismo que aceptar la omisión del Estado en relación a las arbitrariedades eventualmente practicadas entre los individuos que lo constituyen. Por tanto, siguiendo ese raciocinio, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas resulta como imperativo lógico para la garantía de una sociedad más justa e igualitaria, capaz de asegurar, ante todo, la dignidad humana.

Las razones que justifican la elección del asunto sobre investigación y su delimitación son de orden teórica y empírica.

En el ámbito teórico, la realización de la tesis se basa en tres justificaciones:

a) la constatación de que, a pesar del notable avance alcanzado en cuanto a la universalización de los derechos humanos, notablemente en el derecho internacional en el plano interno, aún no se consiguió un grado mínimo de eficacia;

b) la verificación de que no se ha dado la debida atención e importancia respecto a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (relaciones bilaterales y horizontales), resquicios del liberalismo clásico que aboga la presunción de la libertad humana, como principio universal basado en la autonomía privada y en la libertad de las relaciones privadas; y

c) la concepción de que los derechos fundamentales son derechos de defensa particular contra el Estado, permaneciendo latente la equívoca interpretación de que los derechos fundamentales son destinados apenas a la protección del individuo

contra eventuales abusos estatales (relaciones verticales) y, de esta forma, no podrían ser convertidos en derechos de defensa de particulares contra particulares (relaciones horizontales).

A su vez, la justificación práctica de la elección del tema está en la constatación de que en la actualidad democrática, el conocimiento profundo del derecho constitucional se convirtió en requisito técnico profesional indispensable para el profesional del derecho. Es preciso, que el operador jurídico este habilitado para delinear el significado preciso de los preceptos constitucionales, fundamentos efectivos del orden jurídico, para poder poner en práctica el derecho, sea cual sea la rama.

La opción por el estudio y análisis de los criterios de eficacia y aplicabilidad desde la interpretación de los tribunales constitucionales de Argentina y Brasil, además del intercambio académico que por sí solo ya justificaría el abordaje, se pauta en el deseo de conocimiento sobre el tratamiento dado por las Constituciones de esos dos países a la tutela de los derechos humanos en las relaciones privadas.

Además, se tiene como evidencia que Brasil y Argentina son Estados miembros del Mercado Común del Sur - Mercosur, que tiene como finalidad el amplio proyecto de integración de sus participantes, envolviendo así dimensiones económicas, políticas y sociales. Esto teniendo en cuenta que cuanto mayor es la integración, los desacuerdos tienden a ser mayores; siendo que uno de los grandes desafíos, en ese contexto, está en la promoción e institucionalización de los derechos fundamentales.

De este modo, la relación entre derechos fundamentales y derecho privado imponen la idea que se ultrapase los límites del discurso interno y se aclare la problemática en una perspectiva de derecho comparativo; tanto en el aspecto histórico como teórico, en este caso entre Brasil y Argentina.

La indagación, con el objetivo de comprender el fenómeno de la eficacia de los derechos fundamentales en la área jurídico privada, ha experimentado la construcción de varias teorías o modelos de eficacia que oscilan entre dos extremos: la aceptación de la protección efectiva de los derechos fundamentales y de su negación con fundamento en la tutela de la autonomía privada de los particulares, atravesando en la búsqueda de la conciliación, algunas concepciones intermedias en el derecho comparativo en los siguientes sentidos: el de la incidencia de la

validez mediata o de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

En términos generales y a partir de la interpretación del derecho constitucional, son apuntadas tres teorías clásicas. Ellas se enfrentan a cuestiones de validez y de eficacia, en la aplicación de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones entre particulares: la doctrina norteamericana "State Action", que juega a la incidencia de derechos fundamentales en las relaciones privadas, la teoría de la eficacia indirecta y mediata, desarrollada por La doctrina alemana y finalmente la teoría de la eficacia directa e inmediata, que tiene como otro ejemplo citado la doctrina portuguesa.

Con todo esto, a la par de esas tres vertientes teóricas consideradas clásicas, quizá en un sentido más actual; se dice que hasta la década de los cincuenta del siglo pasado, se concebía que las normas de los derechos fundamentales eran destinadas apenas para proteger al individuo contra eventuales violaciones, debido al abuso del poder por parte del Estado. Por lo tanto, estas no poseían relevancia en las relaciones entre particulares. Es por ello que actualmente están siendo construidas nuevas ideas, que hoy ya pueden ser agrupadas en seis teorías:

a) la teoría de la acción estatal: desarrolladas en el derecho norteamericano, la cual defiende que no existe cualquier vínculo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución con las relaciones particulares;

b) la teoría de la eficacia indirecta e inmediata de los derechos fundamentales en la esfera privada: desarrollada por la doctrina alemana, que se convirtió en la teoría dominante en el derecho germánico en las décadas del cincuenta y sesenta. Los defensores de esa teoría sostienen que los derechos fundamentales deben ser aplicados en el ámbito privado, pero niegan la aplicación directa del derecho constitucional, o sea, entienden que compete al legislador privado el deber de mediar la aplicación de los derechos fundamentales sobre los particulares; fijando así límites para determinados derechos individuales y observando rigurosamente los límites establecidos por la Constitución para la imposición de restricciones o de limitaciones. Por lo tanto, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas se daría por medio de mecanismos del derecho civil y no a través de los instrumentos del derecho constitucional;

c) la teoría de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales: según ella, la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se da del mismo modo que ocurre en las relaciones del tipo Estado-ciudadano, o sea, sin la necesidad de intermediación del legislador privado;

d) la teoría de los deberes de protección o teoría de los imperativos de tutela: esta teoría surge como fruto del pensamiento por parte de la doctrina alemana moderna, presentada como un modelo de eficacia más adecuado que la clásica teoría de la aplicación mediata para solucionar el tema de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas. Los seguidores de esta tesis defienden que el Estado, además de no violar derechos fundamentales, tiene el deber de protegerlos de potenciales lesiones y amenazas de particulares. Ellos defienden que las normas esenciales vinculan apenas al Estado, pero el deber de protección de los derechos fundamentales en las relaciones privadas permanece vinculado al derecho privado, por tanto, cabe al legislador civil disciplinar el comportamiento de los particulares teniendo como objetivo la protección de los derechos fundamentales. Es por ello que en cuanto a los efectos, esa suposición se asemeja con la teoría de la eficacia indirecta e inmediata de los derechos fundamentales, pues así mantiene la exigencia de la mediación del legislador privado;

e) la teoría de la convergencia estatista o de imputación al Estado: en ese pensar, el Estado es siempre responsable por la violación a los derechos fundamentales, así sean originadas en las relaciones inter privadas, bajo el argumento de que la violación de un derecho fundamental por parte del sector particular, sólo sucede porque el Estado lo permitió o no lo impidió y, por lo tanto, la responsabilidad por los efectos será del Estado. Finalmente

f) la teoría unitaria, integradora o modelo de tres niveles (deberes del Estado, frente al Estado y la relación privada): aunque similar a la teoría de la eficacia directa, merece ser analizada por separado, ya que no excluye la teoría de la eficacia indirecta y la teoría de los deberes de protección. Por el contrario, va más allá para proponer la integración de esos modelos de eficacia, puesto que cada uno de ellos, presenta aspectos que no sólo pueden deben ser considerados para aplicaciones de los derechos fundamentales en las relaciones entre sujetos privados.

De esta manera, esas teorías demuestran el Estado actual del conocimiento de las doctrinas sobre la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales.

Por lo cual la meta general de la investigación trae como enunciado el enfrentamiento del tema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, a través de análisis de los criterios de eficacia y aplicabilidad desde la interpretación de los tribunales constitucionales de Argentina y Brasil.

De forma específica, se pretendió:

a) recoger datos para descubrir el sentido y el alcance de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, haciendo un breve resumen histórico;

b) analizar las teorías de la eficacia de los derechos fundamentales y sus elementos determinantes;

c) presentar las normas de derechos fundamentales en los moldes de la Constitución Federal brasileña y en la Constitución Nacional Argentina;

d) investigar en cuál o cuáles de los modelos de eficacia se incluyen las Constituciones brasileña y argentina, y cuál es la interpretación de la doctrina y jurisprudencia de esos países sobre el tema;

e) examinar los criterios de eficacia y aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas de subordinación desde la interpretación de los tribunales constitucionales de Argentina y Brasil; y

f) identificar y proponer criterios mínimos de aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas de subordinación.

En el referencial lógico, epistemológico y hasta metafísico; para alcanzar la pretendida construcción de conocimiento jurídico, sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, como presupuestos metodológicos, se utiliza la técnica de investigación bibliográfica. Esto debido a que está centrado en el análisis de los textos jurídicos, elaborados por la doctrina en los documentos normativos y en la jurisprudencia. Esta última presentada a título de ejemplos ilustrativos, con la intención de justificar y fundamentar el tema a ser investigado; pues no es posibles fundamentar bien un trabajo jurídico, sin la presentación de los conocimientos construidos por la doctrina; además de las leyes o decisiones

jurisprudenciales incidentes que demuestran el estado actual de la realidad social empírica.

Los métodos utilizados son:

a) comparativo, por examinar el derecho constitucional argentino y el brasileño;

b) fenomenológico hermenéutico, porque privilegia estudios teóricos y análisis de documentos y textos; además

c) deductivo, que permite partir de una premisa antecedente de valor universal de los derechos humanos, para llegar al consecuente conocimiento particular sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre sujetos privados.

Entonces, se trata de una investigación de tipo cualitativo, la cual fue realizada de modo que recorre todas las fases de la lectura: exploratoria, selectiva, analítica y reflexiva/interpretativa; posibilitando así la formulación de un juicio de valor al respecto de las obras estudiadas.

En la fase de relato, el trabajo escrito resultó didácticamente distribuido en cuatro partes.

El primer apartado, que está destinado a la presentación y descripción del tema, aborda los derechos humanos, trayendo desde su inicio un breve resumen histórico y evolutivo del proceso de desarrollo teórico normativo del derecho internacional de los derechos humanos. Este, seguido de las consecuencias de la constitucionalización de los derechos humanos, estas sobre el Estado Constitucional y Democrático de Derecho en las perspectivas constitucionales de la contemporaneidad. Además, por la diferenciación conceptual entre derechos humanos y derechos fundamentales.

En la segunda sección el examen es indagatorio y se trata de las investigaciones anteriores sobre el objeto investigado, con la finalidad de evaluar las teorías existentes sobre la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de los actos de vinculación jurídica entre particulares. Es necesario inquirir para verificar cuáles pueden ser aplicadas al problema en la tesis; o si por el contrario, es necesario desarrollar nuevas teorías y conceptos. La idea central de ese capítulo es proporcionar una visión general, del tipo aproximativo, acerca de la incidencia y del

reconocimiento de la expansión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

El tercer capítulo, semejante al primero, es representativo y descriptivo. Adquiere esta característica, en la medida en que realiza una fundamentación documental por medio de la secuencia de los textos constitucionales de Argentina y Brasil. De esta manera, se determina cuál es el tratamiento dado por las referidas constituciones a las normas generales de derechos fundamentales, y especiales de eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada. También en este capítulo se enfrenta a la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas desde la interpretación de los Tribunales Constitucionales de Argentina y Brasil, además de identificar posibles ineficiencias de las medidas existentes para resolver el problema.

En relación a la cuarta parte titulada “los criterios de eficacia y aplicabilidad recomendados para encausar la solución propuesta”, se habla de la eventual incidencia de las teorías estudiadas, o por lo menos de una de las mismas. Así como su eficacia en lograr los objetivos de aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas. El objetivo es reconocer la aplicación de los orígenes que rigen los derechos fundamentales en las relaciones de derecho entre particulares. Situación que refleja la preocupación de la civilización contemporánea en construir un orden jurídico, flexible y abierto a los problemas y desafíos emergentes en la sociedad pos moderna.

Finalmente, en la última sección de la tesis, son exhibidas las principales conclusiones alcanzadas con la investigación; además de la propuesta original de solución, desarrollada por medio de una serie de argumentos y razones planeadas con un análisis crítico de las fuentes bibliográficas y documentales. Esto, en el sentido de la elaboración de un método de eficacia privada de los derechos fundamentales, capaz de conciliar la protección efectiva de los principios constitucionales con la tutela, autonomía y voluntad de los particulares en sus relaciones del convivir en sociedad.

1 LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LO OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El abordaje y defensa de los “derechos humanos”, por la dinámica que implica en argumentar siempre transitorios delante del natural avance y retrocesos, impone análisis crítico continuado acerca de su pasado y futuro. Esto con intención de verificar si se trata de un concepto moderno, construido para descomponer problemas antiguos aún no solucionados; o si es una expresión terminológica del pasado que viene siendo aplicada para resolver una problemática emergente de afirmación de la dignidad humana.

Esas dudas permanecen latentes y son intrínsecas a la temática que envuelve los derechos humanos en el orden jurídico contemporáneo, cuyas respuestas aunque meramente aproximadas, dependerán, en larga medida, del tipo de enfoque dado a la materia. Por eso la adopción, para este estudio, del método histórico-cronológico-normativo interno e internacional. No es con el objetivo simple de buscar respuestas, aunque ese sea uno de los objetivos secundarios, sino para reflexionar sobre las dudas e indagaciones que ocupan la mente de los juristas a lo largo de la historia. De ese modo se contribuye a la construcción de los derechos humanos actuales y futuros, especialmente en cuanto a su concretización.

Es imprescindible no perder de vista que las tensiones y los conflictos en torno de los derechos humanos, principalmente entre teoría y práctica. Siempre existirán, y no es saludable que sean anulados, porque funcionan como motor que fomenta las discusiones e investigaciones que llevan a la constante relectura y perfeccionamiento. Aún más sobre un asunto tan importante, que está en frecuente colisión con costumbres y culturas.

1.1 BREVE HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos están fundamentados en el resguardo de la vida humana y en la garantía de la tutela de su dignidad. Debido a esa amplitud, la materia abarca discusiones de grande envergadura. Estas son frecuentemente impedidas entre los juristas que se dedican a estudiar el asunto. Muchas de las dudas existentes pueden ser esclarecidas por medio de la observación histórica del proceso de construcción y evolución de los derechos humanos.

La intención de este tópico es exponer la composición elaborada de los elementos que caracterizaran los derechos humanos a lo largo de su trayecto cronológico. De la misma forma, se enfatiza en el hecho de que la identificación de los marcos históricos, permiten que se construya el conocimiento necesario para la percepción de que el derecho contemporáneo, en cuanto se fundaba en el pasado, se fundamenta en principios y reglas totalmente diferentes, ellos también trajeron efectiva inspiración a los legisladores para la internalización del espíritu de las primeras evidenciadas en los principios de los derechos humanos,

La visualización transparente de los tiempos en otra circunstancia, permite recobrar el vigor de las experiencias exitosas, así como substituir las fracasadas y componer nuevos modelos, minimizando la reiteración de equívocos. Los registros históricos pueden y deben ser utilizados por las generaciones contemporáneas de operadores jurídicos como instrumento de análisis crítico. Esto, con el fin de identificar la forma como el derecho fue realizado, para revitalizar las actitudes positivas, perfeccionar aquellas imperfecciones y substituir las acciones que no consiguieron producir justicia. Todo eso, inexorablemente, se vuelve en beneficio de la colectividad.

Por lo tanto, no se puede perder de vista que el conocimiento construido con la investigación histórica, sólo tendrá valor científico comprobatorio si en la interpretación de los datos colectados, fueran utilizados los criterios inspirados en la cultura del momento examinado. De hecho, el significado de cada información histórica, sólo se manifiesta de forma adecuada y en plenitud si fuera verificado en el escenario real del cual el objeto sobre investigación hizo parte. Por ejemplo, el

historiador, para investigar, estudiar y evaluar con propiedad determinando el objeto, necesita conocer previamente los valores culturales y sociales de las personas que lo crearon o de él hicieron uso.

Es en este pensar, que se justifica la aplicación del método histórico en la producción cognitiva acerca de los derechos humanos, que son “históricos como cualquier derecho”. De hecho, surgen con las revoluciones burguesas del siglo XVIII y evolucionaron, ampliándose con el correr de los tiempos¹.

El estudio parte desde la perspectiva de las formas de relaciones sociales y las normas que los establece con sus orígenes en el pasado, tornándose imprescindible investigar acerca de sus raíces para aprender la función que desencadenan en la actualidad y, a partir de ahí, identificar la naturaleza jurídica del instituto sobre investigación. De igual modo, para el abordaje histórico de los derechos humanos, permite revelar las razones que llevaron a su reconocimiento jurídico, así como el procedimiento de la construcción a lo largo del tiempo.

Normalmente, la doctrina al referirse a los orígenes de los derechos humanos, menciona el surgimiento del concepto de Estado como sociedad individualista y perfecta, que aconteció con Niccolò di Bernardo dei Macchiavelli (1469-1527), en su conocida obra “El Prince” (em italiano *Il Principe*) de 1513².

Por lo tanto, no se puede desconocer la herencia de las antiguas civilizaciones que, en los límites aprehensibles a la época, privilegiaron al individuo.

Conforme a la constatación de Rogério Gesta Leal³, “parece ser un consenso entre los historiadores, que los orígenes más antiguos de los derechos fundamentales del individuo se encuentran en los primores de la civilización”, partiendo desde las concepciones formuladas por los hebreos, griegos, romanos, y por el cristianismo, hasta la actualidad.

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de derecho constitucional positivo**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 185.

² BARSA, Enciclopédia. **Estado**. V. 5. São Paulo/Rio de Janeiro: Enciclopaedia Britannica Editores, Ltda., 1969. p. 475.

³ LEAL, Rogério Gesta. **Derechos humanos no Brasil: desafios a la democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 1997. p. 20.

De acuerdo con la verificación de Alexandre de Moraes⁴, existen vestigios de una teoría de derechos individuales del ser humano en el antiguo Egipto y en la Mesopotamia, que por vuelta del tercer milenio a.C. ya preveían algunos instrumentos de protección individual, en relación a los líderes de las ciudades⁵. Sin embargo, es preciso reconocer, que el inicio de los derechos humanos y de la decurrente afirmación de la dignidad humana, proviene muy probablemente del sufrimiento físico y espiritual de los pueblos⁶.

Durante largo período de la historia de la civilización humana, la religión imperó como soberana absoluta, tanto en la vida privada como pública. El Estado era definido como “comunidad religiosa”, donde la libertad individual era desconocida y el ser humano quedaba a merced del Estado en cuerpo, alma y bienes materiales.

Con el pasar del tiempo, fueron siendo introducidas modificaciones en el gobierno, en el derecho y en la religión. En los cinco siglos que precedieron el cristianismo la unión entre la religión, el derecho y la política ya no era tan estrecha. Los viejos principios de la sociedad humana fueron suprimidos por diversos acontecimientos, como el esfuerzo de las clases marginadas a la ascensión, la decadencia de la casta sacerdotal, el trabajo de los filósofos y el progreso del

⁴ MORAES, Alexandre de. **Derechos humanos fundamentales**: teoría general (comentarios a los artículos 1º a 5º de la Constitución de la República Federativa del Brasil - doctrina y jurisprudencia. Colección Temas Jurídicos, v. 3, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 24-25.

⁵ Son identificados como ejemplos normativos de Código de Uruinimgina, también llamado de Código de Urukagina, (fecha aproximada de 2350 a.C.), el Código de Ur-Nammu (de 2100-2000 a.C. aproximadamente), el Código de Hammurabi (datado posiblemente de 1700 a.C.), la Ley de Torah (elaborada por volta de 1.200 a.C.) y el Código de Manu (do siglo II a.C al siglo II d.C, aproximadamente, en cuanto algunos historiadores entienden que el Código de Manu antecedió al Código de Hammurabi) (TAIAR, Rogério. **Derecho internacional dos derechos humanos**: una discusión sobre el concepto de soberanía a la efectividad de la protección internacional de los derechos humanos. Tesis de doctorado. Universidade de São Paulo. Orientadora Dilma de Melo Silva. São Paulo: USP, 2009, p. 134).

⁶ Por ejemplo, en el desarrollo de la Guerra de Troya, que aconteció posiblemente entre 1194-1184 a.C., el sacrificio de Ifigenia por su propio padre Agamenón, un rico rey de Argos (Micenas), practicante del arte de la guerra y del uso brutal del poder, “represento, de cierta forma, el paradigma de la tragedia como medio de purificarse el alma de sus paciones destructoras” (CLARKE, Lindsay. **Guerra de Troya**. Traducción de Laura Alves e Aurélio Barroso Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005, p. 250-271). Otro ejemplo de la comprensión, en el curso de la historia, de que la dignidad suprema de los seres humanos y sus derechos, han sido “fruto del dolor físico y del sufrimiento moral” se encuentra en la máxima Grecia “sufrir para comprender” (“tô pathei mathos”), que según Fábio Konder Comparato consta en el poema trágico de Ésquilo⁶, llamado “Agamenón”, escrito en 458 a.C. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmacion histórica dos derechos humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38).

pensamiento. Todo eso tuvo el mismo fin: liberar al ser humano del imperio de la cultura de la culpa y de la sumisión incontestable a la voluntad de las divinidades.

La independencia del derecho y de la política ocurrió a la medida que la incredulidad en las divinidades aumentaba, no porque las personas dejaron de ser religiosas; sino porque la antigua religión estaba desgastada y desacreditada.

Ávidos por el relleno de ese vacío, el sentimiento religioso fue revigorizado por el cristianismo⁷, que al colocar a Dios, la familia, la persona humana, por encima de la patria, cambia la naturaleza del derecho, que no recibe más las reglas de divinidades. El cristianismo es responsable también por instituciones seculares como la democracia, la ciencia y además, fomentó valores como respeto por la dignidad humana, derechos humanos y la igualdad humana⁸.

Durante todo el período de la Edad Media se mantuvo latente el deseo de la construcción de una grande unidad política, que fuera al mismo tiempo eficaz como el Imperio Romano y aceptará al individuo como valor en sí mismo, apartado de influencias religiosas⁹.

En esta época - en la cual en muchos siglos antecedió las revoluciones que acontecerían en el siglo XVIII y que consagrarían las llamadas libertades negativas, caracterizadas porque figuraban limitaciones en la actuación estatal delante del ciudadano -, el Estado ya era concebido como institución, constituida por tres elementos característicos, originales e indisolubles: pueblo, territorio y gobierno soberano. Pero el régimen era absolutista, compuesto por la acción conjunta del Estado y de la Iglesia por medio de la creencia cristiana, en consecuencia, de la imposición del Cristianismo como religión oficial.

Dentro del contexto absolutista, con reyes con poderes totales e ilimitados, comandando la economía, la justicia y la sociedad, inclusive determinando la religión del pueblo y la persecución con reprensión violenta de quien se atrevía a congregarse

⁷ En el año 01 nació Jesús Cristo y en torno de su vida y enseñanzas tomo cuerpo el Cristianismo y la Iglesia Católica. Más tarde surgieron otras ramas religiosas ligados al tronco principal que es la creencia de Cristo. La religión cristiana, cuya creación es atribuida a Jesús Cristo, fue idealizada en el siglo I, en la región de la actual Palestina.

⁸ D'SOUZA, Dinesh. **Um fundamento cristão**. Traducción de Marcelo Herberts. *In*: USAToday.com, 22 de octubre de 2007. Disponible en: <http://www.monergismo.com/textos/apologetica/Um_Fundamento_Cristao_Dinesh.pdf>. Acesso em: 12 set. 2010. p. 1.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria general Del Estado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 56.

creencia contraria, el ser humano comenzó a ser valorizado como individuo de un modo nunca antes visualizado en la historia de la civilización occidental.

Fue justamente contra los abusos de esa reconcentración del poder que surgieron las primeras manifestaciones de los rebeldes, como ocurrió, por ejemplo, con la “Carta Magna”, de 1215¹⁰, documento básico de la libertad inglesa, editada con el intuito de asegurar los privilegios de los barones y garantizar los derechos individuales de los hombres libres¹¹.

Con efecto, el primero de los derechos humanos a despertar fue la libertad, pero no el valor de libertad como declarado en el siglo XVIII, de carácter general, en beneficio de todos, sin distinciones, pero sí la “libertad específicas, en favor, principalmente, de los estamentos superiores de la sociedad - el clero y la nobleza -, con algunas concesiones en beneficio del pueblo”¹².

En la Edad Moderna, muchos otros documentos legales, que de algún modo hacen mención a los derechos humanos, fueron elaborados. Los documentos legales sobre derechos humanos producidos, desta vez fueron: la Petición de Derecho (“Petition of Right”), de 1628, elaborada en Inglaterra por Lord Edward Coke y dirigida al Rey; la Ley del “Habeas Corpus” (“Habeas Corpus Amendment Act”), de 1679, la Declaración de Derechos (“Bill of Rights”), de 1689, que surgió de la Revolución Gloriosa que se dio en Inglaterra entre 1688 y 1689; el acto de fundación (“Act of Seattlemente”), del 12 de junio de 1701; la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia, del 12 de junio de 1776; la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, del 04 de julio de 1776, conocida como “Declaración de la Filadelfia”; y la Constitución de los Estados Unidos de América, promulgada en 17 de septiembre de 1787.

¹⁰ “La Magna Charta Libertatum, de 15 de junio de 1215, entre otras garantías, previa: la libertad de la Iglesia de la Inglaterra, restricciones tributarias, proporcionalidad entre delito y sanción (‘La multa a pagar por un hombre libre, por la práctica de un pequeño delito, será proporcional a la gravedad del delito; y por la práctica de un crimen será proporcional al horror de este, sin perjuicio necesario a la subsistencia y posición del infractor’, ítem 20); previsión del debido proceso legal (‘Ningún hombre libre será detenido o sujeto a la prisión, o privado de sus bienes, o colocado fuera de la ley, o exiliado, o de cualquier modo molestado, y no procederemos ni mandaremos a proceder contra el sino mediante un juzgamiento regular por sus pares o de armonía con la ley del país’, ítem 39); libre acceso a Justicia (‘No venderemos, ni recusaremos, ni aplazar el derecho de cualquier persona a obtener justicia’, ítem 40), libertad de locomoción y libre entrada y salida del país” (MORAES, Alexandre de. 2000. *Op. cit.*, p. 25-26) (grifos Del original).

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 46.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 46.

En la Edad Moderna la civilización humana vivió, entre otras transformaciones sociales, la transición del feudalismo para el capitalismo, así como la valorización del individuo. De esta manera ascendió un nuevo concepto de igualdad “la igualdad formal”, pero basada en los criterios de la igualdad aritmética de Aristóteles, consolidada a partir de la Edad Contemporánea, que tuvo inicio en 1789, con la Revolución Francesa.

Fue en el período histórico moderno que la humanidad comenzó a vivir la caída del absolutismo. Sin embargo, aún eran fuertes las marcas de las sociedades medievales, altamente divididas y desiguales. Todas las injusticias de la época hicieron surgir diversas revoluciones burguesas, destacando la Revolución Francesa de 1789.

Con las revoluciones burguesas se instaló el Estado Liberal que promovió la distinción entre Estado y sociedad civil (público y privado) e hizo nacer la primera noción de Estado de Derecho. La grande conquista de este período histórico fue la libertad consolidada en los derechos y garantías individuales (todo poder emana del pueblo y en su nombre será ejercido). Es ese importante acontecimiento histórico llamado de “Revolución Francesa” que dio la oportunidad de elaborar de la primera declaración contemporánea de los derechos humanos¹³.

El fin de la Revolución Francesa de 1789 y la consecuente consolidación de la hegemonía de la burguesía, abolió la servidumbre y los derechos feudales y proclamó los principios universales de “libertad, igualdad y fraternidad” (*liberté, égalité, fraternité*), idealizados por el político francés de Jean Nicolas Pache (1746-1823) y adheridos como bandera de lucha por los burgueses.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789 declaró que todos los individuos “nascen y son libres e iguales en derechos”, reafirmada y ratificada la idea de libertad e igualdad de los seres humanos. Sin embargo en ningún de sus dispositivos hizo constar la palabra “fraternidad”. Faltó así, en el cuerpo de este documento normativo, la exigencia de una organización solidaria de la vida común, el que sólo sucedió mucho más tarde, con la Declaración

¹³ LEAL, Rogério Gesta. 1997. *Op. cit.*, p.35.

Universal de los Derechos Humanos de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 10 de Diciembre de 1948¹⁴.

Los principios consagrados por las declaraciones antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, fueron acogidos por las principales constituciones liberales de la época, pero la protección de los derechos era apenas de naturaleza interna¹⁵. La Declaración de 1948, retomó los ideales de la Revolución Francesa y representó el marco histórico del reconocimiento universal de los supremos de la igualdad, de la libertad y de la fraternidad. Teniendo en cuenta que la concretización de esos ideales viene siendo hecha de forma progresiva.

En síntesis, la Declaración Universal de los Derechos Humanos se preocupa con cuatro órdenes de derechos individuales: a) derechos personales del individuo: derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad; b) derechos del individuo en fases de las colectividades: derecho a la nacionalidad, derecho de asilo para todo aquel perseguido (salvo los casos de crimen de derecho común), derecho de libre circulación y de residencia, tanto en el interior como en el exterior y, finalmente, derecho de propiedad; c) libertad pública y los derechos públicos: libertad de pensamiento, de consciencia y religión, de opinión y de expresión, de reunión y de asociación, principio en la dirección de los negocios públicos; y d) derechos económicos y sociales: derecho al trabajo, a la sindicalización, al reposo y a la educación¹⁶.

En la secuencia histórico-cronológica, diversos documentos fueron incorporados preceptos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; como ejemplo de la Declaración de Derechos Humanos y Programa de Acción de Viena de 1993¹⁷ y del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, de 1998¹⁸,

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 50-51.

¹⁵ ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de derechos internacional público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 365.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de derecho constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 310.

¹⁷ INTERNACIONAL, Legislación. **Declaración y Programa de Acción de Viena, de 1993**. Resultado de la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos realizada en Viena, entre 14 a 25 de junio de 1993. Disponible en: <<http://www.dhnet.org.br/derechos/anthist/viena/viena.html>>. Accesado en: 02 out. 2010.

¹⁸ DERECHO INTERNACIONAL, Legislación. **Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional**. Hecho en Roma, a los 17 días del mes de julio de 1998. Disponible en: <http://www.fd.uc.pt/Ci/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm>. Accesado em: 02 out. 2010.

documentos elaborados para “atender al proceso de proliferación de derechos, que envuelve, entre otras cosas, el aumento de los bienes merecedores de protección y ampliación de los derechos sociales, económicos, culturales, entre otras” y extender la titularidad de derechos “con o alargamiento del concepto de sujeto de derecho, alcanzando las entidades de clase, las organizaciones sindicales, etc.”¹⁹.

Sin embargo, luego de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en recorrer de las barbaries del Holocausto y del exterminio de personas consideradas indeseables por el régimen nazista fundado por Adolf Hitler, hubo de hecho una concientización generalizada que redundó en la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y que acabó por reconocer la dignidad como inherente a todos los miembros de la familia humana y como fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo. De hecho, “los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, la obligación de los Estados es de asegurar el respeto que sigue del propio reconocimiento de esa dignidad”²⁰.

Según Flavia Piovesan²¹, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 “al introducir la concepción contemporánea de derechos humanos, acoge la dignidad humana como valor a iluminar el universo de derechos”. Prosigue explicando que:

La condición humana es requisito único y exclusivo, reitérese, para la titularidad de derechos. Esto porque todo ser humano tiene una dignidad que le es inherente, siendo incondicionada, no dependiendo de cualquier otro criterio, sino ser humano. El valor de la dignidad humana se proyecta, así, por todo el sistema internacional de protección. Todos los tratados internacionales, aún que asuman el ropaje del positivismo jurídico, incorporan el valor de la dignidad humana.

Comienza, así, el pleito de la constitucionalización de los derechos humanos. Las constituciones escritas actuales ya traen en sus disciplinas de derechos

¹⁹ LEAL, Rogério Gesta. 1997. *Op. cit.*, p.88-89.

²⁰ TAIAR, Rogério. **La dignidad de la persona humana y el derecho penal**: la tutela penal de los derechos fundamentales. São Paulo: SRS Editora, 2008. p. 61-62.

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Derechos humanos**: el principio de la dignidad humana y la Constitución brasilera de 1988. *In: Revista dos Tribunais*, ano 94. v. 833, p. 41-53. São Paulo: RT, mar. 2005. p. 43.

fundamentales y de valores que deben guiar no apenas la actuación del Estado, sino también asegurar la protección de los individuos.

1.2 CONSECUENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

EL cuerpo normativo del derecho constitucional es formado por reglas y principios jurídicos.

La Constitución establece “en términos de derecho y con los medios del derecho los instrumentos de gobierno, la garantía a los derechos fundamentales y la individualización de fines y tareas”. En su conjunto, reglas y principios constitucionales valen como “ley”, o sea, el “derecho constitucional es derecho positivo”²². Así:

Si el derecho constitucional es derecho positivo y la constitución vale como ley, entonces las reglas y principios constitucionales deben obtener normatividad regulando jurídica y efectivamente las relaciones de la vida, dirigiendo las conductas y dando seguridad a expectativas del comportamiento²³.

Cómo alerta José Afonso da Silva²⁴, es preciso diferenciar “principios constitucionales fundamentales (políticos)” y “principios generales del derecho constitucional (jurídicos)”. Los principios constitucionales fundamentales o principios políticos integran el derecho constitucional positivo, traduciéndose en normas fundamentales, normas-síntesis o normas-matrices, que explicitan las valoraciones políticas fundamentales del legislador constituyente. Son las normas que contienen las decisiones políticas fundamentales que el constituyente acogió en el documento

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Derecho constitucional y teoría de la Constitución**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1176.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1176.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 99.

constitucional. Ya los principios constitucionales generales o principios jurídicos forman temas de una teoría general del derecho constitucional, por envolver conceptos generales, relaciones, objetos, que pueden tener su estudio destacado de la dogmática jurídico-constitucional.

Por lo tanto, los principios jurídicos informan la orden jurídica nacional, y son clasificados en principios generales y principios específicos o especiales. Conforme Deocleciano Torrieri Guimarães²⁵, los principios generales “son criterios mayores, muchas veces no escritos, que están presentes en cada ramo del derecho”. Significa que los principios jurídicos generales tienen su fundamentación básica en el derecho natural, ya que su vigencia independiente de la existencia de cualquier documento o precepto escrito. Ya, “los principios específicos informan derechos especiales, limitados a la rama del derecho que pretenden regular”. Los principios jurídicos constitucionales específicos son aquellos informadores de las varias ramas del derecho.

Se debe tener en cuenta, que para un mejor estudio, aplicación y desarrollo del derecho, este fue dividido en ramas de acuerdo con su especialidad (derecho penal, derecho civil, derecho del trabajo), del que infiere Hely López Meirelles²⁶, que “el derecho es un vértice dónde se puede todas las ramas de la ciencia jurídica”. El derecho tiene por objeto general la actividad humana social, o sea, “tiene como objeto disciplinar las relaciones entre los seres humanos” en su convivencia entre los pares, en sociedad²⁷. Para Anacleto de Olivera Faria²⁸, esas relaciones sociales pueden suceder de diversas formas: “o entre particulares unos para con los otros, o entre particulares y el Estado, o aún, de Estados (personas jurídicas de derecho público) entre sí”.

En el derecho público considera “ramas” los principales segmentos: el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho de proceso civil, el derecho de proceso penal, el derecho financiero, el derecho tributario y otros. Por parte, el derecho privado se subdivide en derecho civil y derecho comercial. Esa

²⁵ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Diccionario técnico-jurídico**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 1999. p. 451.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Derecho administrativo brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Revista de los Tribunales, 1994. p. 112.

²⁷ FARIA, Anacleto de Oliveira. **Instituciones de derecho**. 5. ed. São Paulo: Revista de los Tribunales, 1980. P. 13.

²⁸ FARIA, Anacleto de Oliveira. *Op. cit.*, p. 13.

clasificación envuelve lo que se puede llamar como “principales ramas del derecho público” y “principales ramas del derecho privado”. Sin embargo, en él esta clásica dicotomía, de un lado tiene muchas explicaciones y justificaciones, de otro recibe críticas y consideraciones.

Actualmente, en la medida en que el derecho evolucionaba, viene ocurriendo una socialización del derecho como un todo, lo que se traduce, con más facilidad, en la constitucionalización de los derechos, sean ellos públicos o privados. En este sentido son las palabras de Arthur César de Souza²⁹, “la moderna constitucionalización de los derechos prescribe el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas”.

En resumen, el derecho, en sentido amplio, puede ser concebido como la ciencia que sistematiza las normas necesarias para el equilibrio de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y de este entre sí con estas normas, impuestas, coercitivamente, por el poder público³⁰. El derecho constitucional, como especialidad del género “derecho”, perteneciente al “derecho público”, se trata de la organización política y social del Estado, forma o sistema de Gobierno, sus poderes, funciones y atribuciones, derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos. Abarcan así, todas las reglas de naturaleza constitucional y, por consecuencia de la sistematización jurídica y de la jerarquía de las leyes que engloba todas las demás ramas del derecho, aunque de forma reflexiva. Significa decir que los principios generales del derecho constitucional positivo tienen aplicación sobre todas las demás ramas de la ciencia jurídica³¹.

La postulación del derecho constitucional, incluyendo además de las normas políticas, las reglas de derecho privado, lleva a la conclusión de que las constituciones contemporáneas viene promoviendo la constitucionalización de los derechos, lo que significa, en términos hermenéuticos, una relectura del derecho individual, a partir del Estado Democrático de Derecho.

El que se pretende con la tutela constitucional de la función social de los derechos es la conciliación del modelo económico capitalista con una política social

²⁹ Artur César de Souza in AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (org). **IV Jornada de Derecho Civil**. V. II. Brasília: Consejo de la Justicia Federal, 2007. p. 592-593.

³⁰ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Op. cit.*, p. 262.

³¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Op. cit.*, p. 264.

que envejeció la reducción de las desigualdades y promueva la dignidad humana, en cuanto principios y fines del derecho constitucional y guías de la acción estatal.

A partir de ese nuevo pensamiento que reconoce la supremacía de los derechos humanos a los derechos privados, las Constituciones pasaron a reescribir derechos, teniendo como fundamento su función social.

1.3 DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El tema “derechos humanos” contiene cuestionamientos relevantes, constantemente debatidos por los estudiosos de la materia. La cuestión terminológica resulta esencial, pues es posible encontrarse, por ejemplo, en un mismo texto legislativo, el empleo de términos diversos para denominar una misma realidad. En el caso de los derechos humanos, son utilizadas, indistintamente, las siguientes expresiones: derechos naturales, derechos humanos, derechos individuales, derechos públicos subjetivos, libertad fundamental, libertad pública y derechos fundamentales, entre otras.

Las expresiones más usuales son las de “derechos humanos” y “derechos fundamentales” y normalmente son utilizadas como sinónimos³². Pero, de acuerdo con José Joaquim Gomes Canotilho³³, a partir del criterio del origen y significado, las referidas expresiones pueden ser distinguidas, en términos de contenido, de la siguiente forma: los derechos humanos son aquellos válidos para todos los pueblos y en todos los tiempos (dimensión jusnaturalista-universalista). Son derechos salidos de la propia naturaleza humana y de ahí su carácter inviolable, no temporal y universal. En cuanto, a las declaraciones universales de derechos hacen parte, ya

³² “CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 393.

³³ “Las expresiones ‘derechos del hombre’ y ‘derechos fundamentales’ son frecuentemente utilizadas como sinónimos. Según su origen y significado podríamos distinguirlos de la siguiente manera: derechos del hombre son derechos válidos para todos los pueblos y en todos los tiempos (dimensión jusnaturalista-universalista); derechos fundamentales son los derechos del hombre, jurídico-institucionalmente garantizados y limitados espacio-temporalmente. Los derechos del hombre arrancarían de la propia naturaleza humana y de ahí su carácter inviolable, no temporal y universal; los derechos fundamentales serían los derechos objetivamente vigentes en una orden jurídica concreta” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 393) (grifos do original).

los derechos fundamentales como los derechos humanos objetivamente vigentes en un orden jurídica concreta, o sea, en el texto constitucional, que los institucionaliza y los limita en el aspecto espacio-temporal.

De acuerdo a la interpretación de Ignacio Ara Pinilla³⁴, “en él parece, en efecto, que pueda existir un criterio unánime entre los teóricos a la hora de decidirse por una otra expresión”, pero, esclarece que “en general, nos parece aceptable la idea en el sentido de distinguir el campo de la factibilidad (libertades individuales), el de la normatividad (derechos fundamentales) y el del valor (derechos humanos)”.

Y para Paulo Bonavides³⁵, las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales” poseen el mismo significado, con un empleo más frecuente de “derechos humanos” y “derechos del hombre” entre los autores anglo-americanos y latinos en coherencia con la tradición histórica, mientras que la expresión: “derechos fundamentales” es preferida por los publicistas alemanes.

Konrad Hesse³⁶, uno de los clásicos del derecho público alemán contemporáneo, identifica dos conceptos de derechos fundamentales, uno amplio y otro estrecho. El primero se relaciona a los presupuestos elementales de una vida en la libertad y en la dignidad humana; la concepción más estrecha define los derechos fundamentales como los derechos que el derecho vigente califica como tales³⁷. Por lo tanto, la expresión “derechos fundamentales” tiene contornos más específicos:

[...] el término derechos humanos se reveló con un concepto de contorno más amplio e impreciso que la noción de derechos fundamentales, de tal manera que estos poseen sentido más preciso y estrecho, en la medida en que constituyen el conjunto de derechos y libertades institucionalmente reconocidas y garantizadas por el derecho positivo de determinado Estado, tratándose, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente,

³⁴ PINILLA, Ignacio Ara. **Las transformaciones de los derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 1994. p. 30 e nota 16.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de derecho constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 560.

³⁶ Konrad Hesse *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 560.

³⁷ Fábio Konder Comparato informa que la doctrina jurídica germánica hace la distinción entre derechos fundamentales atípicos y derechos fundamentales típicos. Los primeros son los derechos humanos aun no declarados en el texto normativo. Los derechos fundamentales típicos son los derechos humanos reconocidos como tales por las autoridades a las cuales se atribuye el poder de editar normas, sea en el interior de los Estados o en el plano internacional; son los derechos humanos positivos en las Constituciones, en las leyes, en los tratados internacionales COMPARATO, Fabio Konder. *Op. cit.*, p. 56.

cuya denominación se debe a su carácter básico y fundamentado del sistema jurídico del Estado de Derecho³⁸.

En el Brasil, especialmente, existe una clasificación un poco diferente: los “derechos humanos” definidos como aquellos declarados en los documentos internacionales, mientras que los “derechos fundamentales” o “derechos humanos fundamentales” son los derechos humanos consagrados expresamente en el texto de la Constitución Federal de 1988³⁹. Sin embargo, tal distinción no tiene gran relevancia práctica ya que en la sistemática constitucional brasilera, los derechos y garantías fundamentales corresponden a los derechos humanos de modo considerablemente ampliado⁴⁰. Sobre ciertos aspectos, los derechos individuales son considerados equivalentes a los derechos naturales, correspondiendo así a la idea de los derechos que son propios al ser humano, y en resultado, garantizados por el Estado, con su consagración en los textos constitucionales y legales⁴¹.

Según las explicaciones de Orlando Soares⁴², en sentido amplio los derechos y garantías individuales o naturales abarcan, entre otros, los siguientes: ir, venir y quedarse; el hogar es inviolable; libertad; reunión; asociación; libre manifestación de pensamiento; la convicción política es inviolable al igual que la religiosa y filosófica; inadmisión de discriminación racial; juzgamiento por tribunales imparciales; individualización de la pena; respecto de la integridad física y moral del preso; indemnización al condenado por error judicial; irretroactividad de la ley penal; admisibilidad de acción popular, que tiene como objetivo anular el acto lesivo al patrimonio público o de entidad en que el Estado participa, a la moralidad administrativa, a medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **La eficacia de los derechos fundamentales**. Porto Alegre: Librería del abogado, 1989. p. 32.

³⁹ Adoptase, en ese estudio, la expresión “derechos fundamentales” como aquellos derechos humanos positivos en las Constituciones o por ellas incorporados al derecho interno. Además, el propio concepto de derechos fundamentales es bastante discutido en la doctrina, mientras que, para este trabajo utilizarse el vocablo con el significado de “derechos del ser humano reconocidos y positivos en la esfera del derecho constitucional de determinado Estado” (SARLET, Ingo Wolfgang. 1989. *Op. cit.*, p. 33). Según Alexandre de Moraes los derechos fundamentales “[...] se relacionan directamente con la garantía de no-injerencia del Estado en la esfera individual y la consagración de la dignidad humana, teniendo un universal reconocimiento por parte de la mayoría de los Estados” (MORAES, Alexandre de. 2005. *Op. cit.*, p. 23).

⁴⁰ SOARES, Orlando. **Comentários a la Constitución de la República Federativa de Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995-6. pp. 101-2.

⁴¹ SOARES, Orlando. *Op. cit.*, p. 102.

⁴² SOARES, Orlando. *Op. cit.*, p. 102.

Normalmente la doctrina hoy en día⁴³ define derechos fundamentales sobre dos aspectos: formal y material. En el sentido formal, los derechos fundamentales son considerados aquellos derechos o posiciones jurídicas subjetivas de las personas como tales, individual o institucionalmente considerados, que constan de una constitución formal. Por su parte, los derechos fundamentales en el aspecto material son los derechos o posiciones jurídicas subjetivas de las personas como tales, individual o institucionalmente consideradas, consagradas en una constitución material, esto es, un conjunto de disposiciones materialmente constitucionales, que extrapola los derechos comprendidos en el texto constitucional.

Según la definición de Guilherme Braga Peña de Moraes⁴⁴, los derechos fundamentales”:

[...] son derechos o posiciones jurídicas subjetivas aseguradoras de un campo de acción propio y libre, que imponen abstinencia o limitación a la actividad estatal, privada o determinante de la posibilidad consecuente de su titularidad, para exigir prestaciones positivas del Estado.

Según lo entendido, los derechos fundamentales presentan tres presupuestos básicos: a) una esfera individual de acción propia y libre frente al Poder Público; b) un Estado o a lo mínimo, de una comunidad política integrada, visto que son inexistentes los derechos fundamentales en una comunidad separada en función de grupos o condiciones observadas; y c) el positivismo jurídico-constitucional, esto es, la verificación de una Constitución que, concomitantemente a la determinación de la estructura básica del Estado, reconoce y asegura derechos fundamentales⁴⁵.

Como se ve, en la concepción actual, los derechos y garantías individuales corresponden al conjunto de principios, traducidos genéricamente y llamados: “derechos humanos”, cuyos precedentes se encuentran en textos históricos, remotos y recientes, internacionales o regionales⁴⁶.

⁴³ MIRANDA, Jorge. **Manual de derecho constitucional**. 3. ed., v. 2. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 7-9; Ó CATÃO, Marcono do. **Bioderecho**: transplante de órganos humanos y derechos de personalidad. São Paulo: Madras, 2004. p. 55; MORAES, Guilherme Braga Peña de. **De los derechos fundamentales**: contribución para una teoría. São Paulo: LTR, 1997. p. 24.

⁴⁴ MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Op. cit.*, p. 24-27.

⁴⁵ MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Op. cit.*, p. 27.

⁴⁶ SOARES, Orlando. *Op. cit.*, p. 102.

Conforme Flávia Piovesan⁴⁷, las diferentes especies de derechos determinan que, para los juristas, son diferentes regímenes jurídicos con diferentes análisis. Conciérne al sistema jurídico clasificar los tipos de derechos.

A partir del sistema Constitucional Federal de 1988, los derechos fundamentales se subdividen en: individuales, colectivos, sociales, políticos, de nacionalidad y los pertenecientes a los partidos políticos. Todos ellos con el régimen jurídico correspondiente.

En la forma de la Constitución de la Nación Argentina de 1953, los derechos fundamentales son definidos como “declaraciones, derechos y garantías”. Consta en el artículo 14 que todos los habitantes de la Nación Argentina gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de pedir a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y de aprender.

También expresa en los artículos 36 y siguientes los “nuevos derechos y garantías” de todos los argentinos, entre ellos: derechos políticos; la igualdad real de oportunidades para el acceso a cargos electivos y partidarios; derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados; derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo; los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e interés económico. También, a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno; 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 particulares.

Las cuales en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución; al igual que un tratado o una ley. Cuándo el derecho lesionado,

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Derechos humanos y el derecho constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996. pp. 51-71.

restringido, alterado o amenazado fuere la libertad física, o en caso de ilegítima gravedad en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor de esta manera el juez resolverá de inmediato aún durante la vigencia del estado de servicio.

Por la posición que ocupan en el derecho constitucional contemporáneo, los derechos fundamentales acaban vinculando la actividad legislativa, ejecutiva y jurisdiccional (aspecto formal), bien como, informan cual debe ser la estructura básica del Estado y de la sociedad (aspecto material). Esos derechos forman la base (axiológica y lógica) para la construcción y comprensión del ordenamiento jurídico⁴⁸.

Conforme enseñanzas de GARCIA⁴⁹, son considerados derechos fundamentales “básicos” por representar los fundamentos del Estado brasileño, en resultado de una exigencia de necesidad. Enseña que “todos los derechos y garantías directamente vinculados a uno de los cinco derechos fundamentales básicos constantes del artículo 5º, *caput* de la Constitución Federal de 1988” son llamados de “derechos fundamentales básicos”, siendo que “los demás componen apenas el cuadro de los derechos constitucionales”.

Sin embargo, la enumeración de derechos fundamentales no es exhaustiva, pues es posible adicionar nuevos derechos fundamentales que vienen de normas internacionales o de la interpretación de los derechos fundamentales ya existentes en el sistema jurídico nacional, he aquí que el objetivo del derecho constitucional interno y externo es de defender de manera institucionalizada los derechos de la persona humana contra los excesos de poder cometidos por los órganos del Estado, propiciando, concomitantemente, el establecimiento de condiciones de vida, así como el desarrollo multidimensional de la personalidad humana.

Resáltese, por otro lado, que en la esfera constitucional, todo derecho individual es fundamental. Cualquier interpretación de los derechos individuales que sea contrario a los derechos fundamentales es inválida, pues la especie no puede ser contraria al género.

⁴⁸ STUMM, Raquel Denize. **Princípio de la proporcionalidad**: en el derecho constitucional brasileiro. Porto Alegre: Librería do Advogado, 1995. p. 123.

⁴⁹ GARCIA, María. **Pero, cuales son los derechos fundamentales?** In: *Revista de Derecho Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 10, nº 39, abr./jun. 2002. p. 122.

En la síntesis de la doctrina de Flávia Piovesan⁵⁰, los valores constitucionales componen: a) contexto axiológico básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; b) postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y c) el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad.

En resumen, el valor de la dignidad de la persona y el valor de los derechos y garantías fundamentales, forman los principios constitucionales que incorporan las exigencias de justicia y de los valores éticos, confiriendo soporte axiológico a todo el sistema jurídico brasileño. La constitucionalización de los derechos fundamentales ayuda en su concepto positivo, al igual que a su incorporación en el orden jurídico y positivo de los derechos considerados “naturales” e “inalienables” del individuo. Ese positivismo de los derechos fundamentales los tornan derechos protegidos sobre la forma de normas (reglas y principios) del derecho constitucional. Pero no basta el reconocimiento y la declaración de los derechos humanos por las constituciones para que sean efectivamente respetados. Es necesario, también, garantizarlos⁵¹.

Según José Afonso da Silva⁵², las garantías de los derechos fundamentales pueden ser: generales y constitucionales. Las primeras son destinadas a asegurar la existencia y la efectividad (eficacia social) de aquellos derechos, los cuales se refieren a la organización de la comunidad política, llamadas por el autor en comentario de “condiciones económico-sociales, culturales y políticas” que favorecen el ejercicio de los derechos fundamentales. Se trata entonces, en resumen de la estructura de una sociedad democrática, que converge en la concepción del Estado Democrático de Derecho.

Las garantías constitucionales son las instituciones, determinaciones y procedimientos mediante los cuales la propia Constitución tutela el cumplimiento, en caso de incumplimiento, a la reintegración de los derechos fundamentales, y pueden ser de dos tipos: a) garantías constitucionales generales: instituciones constitucionales que son inseridas en el mecanismo de frenos y contrapesos de los poderes y, así, impiden el arbitrio con el que constituyen, al mismo tiempo, técnicas de garantía y respeto a los derechos fundamentales y b) garantías constitucionales

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, pp. 51-71.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 186.

⁵² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 188.

especiales, que son prescripciones constitucionales instaurando técnicas y mecanismos que, limitando la actuación de los órganos estatales o particulares, protegen la eficacia, la aplicabilidad y la no violación de los derechos fundamentales de modo especial.

Por consiguiente, el conjunto de las garantías de los derechos fundamentales forma el sistema de protección de los mismos: protección social, protección política y protección jurídica. Las garantías constitucionales en conjunto se caracterizan como imposiciones, positivas o negativas, a los órganos del Poder Público, limitadas a su conducta, para asegurar el cumplimiento o, en el caso de violación, el reintegro de los derechos fundamentales⁵³.

En lo que concierne, a los derechos humanos fundamentales constitucionalmente declarados, no resta la menor duda de su existencia, importancia y significado. Sin embargo, su implementación como garantía de la no-violación de esos derechos, tendrá que ser hecha aún, como se observa especialmente sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 189.

2 LAS INVESTIGACIONES PRECEDENTES: TEORIAS DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL AMBITO DE LAS RELACIONES PRIVADAS

A lo largo de la historia de la humanidad, muchas teorías han sido dirigidas a la construcción de un concepto de derechos humanos destacándose, de entre ellas, la teoría de los derechos naturales, el positivismo y la teoría realista o moralista.

La “teoría de los derechos naturales” fue introducida por la escuela filosófica denominada “jusnaturalismo”, que entendía los derechos humanos como un derivado de la existencia de un orden universal llamado “derecho natural”, antecedente al derecho positivo. Se adoptaba la idea de que el positivismo posee un carácter meramente declaratorio. La corriente jusnaturalista parte de la premisa que no es incumbencia del Estado otorgar los derechos, pero si, de reconocerlos y aprobarlos formalmente.

Celso Lafer⁵⁴ afirmó que para el jusnaturalismo, el cual inspiró el constitucionalismo y representación de la reivindicación de la autonomía de la razón, la fuente de la ley pasó a ser el ser humano y no más Dios o las costumbres, de modo que los derechos humanos eran vistos como derechos innatos y considerados como verdades evidentes. El jusnaturalismo, inicialmente, fue la premisa de los derechos fundamentales, pero posteriormente, el positivismo trajo las grandes declaraciones de derechos, reforzando la seguridad jurídica de los derechos y delimitando los derechos de defensa y de prestación ante el Estado.

Por lo tanto, a partir del intervencionismo estatal en las relaciones privadas, proceso que aconteció a partir de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, emerge la necesidad de romper con el régimen absolutista y construir un orden jurídico nuevo (positivismo jurídico en detrimento al jusnaturalismo).

En cuanto en el jusnaturalismo el fundamento de validez de la norma de derecho está en la dependencia directa con la norma de justicia que le orienta al valor. Las “teorías positivistas” rechazan la existencia de una autoridad trascendente

⁵⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 123.

y admiten solamente la existencia de un orden terreno, a saber, el derecho positivo, puesto por los seres humanos. De ahí su carácter “monista”.

Los integrantes de la corriente positivista abrazan la idea del derecho natural al integrar el derecho, como afirma André Ramos Tavares⁵⁵, para constituir “una categoría de reglas morales, filosóficas o ideológicas que, en lo máximo, influyen al derecho”. Para el citado autor, en la visión positivista, apenas “cuando estén incorporadas es que se pueden considerar reglas coagentes. Partiendo de tales premisas, se le concede al positivismo una más, como un cuño declaratorio, pero como acto de creación y, pues, constitutivo”.

En síntesis, el positivismo comprende el derecho como padrones de conducta, impuestos por el poder social, con la amenaza de sanciones organizadas. Así, cuando el positivista habla de derecho, se refiere a un sistema de normas válidas, como si al pensamiento y a las prácticas jurídicas les interesara el hecho de que ciertos órganos del poder social impongan y rotulan como derecho⁵⁶.

Para Antonio Enrique Pérez Luño⁵⁷, los integrantes de la “corriente realista”, también llamada de “moralista”, son aquellos que otorgan al proceso del positivismo un significado declaratorio o constitutivo; pues entienden que un elemento diverso presupone el proceso de positivismo. No lo consideran como punto final de un proceso, por lo contrario, como punto inicial para el desarrollo de las técnicas de protección de los derechos fundamentales.

La “corriente moralista” abraza los derechos fundamentales como derechos morales, defendiendo que la naturaleza jurídica de los derechos del ser humano, es ligada a la ética, una vez que reflejan exigencias derivadas de la idea de dignidad humana. Esa corriente reconoce la necesidad de la historicidad y del positivismo de los valores para tener naturaleza jurídica; razón por la cual no puede ser confundida con la corriente del jusnaturalismo axiológico, fundado en un orden eterno de valores, que desprecia los acontecimientos históricos.

⁵⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 348.

⁵⁶ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000. p. 30.

⁵⁷ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Apud* TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 349.

Norberto Bobbio⁵⁸ defiende la teoría moralista o ético-axiológica, pues afirma que no se puede proponer la búsqueda de un fundamento absoluto de los derechos del ser humano, pues el fundamento de esos derechos implicaría el apelo a últimos valores, los cuales no se justifican, se asumen. Para esa corriente de pensamiento, el problema filosófico de los derechos del ser humano no puede ser disociado del estudio de los problemas históricos, sociales, económicos, psicológicos inherentes a la realización: el problema de los fines no puede ser disociado del problema de los medios.

La cuestión es antes política es propiamente filosófica, de modo que no basta justificar los derechos, lo importante es protegerlos. Se adopta entonces la elección de Alexandre de Moraes⁵⁹:

La incomparable importancia de los derechos humanos fundamentales no puede ser explicada por cualquiera de las teorías existentes, que se muestran insuficientes. En la realidad, las teorías se completan, debiendo coexistir, pues solamente a partir de la formación de una conciencia social (teoría de Chaïm Perelman), basada especialmente en valores fundados en una orden superior, universal e inmutable (teoría jusnaturalista), es que el legislador o los tribunales (principalmente en los países anglo-saxos) encuentran substrato político y social para reconocer la existencia de determinados derechos humanos fundamentales como integrantes del orden jurídico (teoría positivista). El camino inverso también es verdadero, pues, el legislador o los tribunales necesitan justificar el reconocimiento o la propia creación de nuevos derechos humanos a partir de un proceso en la conciencia social, originada en factores sociales, económicos, políticos y religiosos.

En resumen, se denomina de “derechos fundamentales” al conjunto institucionalizado de derechos y garantías del ser humano que tiene por finalidad básica el respeto a su dignidad, por medio de su protección contra el arbitrio de los Poderes del Estado y el establecimiento de condiciones mínimas de vida y desarrollo de la personalidad humana⁶⁰.

La principal característica diferenciada de los derechos fundamentales, en relación al derecho particular es su universalidad, así como su base es el principio de la dignidad de la persona humana. Aunque este concepto no sea absolutamente

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. 2000. *Op. cit.*, p. 17.

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 44 e ss.

unánime en las diversas culturas, la idea central alcanza cierta universalidad en el mundo contemporáneo.

Es por eso que poco le sirve al jurista conocer todas las disciplinas particulares, si desconoce la disciplina general que da el sentido ético al *mister*, y es a partir de la interpretación constitucional que el cientista del derecho promueve la concretización de los derechos fundamentales, razón por la cual se pasa a hacer el abordaje histórico de la aplicabilidad de los derechos de índole fundamental en el área privada.

2.1 ABORDAJE HISTÓRICO DE LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS DE ÍNDOLE FUNDAMENTAL EN EL ÁREA PRIVADA

Aunque el tema relacionado a la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales⁶¹ sea genuinamente germánico⁶², ya se encuentra internacionalmente discutido y difundido.

En el Brasil, con excepción de algunos artículos dispersos y que fueron organizados por Ingo Wolfgang Sarlet en 2000, pionero en un estudio específico y profundo sobre la materia en cuestión, es atribuida a dos juristas contemporáneos: Wilson Antônio Steinmetz⁶³ y Daniel Sarmento⁶⁴, cuyas tesis de doctorado fueron sustentadas en el 2003⁶⁵.

⁶¹ Para esta investigación, son considerados “derechos fundamentales” aquellos derechos humanos positivados en las Leyes Fundamentales internas de cada país.

⁶² El debate sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas surgió en Alemania, después de la promulgación de la Constitución de 23 de mayo de 1949 (ALEMANIA, Constitución (1949). **Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949, con las enmiendas insertadas hasta el 26 de julio del 2002.** Disponible en: <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/introducao_20constituicao.html>. Acceso em: 23 out. 2010).

⁶³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculación dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁶⁵ Daniel Sarmento sustentó su doctorado en la Universidad del Estado de Río de Janeiro, bajo la orientación de Ricardo Lobo Torres, en junio de 2003. Wilson Steinmetz, orientado por Clèmerson

En el estado actual del tema ya se acepta la idea de que la aplicación de los derechos fundamentales no se restringe a la “relación vertical” (entre el Estado y los particulares), pudiendo producir efectos también en las denominadas “relaciones horizontales” o “relaciones privadas” (sin la participación del Estado). Por lo tanto, innegablemente los derechos fundamentales producen efectos en las relaciones privadas. El problema central que permanece abierto es saber “como” son producidos esos efectos.

Entre los doctrinadores alemanes el debate se divide en dos vertientes interpretativas: aquellos que defienden la aplicación directa de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares del mismo modo como ocurre en las relaciones entre Estado e individuos; y los que aceptan la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, pero con efectos apenas indirectos producidos, principalmente, a través de la reinterpretación del derecho infra constitucional.

Esas discusiones fueron constpor los alemanes a partir de la interpretación del artículo 1º, nº 3, de la Ley Fundamental de Alemania, en los términos del cual “los derechos fundamentales que se siguen, vinculan la legislación, el poder ejecutivo y la jurisdicción como derecho inmediatamente vigente”⁶⁶.

El jurista alemán Claus-Wilhelm Canaris⁶⁷ destaca que de hecho, por el sentido lingüístico derivado de la interpretación gramatical, el término “legislación” expreso en el texto del artículo 1º, nº 3, de la Ley Fundamental de Alemania de 1949, absorbe también las leyes de derecho privado.

Sin embargo, también el jurista alemán Uwe Diederichsen intentó abalar este abordaje, invocando, para esto, el origen histórico de la citada disposición. En su

Merlin Clève, sustentó su tesis también de doctorado en la Universidad Federal de Paraná, algunos meses antes, en febrero del mismo año (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais e relações entre particulares**. In: *Revista Direito GV*, v. 1, nº 1, p. 173 - 180. São Paulo, maio de 2005. p. 174).

⁶⁶ “Artículo 1 (Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales): 1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable” (Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949, con las enmiendas inseridas hasta 26 de julio de 2002).

⁶⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Traducción de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 22.

pensamiento, la función de la afirmación de que “los derechos fundamentales que se siguen vinculan la legislación” reside simplemente en la eliminación de la tesis predominante en la Constitución de Weimar, de 11 de agosto de 1919, según la cual los derechos fundamentales derivados son calificados como meras “afirmaciones programáticas⁶⁸” en cuanto que la Ley Fundamental de 1949 pretendió afirmar que los derechos fundamentales deben ser elevados al nivel de derecho inmediatamente vigente⁶⁹.

En las críticas de Claus-Wilhelm Canaris⁷⁰, no se puede contestar que de verdad este es el principal acento del artículo 1º, nº 3, de la Ley Fundamental alemana de 1949, por lo tanto, “tal medida en nada altera el hecho de que se hable en este, simplemente, de la vinculación de la legislación, y de que lingüísticamente se entiende por tal designación también la legislación de derecho privado”. Defender lo contrario, para este jurista alemán, sería lo mismo que someter el referido artículo 1º, nº 3, a una reducción teleológica⁷¹, asumiendo, consecuentemente, la respectiva carga argumentativa⁷².

Para comprender el problema relacionado a la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, cuanto a los efectos a la forma que pueden ser realizados, es necesario hacer una lectura a partir de la realidad brasileña y

⁶⁸ “[...] Constitución de Weimar, donde a las normas constitucionales de derechos fundamentales se atribuía un carácter meramente programático, no reconociendo a la garantía por ellos proporcionada más que aquello que ya decorría del principio de la legalidad de la Administración, con los corolarios de la reserva y preferencia de ley” (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 779).

⁶⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 22.

⁷⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 22-23.

⁷¹ Teleología es el estudio filosófico de los fines (propósito, objetivo o finalidad). Denominase de “teleológico” el método interpretativo que busca revelar el fin de la norma, el valor o el bien jurídico como objetivo por el orden con la edición de dato precepto. Significa que las normas deben ser aplicadas atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y a la finalidad (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretación y aplicación de la Constitución**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 138).

⁷² Esa afirmación de Claus-Wilhelm Canaris es negada por Uwe Diederichsen, valiéndose del argumento de que “de acuerdo con la originaria concepción del Constituyente alemán de 1949, los derechos fundamentales tenían una función apenas defensiva y que el sistema de los derechos fundamentales fue posteriormente ampliado en el sentido de un orden de valores fundamentales (de tal suerte que), justamente por eso, e, inversamente, la extensión de la función del artículo 1º, nº 3, de la Ley Fundamental de 1949 que debería, por la parte, ser fundamentada”. En la visión declarada de Claus-Wilhelm Canaris, este punto de vista de Uwe Diederichsen no concuerda con las reglas de la metodología jurídica, ya que, según estas, “el sentido literal posible constituyó el límite de la interpretación y que para además del mismo se inicia, al mismo tiempo, el campo de la analogía y de la reducción teleológica; [...] siguiendo una interpretación según la letra del precepto que no puede dejar de considerarse, por lo menos, que la legislación en el dominio del derecho privado también es legislación y que este punto de partida solo puede, pues, ser corregido mediante una reducción teleológica” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 22-23.).

argentina - ya que la simple transposición del debate de la doctrina alemana sería un equívoco -, pues se impone a investigación del abordaje histórico de esta aplicabilidad de los derechos de índole fundamental en el área privada. Esto, siendo consciente de que cualquier estudio en este sentido se debe demostrar apto para resolver la situación de tensión derivada de la necesaria compatibilización de la aplicación de los derechos fundamentales, en las relaciones entre particulares con la autonomía privada que se basa en este tipo de relación jurídica.

El análisis histórico del capítulo primero de esta tesis demostró que los derechos fundamentales fueron concebidos en el propósito de proteger a los individuos de los abusos cometidos por el Estado contra la libertad y la dignidad humana. Por lo tanto, el poder público es apuntado como destinatario precípua de las obligaciones derivadas de los derechos fundamentales. Verifícase que los derechos humanos fueron concebidos, inicialmente, para establecer un espacio de impunidad de los particulares en relación a los poderes del Estado⁷³.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la intención originaria de los derechos humanos frenaban las actividades del Estado, impidiendo abusos en recurrir del ejercicio del poder estatal en relación a los particulares, no es debida apenas contra el Estado especialmente considerado, pero por tratarse de una amenaza a los derechos humanos. Con efecto, los derechos humanos no fueron creados para tutelar a los individuos de los desmandas del Estado, sino para impedir que los derechos primordiales del ser humano fuesen amenazados y en la época la fuente de peligro de esos derechos era el Estado. Así, “fuese la amenaza originada de otra fuente que no es el Estado, ciertamente que los derechos fundamentales tendrían como objeto la reglamentación de la relación entre el individuo y esa otra fuente de peligro”⁷⁴.

De hecho, la noción inicial de los derechos humanos no contenía ninguna restricción en cuanto a los destinatarios, pudiendo ser aplicados de forma indiscriminada, a quien sea contra los particulares o al Estado.

⁷³ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 265.

⁷⁴ LIMA, Henrique. **Efeitos horizontais dos direitos fundamentais**. In: *Jus Navigandi*, ano 13, nº 1812. Teresina, 17 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11392>>. Acesso em: 23 out. 2010. p. 1.

Fue apenas después de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, con el positivismo de los derechos naturales y la construcción de la estructura jurídica del Estado Liberal de Derecho, rehaciendo la distinción entre derecho público y derecho privado (Estado y sociedad civil), que los derechos humanos pasaron a ser definidos como derechos fundamentales y tuvieron el radio de acción disminuido, ateniéndose al control del poder estatal.

Es pertinente recordar que en Roma, Eneo Domitius Ulpianus o simplemente Ulpiano (jurista romano que vivió entre 150 d.C. y 200 d.C.) ensayó la distinción entre las esferas pública y privada, y a partir de ahí, muchas otras tentativas han sido hechas. Sin embargo, importa advertir desde ya para el hecho de que, hoy en día, esta dicotomía no es sustentada con el mismo rigor.

Haciéndose un breve resumen histórico, se constata que la doctrina, vía de regla, apunta que la primera tentativa de distinción entre el derecho público y el derecho privado se remonta al siglo II, cuando Ulpiano pronunció la siguiente frase: “publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem”⁷⁵ (“el derecho público dice al respecto al estado de la cosa romana, el privado a la utilidad de los particulares”).

En la interpretación de Oliveira Ascensão⁷⁶, la eternizada fórmula de Ulpiano (“publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem”) trae una “duplicación de criterio”, pues que el derecho público es caracterizado “por respetar a la organización del Estado romano y a la disciplina de la actividad”, al paso que el derecho privado el es “por respetar a la utilidad de los particulares”, traduciendo que estos dos puntos de vista están en el origen de las principales concepciones actuales sobre la cuestión.

Conforme Amauri Mascaro Nascimento⁷⁷, la distinción entre derecho público y derecho privado “surgió por motivos meramente ideológicos de fortalecimiento del Estado romano y de centralización política después de una fase anterior del derecho positivo, marcadamente privado y tribal”.

⁷⁵ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contribuyendo para el estudio de la actividad de derecho de la Administración Pública. Colección Tesis. Coimbra: Almedina, 1999. p. 142.

⁷⁶ Oliveira Ascensão *apud* ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 142.

⁷⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 176.

El citado autor esclarece que en el derecho tribal, “el positivismo la norma jurídica emanaba del propio jefe del grupo, el anciano o el *pater*, que concentraba en sus manos el poder religioso, económico, jurídico y político”. Fue el Estado romano que separo la cosa privada (de los grupos sociales) de la cosa pública (del Estado romano) y fomento una creciente elaboración jurídica en el sentido de institucionalizar esa diferenciación en el orden del derecho.

En la Edad Media “la descentralización política volvió a predominar y con ella la privatización del derecho”⁷⁸.

Durante el absolutismo monárquico de la edad Moderna, la centralización de los poderes en la persona del Monarca o Rey, y el predominio del arbitrio de la autoridad unificada se reflejó sobre el derecho, publicitándolo⁷⁹.

El liberalismo que se levantó contra el absolutismo monárquico, principal bandera de la Revolución Francesa de 1789, trajo consigo la exaltación del ser humano y de la impostergable libertad de acción en el orden social, haciendo retornar el privatismo del derecho, ahora con más fuerza del que la forma delineada anteriormente. Ocurre una mitigación de la soberanía Estatal fundada en la soberanía absoluta del Monarca, emulsionada por las ideas del liberalismo económico, fundado en los principios de la libertad y de la valorización del individuo. La libre iniciativa se transforma en principio jurídico fundamental y la actividad estatal, que es direccionada al servicio de las individualidades, que se traduce a su vez en la no intervención en la libre iniciativa de los individuos frente al Estado.

Recálquese que el liberalismo se traducía en la individualidad y en la libertad económica (libre mercado), sin la intervención del Estado (gobierno limitado). Por tanto, las relaciones trabadas entre los particulares eran fundamentadas por el principio de la autonomía de la voluntad y en la libertad de las relaciones privadas - sin la interferencia del poder estatal - y regidas por el derecho privado.

Es en este escenario del inicio del siglo XIX, cuando el capitalismo se afirma como sistema económico “basado en la propiedad privada de los medios de

⁷⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 176.

⁷⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 177.

producción, propiciadora de acumulo de ahorro con la finalidad de inversiones de grandes masas monetarias, dentro de una organización de libre mercado”⁸⁰.

En la época, prevalecía la idea de que la intervención del Estado en el orden económico impedía el desarrollo del comercio y de la industria. Sin embargo, en el porvenir del siglo XX, se percibió que la libertad del individuo en el ámbito del mercado acabo por desestabilizar la economía. Era necesario pensar en una concentración del capital para maximizar los lucros y aumentando el poder económico en el mercado nacional e internacional, adquiriendo y garantizando, con eso, mayor estabilidad. Como consecuencia, el Estado pasa a intervenir en el orden económica, regulándola: “de hecho, la acción autofagia de los agentes económicos exigió la intervención del Estado para garantir la propia libertad del mercado, entonces amenazada por el demasiado poder económico de esos agentes (el poder económico privado)”⁸¹.

Para Amauri Mascaro Nascimento⁸², “del intervencionismo estatal resulto una innegable publicización de las normas jurídicas”. Aun de acuerdo con la interpretación de Amauri Mascaro Nascimento, la distinción entre el derecho público y el privado sufre variaciones en el tiempo y en el espacio porque es meramente ideológica. En su pensamiento, no se trata de algo esencial, pues que el derecho existiría aun que no existiese esa discriminación de sectores, pero entiende que su valor no ultrapasa los límites del método de estudio académico. En estos términos, el citado autor admite, con fundamento en el pensamiento de Hans Kelsen:

[...] el carácter ideológico del dualismo derecho público y derecho privado significando que, así como el liberalismo puede representar la disolución del derecho público en el derecho privado, el socialismo también podrá tener el efecto de dilución del derecho privado en el derecho público, como realmente sucede. Así, la división del derecho elaborada por el Estado está de cierto modo condicionado a la organización del poder político, de cuya mayor o menor interferencia resultan las consecuentes sectorizaciones.

⁸⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 253.

⁸¹ BARROS, Mauro Pinheiro Alves Felipe. **A intervenção estatal no domínio econômico: o atual papel do Estado na constitucionalidade democrática brasileira**. In: *Jus Navigandi*, ano 11, nº 1306. Teresina, 28 jan. 2007. Disponible en: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9427>>. Aceso el: 23 out. 2010. p. 1.

⁸² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 177.

Marcello Caetano⁸³, después de recordar que los dos principales criterios utilizados para distinguir el público y el privado son principalmente el del interés y el del sujeto de la relación jurídica, afirma que:

[...] para nosotros, una norma es de derecho público cuando directamente protege un interés público (considerando intereses públicos los que respectan a la existencia, conservación y desarrollo de la sociedad política) y solo indirectamente beneficia (si beneficia) intereses privados.

Conforme la constatación de Maria João Estorninho⁸⁴, muchos son los criterios presentados por la doctrina para diferenciar el derecho privado del derecho público, siendo que los principales son tres: el criterio o teoría de los intereses; el criterio o teoría de la subordinación o de la sujeción; y el criterio o teoría de los sujetos.

Por el criterio subyacente a la teoría de los intereses, el derecho público diría al respecto a la continuación de intereses públicos y el derecho privado a la persecución de intereses privados. O sea, en esta perspectiva, normas de derecho público son las que sirven a los intereses públicos, normas de derecho privado las que prosiguen intereses individuales.

Pero este criterio viene siendo objeto de las más variadas críticas. Hay quien lo desvalorizó, afirmando que se trata de una mera tendencia y no de una distinción absolutamente nítida, y hay quien va más lejos y afirma mismo que esta teoría no ofrece cualquier ayuda útil para la delimitación, pues que muchas normas jurídicas toman en consideración tanto intereses públicos como intereses privados. Oliveira Ascensão⁸⁵ (*apud* ESTORNINHO, 1999, p.143) también considera este criterio insustentable y afirma ser imposible defender la existencia de una “línea radical de fractura” entre el interés público y el interés privado.

A pesar de las críticas, esa teoría, seguida especialmente en Austria y en Alemania, viene ganando nuevo aliento en razón de las insuficiencias e incapacidades de las demás teorías, solo que ahora fundamentada en el interés “predominante”. Con todo, mismo como variante de la teoría del interés

⁸³ Marcelo Caetano *apud* ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 142-143.

⁸⁴ ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 143

⁸⁵ Oliveira Ascensão *apud* ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 144.

predominante, muchas tan sido las críticas, básicamente porque, a la luz de Otto Bachof⁸⁶:

[...] no consigue una delimitación clara en virtud de ser imposible en el Estado moderno hacer una separación de aquellas situaciones de interés, dada la yuxtaposición frecuente de los intereses individuales, públicos y la instrumentalización del derecho privado por las entidades públicas.

La segunda teoría identificada es la de la subordinación o de la sujeción también llamada de “teoría de la infra-ordenación y de la supra-ordenación”. Los seguidores de tal teoría defienden que cuando la entidad pública actual en una posición de supra-ordenación jurídica en relación al individuo, es aplicable el derecho público y cuando las partes se encuentran en un nivel jurídicamente equiparado, es de aplicar el derecho privado. En esta perspectiva, “el derecho público es fundamentalmente derecho de subordinación, el derecho privado derecho de coordinación”⁸⁷.

El primer inconveniente de este criterio apuntado por la doctrina está en el “hecho de ser, en el mínimo, desagradable o incómodo continuar la relación del ciudadano en frente del Estado recorriendo al vocabulario típico de siglos pasados”. Otra crítica está en el argumento de que la característica de la sujeción solo sirve para los casos en que el Estado se sirve de las competencias de ordenar, coactuar y no, por ejemplo, para aquellos casos en que emite avisos, hace notificaciones, hace encomiendas o realiza prestaciones de otra forma. Por otro lado, el criterio de la sujeción permite imposiciones unilaterales en el derecho civil, por ejemplo, el ejercicio del derecho de preferencia en una compra⁸⁸.

Por fin, la teoría de los sujetos, cuya primera versión denominada de “criterio de la cualidad de los sujetos” fue también inspirada en la fórmula de Ulpiano, y entendía que sería público el derecho que regulase situaciones en que interviniese el Estado, o en general cualquier ente público y privado el derecho que regulase las situaciones de los particulares.

⁸⁶ Otto Bachof *apud* ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 144.

⁸⁷ ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 144

⁸⁸ ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 144-145.

Esa acepción conduce a la clásica división fundamental del derecho: si se trata de relaciones entre particulares se tiene el derecho privado; de otro lado, si existe en la relación jurídica la participación de cualquier persona jurídica de derecho público, se tiene el derecho público. De esta forma, de la primera dicotomía del derecho en dos grandes ramas: derecho público y derecho privado, la ciencia jurídica convive, hoy, con varios segmentos (ramas). Pero tal criterio fue considerado inaceptable, una vez que los entes públicos también pueden actuar según las normas de derecho privado.

Delante de eso, una segunda versión de esta teoría fue fundada por Hans Wolff⁸⁹, llamada de “criterio de la posición de los sujetos”, según el cual “derecho público será, en sentido que corresponde a la definición *ulplaneia*, o que constituye y organiza el Estado y otros entes públicos y regula su actividad como entidad dotada de *jus imperii*”. Por lo tanto, serían de derecho público aquellas normas cuyo destinatario o sujeto de ordenación es un titular de poder público.

El criterio de la posición de los sujetos se distingue de la antigua teoría de la cualidad de los sujetos en la medida en que ya no se trata apenas de autonomizar las normas que puedan tener el Estado como destinatario. En la interpretación de Maria João Estorninho⁹⁰, cuando Hans Wolff describe el derecho privado como el “derecho de toda la gente” también en el incluye el propio Estado, desde que las normas jurídicas o no encuadren como único destinatario posible, como único sujeto de imputación de los derechos y/o obligaciones que de ellas recorre. Para esta teoría, “el derecho público es el derecho especial del Estado, el derecho privado, el derecho de todos, en que - al contrario de la antigua teoría de los sujetos - al derecho privado también el Estado pertenece”. En síntesis, este criterio:

[...] distingue el derecho público y el derecho privado consonante la diferente naturaleza de los sujetos: en cuanto que los sujetos del derecho privado son cualquier persona, en el caso del derecho público son exclusivamente entidades del poder público, en esa cualidad. Por otro lado, Hans Wolff defiende que, siendo el derecho público un derecho especial y el derecho privado un derecho general, válido para todos los sujetos, en caso de duda hay una presunción del carácter jurídico-privado de la relación jurídica⁹¹.

⁸⁹ Hans Wolff *apud* ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 146-147.

⁹⁰ Hans Wolff *apud* ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 147.

⁹¹ ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 147.

Las tres teorías referidas aumenta aun, por veces, la “teoría de la tradición”, según la cual “existe una relación jurídico-pública cuando tal relación hasta ahí tenga en la práctica ha sido, en general, calificada como jurídico-pública y no existan ni disposición legal expresa en contrario, ni fundamento significativo para una alteración.”. Con todo, esa teoría de la tradición es bastante criticada por dar poca atención a las alteraciones sociales y a las nuevas necesidades y nuevas exigencias hechas al Estado⁹². Sea como seria, lo cierto es que ninguna de las tres principales teorías presentadas puede ser considerada como dominante en la doctrina, aunque todas tengan su centro/núcleo correcto.

De cualquier modo, el hecho es que la idea de que el derecho privado y el derecho público serían verdaderos conceptos a priori está ultrapasada. Hoy tiende a prevalecer la concepción de que el orden jurídico es una realidad unitaria y que apenas se establecen tales distinciones para permitir su estudio.

En ese sentido Oliveira Ascensão⁹³ define las ramas de derecho como aquellos sectores en los cuales el orden jurídico un se divide, para efectos de estudio. Marcello Caetano⁹⁴, recordando la unidad esencial del orden jurídico, también llama la atención para ese carácter meramente convencional de las fronteras entre las varias ramas del derecho, resultantes de un esfuerzo de sistematización científica.

Partiendo del principio de que la división del contenido total del orden jurídico en dos grandes grupos tienen carácter esencialmente didáctico, Charles Eisenmann⁹⁵ (*apud* ESTORNINHO, 1999, p.153) afirma que “es preciso comprender que ella fue inicialmente y durante mucho tiempo, y que para la grande mayoría de los espíritus ella continua a ser aun, simple y desprovista de pretensiones”. Todo se complica cuando los juristas quisieran descubrir en esta distinción un sentido y raíces infinitamente profundas, llevándose la distinción hasta la oposición, a la antítesis radical. De este modo, continua el autor, “de dos series de reglas de derecho se entendió ser necesario pasar a distinguir dos tipos con características

⁹² ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 151.

⁹³ Oliveira Ascensão *apud* ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 152.

⁹⁴ Marcello Caetano *apud* ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 152-153.

⁹⁵ Charles Eisenmann *apud* ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 153.

primordiales diferentes; de dos hemisferios de un mismo mundo, dos mundos contrarios, en el mismo antagónicos”. Así, concluyo que esta teoría fue “artificialmente complicada y falseada porque se creó, puede alargar la importancia de la distinción. De una *suma división* ni sentido formal, querer hacer una *suma división* en sentido cualitativo”.

Al tratar del tema, Marcos Roberto Araujo dos Santos⁹⁶ resalta que ya hace tiempo que “la distinción entre derecho público y derecho privado no más se presenta coherente, visto que existe nítida intervención de las normas de orden pública en ramos del derecho de cuño eminentemente privado” como ocurre con el derecho civil, por ejemplo. Eso se debe, en su pensamiento, “a la elevación de los institutos de derecho civil a la categoría de normas constitucionales, ocasionando un cambio en la tónica y apreciación de ellos”, concluyendo que “actualmente, todo el derecho civil debe ser repensado y reinterpretado frente a la Constitución Federal de 1988, que delinea, en su artículo 1º, la dignidad de la persona humana como principio fundamental” y, con efecto, los aspectos de absoluto individualismo en el tocante a los institutos jurídicos privados “deben ser abandonados”, pues que “no se permite su realización y efectuación sin la presencia clara de la protección a la persona humana”.

Desdramatizada la importancia de esta distinción, importa ahora apurar cual es el verdadero significado que ella hoy aun tiene. Tal dicotomía está siendo muy combatida, y también abstrayendo de las posiciones más radicales que le niegan cualquier valor, domina actualmente en feral la opinión según la cual los dos tipos de derecho no son campos totalmente opuestos. Para comprenderla, es importante tener presente el origen histórico de la bipartición del derecho en derecho público y derecho privado, o sea, para absorber el sentido último de esta distinción, hay que tener en cuenta su “significado ideológico y su transcendencia social y política”⁹⁷. En las palabras de Maria João Estorninho⁹⁸:

En última instancia, esta teoría asienta en una distinción entre Estado y sociedad y parte de la idea de que para el Estado deben, en principio, valer

⁹⁶ SANTOS, Marcos Roberto Araujo dos. **Jornada de direito civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. p. 1.

⁹⁷ ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 154.

⁹⁸ ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 154.

reglas diferentes de las que valen para los particulares. Siendo así, tratarse de una manifestación típica de las ideas liberales, el que además explica que, con la crisis del liberalismo, la antigua delimitación se torne cada vez menos nítida y vaya perdiendo su carga ideológica. [...]. Uno de los factores responsables por la dilución de las fronteras tradicionales en esta materia es precisamente, el movimiento de publicación del propio derecho privado, que se verifica a la medida que se ultrapasan los principios liberales en su pureza inicial.

Y de acuerdo con René Savatier⁹⁹, desde el final del siglo XIX, el derecho civil “no paro de publicar”. Notadamente en el siglo XX es que son verificados los mayores cambios del derecho privado napoleónico. Sucedió, a la perspectiva liberal de las relaciones jurídico-privadas, una postura cada vez más intervencionista por parte del Estado, afirmando “su voluntad, su poder y su superioridad”. En este período, el derecho privado fue perdiendo su originalidad y su posición de supremacía, y sobre a los principios inspiradores del Estado Social de Derecho, viene socializándose. En verdad, al lado de la consideración estrictamente jurídico-privada de la propiedad y del contrato, se desarrolló a los pocos un carácter social. Por ejemplo, el contrato ya no es apenas un asunto particular entre las partes que se celebran, pero paso a ser encarado como una institución social, en relación a la cual la sociedad, representada por el Estado, entiende tener una palabra a decir¹⁰⁰.

Las influencias entre derecho público y derecho privado tienden a acentuarse y “el derecho público está por privatizarse al introducir esquemas conceptuales del derecho privado y este a publicarse, por fuerza del alargamiento de los fines del Estado y de su intervención en la vida económica, social y cultural”¹⁰¹.

El que viene ocurriendo es una compenetración de los dos dominios, siendo que estos movimientos de aproximación e interrogación llevan a una situación de miscelánea que acaba por aproximar el derecho público y el derecho privado como que unificándolos y diluido las fronteras tradicionales. Por lo tanto, ya no hace más sentido dramatizar esta questión, hasta porque “división” no significa “contradicción”. El que se quiere enfatizar es que el derecho privado no puede ser considerado el derecho de los egoísmos individuales al mismo paso en que el derecho público no se traduce en el derecho de las relaciones de dominación. La verdad, “el progreso

⁹⁹ René Savatier apud ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 154.

¹⁰⁰ ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 155.

¹⁰¹ ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 157.

no está en la absorción de uno por el otro, pero en su coordinación en fórmulas sucesivamente más perfectas” (ESTORNINHO, 1999, p.157).

Por tanto, más importante del que disputar sobre la cuestión de los criterios diferenciadores de los derechos privado público, de utilidad apenas en el campo científico-pedagógico, es promover la efectividad de esos derechos, discutiéndose e idealizándose mecanismos capaces de conducir a la paridad no apenas formal, pero también substancial entre las partes.

Por lo tanto, es innegable la dilución de las fronteras tradicionales entre derecho público y derecho privado, además, no se puede radicalizar ni en el sentido de la publicación del derecho privado, ni de la privatización del derecho público. Ciertamente el Estado viene interviniendo cada vez más en el derecho privado, pero también existen situaciones de injerencia del derecho privado en el derecho público. Por eso de la preferencia por la expresión “constitucionalización de los derechos”, sin referencia a la clasificación de esos derechos: “la constitucionalización es el proceso de elevación al plano constitucional de los principios fundamentales del derecho civil, que pasan a condicionar la observación por los ciudadanos, y la aplicación por los tribunales, de la legislación infra constitucional”¹⁰².

No se trata, portanto, apenas de la publicación del derecho privado, que comprende el proceso de creciente intervención estatal, especialmente en el ámbito legislativo, pero de la constitucionalización de los derechos que tiende por la reducción del espacio de autonomía privada, para la garantía de la tutela jurídica de la persona humana¹⁰³. En este sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁰⁴ informa que:

Durante mucho tiempo, se imagino de publicación del derecho civil, que para muchos tendría el mismo significado de constitucionalización. Todavía, son situaciones distintas. La denominada publicación comprende el proceso de creciente intervención estatal, especialmente en el ámbito legislativo, característica del Estado Social del siglo XX. Tiende la reducción del espacio de autonomía privada, para la garantía de la tutela jurídica de los más débiles. La acción intervencionista o la que dirige al legislador terminó por abstraer del Código Civil [brasileño] materias enteras, en algunos casos transformadas en ramas autónomas, como el derecho al trabajo, el derecho agrario, el derecho de las aguas, el derecho de la habitación, el

¹⁰² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, nº 141, p.99-109. Brasília, jan./mar. 1999. p. 100.

¹⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 100.

¹⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 100.

derecho de locación de amuebles urbanos, el estatuto de la niñez y del adolescente, los derechos autorales y el derecho del consumidor.

El citado autor prefiere la expresión “constitucionalización del derecho civil”, argumentando que:

Si se entiende como publicación la sumisión de esas materias al ámbito del derecho público, entonces es incorrecto tal encuadramiento. El hecho de haber más o menos normas convincentes no elimina la naturaleza originaria de la relación jurídica privada, vale decir, de la relación que se da entre titulares de derechos formalmente iguales; no es este el campo propio del derecho público. Es cierto que el Estado Social eliminó el criterio de distinción tradicional, a saber, el interés; el interés público no es necesariamente el interés social y los intereses públicos y privados pueden estar mezclados, tanto en el que se consideraba derecho público, como en el derecho privado¹⁰⁵.

A pesar de que parte de doctrina es abogar en el sentido de la superación de la dicotomía entre derecho público y derecho privado, el hecho es que ella persiste, en la falta de otras más convincentes y en consecuencia su útil plano didáctico. Los defensores de su desaparición se basan en el criterio del grado de intervención del Estado en ciertas relaciones para considerarlas publicadas. Sin embargo:

En el Estado Social (*welfare state*), todos los temas sociales jurídicamente relevantes fueron constitucionalizados. El Estado Social se caracteriza exactamente por controlar e intervenir en sectores de la vida privada, antes interditados a la acción pública por las constituciones liberales. En el Estado Social, por lo tanto, no es el grado de intervención legislativa, o de control del espacio privado, que genera la naturaleza de derecho público. El más privado de los derechos, el derecho civil, está inserido esencialmente en la Constitución Federal de 1988 (actividad negocial, familia, sucesiones, propiedad). Si fuese ese el criterio, entonces inexistería el derecho privado¹⁰⁶.

Por lo tanto, la caracterización del derecho como público o como privado no depende de la mucha intervención del Estado. Además, es la constitucionalización y

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 100.

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 101.

no la publicación que tiene por propocito someter el derecho positivo a los fundamentos de validez constitucionalmente establecidos¹⁰⁷. En terminos generales:

Las mudansas de las relaciones entre el derecho privado y el derecho constitucional expresan una transformación en las tareas, en la calidad y en las funciones de cada uno de los sectores jurídicos. La relación entre ambas ramas del derecho se alteró de una inicial autonomía para una completa dependencia¹⁰⁸.

Actualmente se verifica que la dicotomía absoluta entre el público (Estado) y el privado (sociedad) está rota, “extendiendose el manto de los derechos fundamentales [...] sobre el conjunto del tejido social” y fue precisamente en Alemania que ocurrió esta mutación de carácter epistemológico¹⁰⁹¹¹⁰, aunque exista un entendimiento que atribuye a la doctrina norteamericana del *state action* la primacia sobre la discusión en torno a la posibilidad de invocarse a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

La *state action doctrine* fue construída en los Estados Unidos a partir de la décima cuarta enmienda que obligaba a los Estados a laborar en los principios de la igualdad y del debido proceso legal¹¹¹. A partir de la década del cuarenta y depues de una série de decisiones envolviendo controversias privadas, la Suprema Corte Norte-Americana adoptó la llamada *public function theory*, afirmando entendimiento

¹⁰⁷ “En resumen, para dar sentido, a la publicación debe ser entendida como el proceso de intervención legislativa infraconstitucional, o el paso que la constitucionalización tiene por hecho someter el derecho positivo a los fundamentos de validez constitucionalmente establecidos. En cuanto al primer fenómeno es de discutible pertinencia, el segundo es imprescindible para la comprensión del moderno derecho civil” (LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Op. cit.*, p. 101).

¹⁰⁸ SAMPAIO, Marília Ávila e Silva. **A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e a boa fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89-90.

¹⁰⁹ La epistemología o teoría del conocimiento estudia el origen, los métodos, la estructura y la validez del conocimiento en general.

¹¹⁰ GOMES, Fábio Rodrigues. **Eficácia dos direitos fundamentais na relação do emprego**: algunas propuestas metodológicas para la incidencia de las normas constitucionales en la esfera juslaboral. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 71, nº 3, p. 47-77. Brasília: TST, set./dez. de 2005. p. 51.

¹¹¹ “Enmienda XIV: Sección 1: todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado donde tuvieron residencia, Ningun Estado podrá hacer o ejecutar leyes restringiendo los privilegios o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni podrá privar a cualquier persona de su vida, libertad, o bienes sin proceso legal, o negar a cualquier persona sobre su jurisdicción la igual protección de las leyes. [...]” (EUA, Constitución, (1798). **Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787**. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em: 28 out. 2010).

en el sentido de que los particulares, en el ejercicio de actividades propias del Estado o alguna otra parecida, también estarían vinculados a los derechos fundamentales¹¹².

Conforme Fábio Rodrigues Gomes¹¹³ prevalece la tesis de que fue la doctrina alemana que primero levantó la cuestión de la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales. De hecho es comprensible que en derivaciones de las atrocidades cometidas por el régimen nazista durante la Segunda Guerra Mundial, conflicto militar global que duró de 1939 a 1945, envolviendo a la mayoría de las naciones del mundo¹¹⁴, el Tribunal Constitucional Federal alemán deseara pasar esta página de la historia, de la manera más rápida e incisiva posible.

El marco de este comienzo es atribuido a un juzgamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán conocido como “Caso Lüth”, efectuado en el día 15 de enero de 1958¹¹⁵.

¹¹² GOMES, Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, p. 52, nota 16.

¹¹³ GOMES, Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, p. 52.

¹¹⁴ A partir de la Segunda Guerra Mundial, ocurrió un aumento de la importancia de la persona humana en cuanto se acepta como sujeto del Derecho Internacional al lado de los Estados y Organizaciones Internacionales. Antes de 1945, el derecho internacional pasó en silencio por las cuestiones de derechos humanos, tratando apenas de cuestiones restrictas a la esclavitud y al trabajo forzado. Las cuestiones humanitarias entraban en la agenda internacional cuando ocurría una guerra, pero luego se mencionaba el problema de la interferencia contra un Estado soberano y la discusión moría lentamente. Temas como el respeto a las minorías dentro de territorios nacionales y derechos de expresión política no eran abordados para no herir el entonces incontestable y absoluto principio de soberanía. Después de la Segunda Guerra Mundial, el tema "derechos humanos" pasó a ser tratado como verdadera revolución, en la medida en que habría colocado al ser humano individualmente considerado en el primer plano del Derecho Internacional Público en un dominio en otra ocasión reservado a los Estados nacionales (ARAÚJO, Washington. **Nova ordem mundial: novos paradigmas**. Brasília: Editora Planeta Paz, 1994. *passim*).

¹¹⁵ Para esclarecimientos, vale citar el entero texto de la decisión: “BVERFGE 7, 198 (LÜTH-URTEIL) - Reclamación Constitucional contra Decisión Judicial - 15 de enero de 1958. Materia: el ciudadano alemán Erich Lüth, aclamado, en el inicio de la década de cincuenta (a la época crítica del cine y director del Club de la prensa de la Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo), todos los distribuidores de películas cinematográficas, bien como el público en general, al boicot de la película lanzada en la época por Veit Harlan, una antigua celebridad de películas nazista y co-responsable por el incitamiento a la violencia practicada contra el pueblo judío (principalmente por medio de su película ‘Jud Süß’, de 1941). Veit Harlan y los socios comerciales de la nueva película (productora y distribuidora) presentaron una acción contra Erich Lüth, con base en el párrafo 826 del Código Civil alemán - BGB. el referido dispositivo de la ley civil alemana obliga a todo aquellos que, por acción inmoral, causen daño a otros, a una prestación negativa (dejar de hacer algo, en el caso, la aclamación al boicot), sobre mandato de una pena pecuniaria. Esta acción fue juzgada procedente por el Tribunal Estatal de Hamburgo. Contra ella, el interpuso un recurso de apelación junto al Tribunal Superior de Hamburgo y, al mismo tiempo, su Reclamación Constitucional, alegando violación de su derecho fundamental a la libertad de expresión del pensamiento, garantido por el artículo 5º, nº 1, de la Constitución Fundamental alemana (‘artículo 5º - (libertad de opinión, de medios de comunicación, artística y científica): 1) toda persona tiene el derecho a expresar y difundir

libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida. [...]’ (Ley Fundamental para la República Federal de la Alemania, 23 de mayo de 1949.). El Tribunal Constitucional Federal alemán - TCF juzgó la Reclamación procedente y revoco la decisión del Tribunal Estadual. Se trata, talvez, de la decisión más conocida y citada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán - TCF. En ella, fueron lanzadas las bases, no solamente de la dogmática del derecho fundamental de la libertad de expresión y sus límites, como también de una dogmática general (Parte General) de los derechos fundamentales. En ella, por ejemplo, los derechos fundamentales fueron, por la primera vez, claramente presentados, al mismo tiempo, como derechos públicos subjetivos de resistencia, direccionados contra el Estado y como orden o ordenamiento axiológico objetivo. También fueron lanzadas las bases dogmáticas de las figuras de la *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficacia horizontal) de los derechos fundamentales, del efecto limitador de los derechos fundamentales en face de sus límites (*Wechselwirkung*), de la exigencia de ponderación en el caso concreto y de la cuestión procesal del alcance de la competencia del Tribunal Constitucional Federal alemán - TCF en el juzgamiento de una Reclamación Constitucional contra una decisión judicial civil. 1. Los derechos fundamentales son, en primera línea, derechos de resistencia del ciudadano contra el Estado. No obstante, a las normas de derecho fundamental se incorpora también un ordenamiento axiológico objetivo, que vale para todas las áreas del derecho como una fundamental decisión constitucional. 2. En el derecho civil, el contenido jurídico de los derechos fundamentales se desenvuelve de modo mediato, por intermedio de las normas de derecho privado. El interfiere, sobre todo, en las prescripciones de carácter coagente y es realizable por el juez, sobre todo por la vía de las cláusulas generales. 3. El juez de varas civiles puede, por medio de su decisión, violar derechos fundamentales, cuando ignora la influencia de los derechos fundamentales sobre el derecho civil. El Tribunal Constitucional Federal revisa decisiones civiles solamente en el que se dirige tales violaciones de derechos fundamentales, pero no en el que se dirige errores jurídicos en general. 4. Las normas del derecho civil también pueden ser ‘leyes generales’ en la acepción del artículo 5, nº 2, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949 (‘2) estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal [...]’) y, por lo tanto, limitar el derecho fundamental a la libertad de expresión del pensamiento. 5. Las ‘leyes generales’ tienen que ser interpretadas a la luz del significado especial del derecho fundamental a la libre expresión del pensamiento para el Estado libre y democrático. 6. El derecho fundamental del artículo 5º, de la Ley Fundamental para la República Federal da Alemania, 23 de mayo de 1949 (‘libertad de opinión, de medios de comunicación, artística y científica’) no protege solamente la expresión de una opinión en cuanto tal, pero también el efecto intelectual a ser alcanzado por su expresión. 7. Una expresión del pensamiento que contenga una convocación al boicot no viola necesariamente las buenas costumbres en la acepción del párrafo 826 del Código Civil alemán, ella puede ser justificada constitucionalmente, en sede de la ponderación de todos los factores envueltos en el caso, por medio de la libertad de expresión del pensamiento. Decisión (Urteil) del Primer Senado de 15 de enero de 1958 - 1 BvR 400/51 - Dispositivo de la decisión: La decisión (Urteil) del Tribunal Estadual de Hamburgo, datada del 22 de noviembre de 1951 [...] viola el derecho fundamental del reclamante derivado del artículo 5º, nº 1, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949, siendo, por eso, revocada. La materia será devuelta al Tribunal Estadual de Hamburgo [para nueva decisión]. Razones: A - El reclamante, a la época director del consejo y gerente del órgano de la prensa estatal de la Ciudad Libre y Portuaria de Hamburgo, declaro, el 20 de septiembre de 1950, por ocasión de la abertura de la ‘Semana de la película Alemana’, como presidente del Club de la prensa de Hamburgo, ante productores y distribuidores de la película, el siguiente: ‘Después que la cinematografía alemana en el tercero Reich perdió su reputación moral, un cierto hombre es con seguridad al menos apto de todos a recuperar esta reputación: Se trata del guionista y director de la película ‘Jud Süß’. Ahorrémonos de más prejuicios inconmensurables en face de todo el mundo, el que puede ocurrir, en la medida en que se busca presentar justamente el como siendo el representante de la cinematografía alemán. Su absorción en Hamburgo fue tan solamente una adsorción formal. El fundamento de aquella decisión (ya) fue una condenación moral. En este momento, exigimos de los distribuidores y propietarios de salas de cine una conducta que no es tan barata así, pero cuyos costos deberían ser asumidos: Carácter. Y es un tal carácter que deseo para la cinematografía alemana. Si la cinematografía alemana lo demuestra, probándolo por medio de fantasía, arrojó óptico y por medio de la competencia en la producción, entonces ella merece todo el apoyo y podría alcanzar aquello que necesita para vivir: Éxito junto al público alemán y internacional’.

A firma Domnick-Film-Produktion GmbH, que en aquel tiempo estaba produciendo el film 'Unsterbliche Geliebte' (la amante inmortal) según el guión y sobre la dirección del director de cine Veit Harlan, exigió del reclamante que el diese una explicación sobre que legitimidad (legal) tendría el al realizar las declaraciones sobre reproducidas contra Harlan. El reclamante respondió, con la Carta de 27 octubre de 1950, entregado a la prensa como 'carta abierta', entre otras cosas, el siguiente: 'El Tribunal del júri no negó el hecho de que Veit Harlan fue, por un gran período, el 'director nº 1 de la cinematografía nazista' y que su film 'Jüd Süß' fue uno de los exponentes más importantes de la agitación asesina de los nazistas contra los judíos. Puede ser que dentro de Alemania y en el exterior existan empresarios que no queden repudiados con un retorno de Harlan. La reputación moral de la Alemania no puede, entretanto, ser nuevamente arruinada por personas inescrupulosas, ávidas por dinero. Con efecto, a la vuelta de Harlan irá abrir heridas que aun no pudieron siquiera cicatrizar y provocar de nuevo una terrible desconfianza que se revertiría en perjuicio de la reconstrucción de Alemania. Por causa de todos esos motivos, no corresponde solamente al derecho del alemán honesto, pero hasta mismo su obligación, en la lucha contra este representante indigno del film alemán, además del protesto, se muestra dispuesto también al boicot'. La Domnick-Film-Produktion GmbH y la Herzog-Film GmbH (esta como distribuidora nacional del film 'unsterbliche Geliebte') levantaron un juicio, junto al Tribunal Estadual de Hamburgo, una acción cautelar con pedido de medida liminar contra el reclamante, laminar esta que le prohibía: 1. pedir a los propietarios de salas de cine y empresas de distribución de películas que no incluyesen en sus programas la película 'Unsterbliche Geliebte', 2. Aclamar al público alemán a no ver este film. El Superior Tribunal Estadual de Hamburgo recuso la apelación del reclamante contra la decisión (Urteil) del Tribunal Estadual. Consonante el pedido del reclamante fue fijado a las sociedades cinematográficas un plazo para el juzgamiento de la acción (principal). Agudizada la acción, el Tribunal Estadual de Hamburgo dicto, en el día 22 de noviembre de 1951 la siguiente decisión (Urteil): 'Condenarse al acusado, sobre pena pecuniaria a ser fijada judicialmente o pena de prisión, a dejar 1. de pedir a los propietarios de anfiteatros y empresas de distribución de películas que no incluyan la película 'Unsterbliche Geliebte', que fuera producida por la autora '1', cuya distribución nacional fuera confiada contractualmente a la autora '2' en sus programas, 2. de aclamar al público alemán a no ver este film. (...)'. El Tribunal Estadual ve en las expresiones del reclamante una convocación inmoral al boicot. Su objetivo habría sido impedir la presentación de Harlan como 'criador de filmes representativos'. La convocación del reclamante implicaría hasta mismo 'que en la práctica Harlan sería retirado de la producción de filmes normales de ficción, pues cualquier film de este tipo podría, a través de su trabajo de dirección, transformarse en un film representativo'. Una vez, entretanto, que Harlan por causa de su participación en el film 'Jud Süß' fuera absolvió, teniendo esa absolución transitada en juzgado, y en función de la decisión en el proceso de 'desnazificación' (*Entnazifizierung*), según la cual el no necesitaría más someterse a ninguna limitación en el ejercicio de su profesión, esa actitud del reclamante se chocaría con la 'democrática concepción moral y jurídica del pueblo alemán'. No se habría acusado al reclamante porque él habría expresado una opinión negativa sobre la representación de Harlan, pero porque el convoco al público, por medio de un cierto comportamiento, tornar imposible el retorno de Harlan [al mercado] como director de cinema. Tal convocación al boicot se habría vuelto contra las autoras, sociedades civiles del sector cinematográfico, pues si la producción do film en pauta no tuviese retorno financiero, ellas estarían amenazadas por un sensible perjuicio patrimonial. Los elementos objetivos del tipo de una acción no permitida [delito civil] del párrafo 826 del Código Civil alemán estaría, por tanto, presentes en el caso, existiendo el directo [del autor] a la fijación de la obligación del reo de abstención [de las expresiones]. El reclamante apelo de esta sentencia junto al Superior Tribunal Estadual de Hamburgo. Al mismo tiempo, presento su Reclamación Constitucional, en la cual argumento violación de su derecho fundamental a la libre expresión del pensamiento (artículo 5º, nº 1, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949. [Según su petición], él habría hecho crítica moral y política en face del comportamiento de Harlan y de las sociedades cinematográficas. Para tanto el tendría el derecho, pues el artículo 5º, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949 no garantizaría solamente la libertad del discurso sin la intención de provocar un efecto, pero justamente la libertad para la provocación del efecto a través de la palabra. Sus expresiones tendrían representado juicios de valor. El tribunal tendría erróneamente juzgado si la expresión sería correcta en lo que respecta su contenido y podrían ser aceptas, al paso que relevante sería tan solamente juzgar se ella sería jurídicamente permitida. Eso ellas serian, pues el derecho fundamental de la libertad de expresión del pensamiento tendría un carácter social y garantizaría un derecho público subjetivo a la toma de influencia en la formación de la opinión pública por acción intelectual y a la participación en la 'conformación del pueblo para con el Estado'. Estos derechos encontrarían sus

límites tan solamente en las 'leyes generales' (artículo 5º, nº 2, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949). Cuando por medio de la expresión del pensamiento se quisiese influenciar la vida pública y política, solo podrían ser consideradas como 'leyes generales' aquellas que contuviesen normas de derecho público, no pudiendo de estas participaren las normas del Código Civil sobre delitos (unerlaubte Handlungen). Al contrario, aquello que en la esfera del derecho civil no sería permitido, podría ser justificado en la esfera del derecho público por medio del derecho constitucional; los derechos fundamentales, en cuanto los derechos subjetivos con dignidad constitucional, serian para el derecho civil 'causas [normativas] superiores de justificación'. [...]. B - I. Le Reclamación Constitucional es admitida [...]. II. EL reclamante afirma que el Tribunal Estadual hirió su derecho fundamental a la libre expresión del pensamiento fundado en el artículo 5º, nº 1, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949 por medio de su decisión [condenatoria]. 1. La decisión del Tribunal Estatal, un acto del poder público en la forma especial de acto del Poder Judicial, solo puede violar por su contenido un derecho fundamental del reclamante si este derecho fundamental tuviese que ser observado en el momento de la formación de la convicción judicial. La decisión prohibió claramente expresiones por medio de las cuales el pudiese inducir otros a juntarse a la concepción sobre la vuelta al mercado de Harlan, condicionando sus conductas latentes de películas por el hechos de acuerdo con esa concepción [o sea: haciendo con que el público no fuese ver la nueva película de Harlan]. Eso significa objetivamente una limitación en la libre expresión de pensamiento del reclamante. El Tribunal Estatal fundamenta su decisión con el hecho de tener considerado las expresiones del reclamante como una acción no permitida [delito civil] según el § 826 BGB en face de las autoras y reconociendo a estas, por eso, y con fulcro en las normas del derecho civil, el derecho a la prohibición de las expresiones. Por lo tanto, el derecho decurrente de la ley civil reconocido por el Tribunal Estadual llevo, por medio de su decisión, a una determinación del poder público que limito la libertad de expresión del reclamante. La decisión solo puede violar el derecho fundamental del reclamante del artículo 5º, nº 1, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949, si las normas aplicadas del derecho civil fuesen, por la norma de derecho fundamental, de tal suerte influenciadas y modificadas en su contenido, que ellas no pudiesen mas justificar aquella decisión del Tribunal. La cuestión fundamental, de si saber si normas de derecho fundamental ejercen un efecto sobre el derecho civil y como ese efecto necesitaría ser visto en cada caso, es controvertida [...]. Las posiciones más extremas en esta discusión se presentan, de un lado, por la tesis de que los derechos fundamentales serian exclusivamente direccionados contra el Estado; por otro lado, presentase la concepción de que los derechos fundamentales, o por lo menos algunos, en el mínimo los más importantes entre ellos, también valdrían en las relaciones jurídico-privadas, vinculando a todos. [...]. También ahora no existe motivo para discutir exhaustivamente la cuestión controvertida sobre la 'eficacia horizontal'. Para llegarse aquí a una conclusión adecuada al presente problema, basta el siguiente: Sin duda, los derechos fundamentales existen, en primera línea, para asegurar la esfera de libertad privada de cada uno contra intervenciones del poder público; ellos son derechos de resistencia del ciudadano contra el Estado. Esto es el que se deduce de la evolución histórica de la idea del derecho fundamental, así como de acontecimientos históricos que llevaron los derechos fundamentales a las constituciones de los varios Estados. Los derechos fundamentales de la Grundgesetz también tienen ese sentido, pues ella quiso subrayar, ubicando el capítulo de los derechos fundamentales la frente [de los demás capítulos que se trataran de la organización del Estado y constitución de sus órganos propiamente dichos], la prevalecía del hombre y su dignidad en face del poder estatal. A eso corresponde el hecho de el legislador tenga garantido el remedio jurídico especial para la protección de estos derechos, la Reclamación Constitucional, solamente contra actos del poder público. De la misma forma es correcto, entretanto, que la Grundgesetz, que no pretende ser un ordenamiento neutro del punto de vista axiológico [...] estableció también, en su capítulo de los derechos fundamentales, un ordenan axiológico objetivo, y que, justamente en función de este, ocurre un aumento de la fuerza jurídica de los derechos fundamentales [...]. Ese sistema de valores, que tiene como punto central la personalidad humana y su dignidad, que se desenvuelve libremente dentro de la comunidad social, necesita valer en cuanto decisión constitucional fundamental para todas las áreas del derecho; Legislativo, Administración Pública y Judicial reciben del directrices e impulsos. De esta forma, el influencia obviamente el derecho civil. Ninguna norma del derecho civil puede contradecir ese sistema de valores, cada norma necesita ser interpretada según su espíritu. El contenido normativo de los derechos fundamentales en cuanto normas objetivas se desarrollan en el derecho privado por intermedio del vehículo (Médium) de las normas que dominen inmediatamente aquella área jurídica. Así como el nuevo derecho necesita estar en conformidad con el sistema axiológico de los derecho fundamentales, será, en el que el respeto al contenido, el derecho pre-

existente diseccionado a ese sistema de valores; de él fluye para ese derecho pre-existente un contenido constitucional específico, que a partir de entonces fijará a su interpretación. Un trato entre particulares sobre derecho y obligaciones derivadas de estas normas comporta mentales del derecho civil influenciadas por el derecho fundamental permanece, en el derecho material y procesal un trato civil. Interpretado y aplicado debe ser el derecho civil, aun que su interpretación tenga que seguir el derecho público, la Constitución. La influencia de los criterios axiológicos del derecho fundamental se hace notar sobre todo en face de aquellas normas del derecho privado que encierren derecho coagente y que constituyan así una parte del orden público lato sensu, i.e., junto a los principios, los cuales, en razón del bien común, deban ser vigentes también en la formación de las relaciones jurídicas entre los particulares y por eso sean retirados del dominio de la voluntad privada. Estas normas tienen, en razón de su propósito, un grado de parentesco próximo al derecho público, al cual ellas se conectan de manera complementar. Ellas precisan estar sometidas de modo intenso a la influencia del derecho constitucional. La jurisprudencia se sirve sobre todo de 'cláusulas generales' para la realización de esta influencia, que, como párrafo 826 del Código Civil alemán remiten para el juzgamiento del comportamiento humano a criterios extra-Cibeles o hasta a criterios extra-jurídicos, como las 'buenas costumbres'. Pues para la decisión al respecto de la cuestión sobre el que tales mandamientos sociales exigen en el caso concreto, se tiene que, en primer lugar, partir del conjunto de concepciones axiológicas, las cuales un pueblo alcanzó en una cierta época de su desarrollo cultural y que fueran fijadas en su Constitución. Por eso, fueron las cláusulas generales con propiedad acuñadas de 'puntos de entrada' (Einbruchstellen) de los derechos fundamentales en el derecho civil [...]. El juez tiene que, por fuerza de mandamiento constitucional, juzgar se aquellas normas materiales de derecho civil a ser por el aplicadas no son influenciadas por el derecho fundamental de la forma descrita; si eso ocurre, entonces el necesita observar la modificación del derecho privado que resulta de esta influencia junto a la interpretación y aplicación de aquellas normas. Este es el sentido de la vinculación del juez civil a los derechos fundamentales (artículo 1º, nº 3, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949). Si fallar en la aplicación de estos criterios y si su sentencia se basar en la inobservancia de esta influencia constitucional sobre las normas de derecho civil, el irá no solamente infringir el derecho constitucional objetivo, en la medida en que ignorará el contenido de la norma de derecho fundamental (en cuanto norma objetiva), mas también violará, por medio de su decisión y una vez invertido del poder público, el derecho fundamental a cuya observación Judicial del ciudadano también tiene el derecho subjetivo constitucional. Contra una tal decisión, el Tribunal Constitucional Federal puede ser accionado por la vía de la Reclamación Constitucional sin afectar el alejamiento del error de derecho [que es de la competencia exclusiva de las instancias ordinarias] por las instancias civiles. El tribunal constitucional tiene que juzgar si el tribunal ordinario avaluó de manera procedente o alcance la eficacia de los derechos fundamentales en el área del derecho civil. De eso resulta al mismo tempo la limitación de su examen revisora: No es de la competencia del tribunal constitucional juzgar las decisiones de los jueces civiles en su plenitud en el que incita a errores de derecho; el Tribunal Constitucional precisa avaluar tan solamente el llamado 'efecto de radiación' (Ausstrahlungswirkung) de los derechos fundamentales en el derecho civil y hacer valer también para aquella rama jurídica el contenido axiológico de la prescripción constitucional. El sentido del instituto de la Reclamación Constitucional es hacer con que todos los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial puedan ser avaluados en el que incita a la consonancia con los derechos fundamentales (párrafo 90 BVerfGG). Tan poco el Tribunal Constitucional Federal es competente para actuar contra los tribunales civiles en cuanto instancia revisora o mismo súper-revisora; tan poco puede el isentarse en general del examen superveniente de estas decisiones y pasar al largo de una en si ya práctica inobservancia de normas y criterios de derecho fundamental. 2. La problemática de la relación de los derechos fundamentales con el derecho privado parece colocada de manera diferente en el caso del derecho fundamental de la libre expresión del pensamiento (artículo 5º, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949). Ese derecho fundamental es garantizado por la Constitución - así como fuera en la Constitución de Weimar (allá, por el artículo 118) solamente dentro de los límites de las 'leyes generales' (artículo 5º, nº 2, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949). Así mismo antes de explorar cuales leyes son 'leyes generales' en este sentido, se podría defender la posición de que en tal caso la Constitución misma, por medio de la remisión al límite de las leyes generales límite, desde el inicio, la vigencia de los derechos fundamentales, aquella área a la cual los tribunales, por su interpretación de estas leyes, aun los deja. La conclusión de esta interpretación necesitaría ser aceptada, aun que ella representase una limitación del derecho fundamental, no pudiendo, por eso, jamás debe ser considerada como una 'violación' del derecho fundamental. Este no puede ser, sin embargo, el

sentido de la referencia a las 'leyes generales'. El derecho fundamental a la libre expresión del pensamiento es, en cuanto expresiones inmediata de la personalidad humana, en la sociedad, uno de los derechos humanos más importantes (un des droits les plus précieux de *l'homme*, según el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). El es elemento constitutivo, por excelencia, para un ordenamiento estatal libre y democrático, pues es el primero a posibilitar la discusión intelectual permanente, a disputa entre las opiniones, que es el elemento vital de aquel ordenamiento. (BVerfGE 5, 85 [205]). El es, en un cierto sentido, la base de toda y cualquier libertad por excelencia, 'the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom' (Cardozo). De este significado primordial de la libertad de expresión del pensamiento resulta para el Estado libre y democrático que, partiendo de la visión de este sistema constitucional, no sería procedente dejar el alcance material, principalmente de este derecho fundamental, pasivo de cualquier relativismo por parte de la ley ordinaria (y con eso necesariamente por medio de la jurisprudencia de los tribunales que interpretan las leyes). Por el contrario, aquí también vale el principio que fue encima desarrollado genéricamente para la relación de los derechos fundamentales con el ordenamiento de derecho privado: Las leyes generales necesitan ser interpretadas, en el que incita al efecto limitador de los derechos fundamentales, de tal forma a garantizar que el contenido axiológico de este derecho, que, en la democracia liberal fundamenta una presunción a favor de la libertad del discurso en todas las áreas, vale decir, sobre todo en la vida pública, sea siempre protegido. La relación recíproca entre el derecho fundamental y la 'ley general' no debe ser entendida, por tanto, como una limitación unilateral de la vigencia del derecho fundamental por medio de las 'leyes generales'; ocurre, por lo contrario, un efecto de cambio recíproca o sinalagmático (Wechselwirkung) en el sentido de que si las 'leyes generales' colocan, de un lado, límites al derecho fundamental según el teor del dispositivo constitucional, por otro, ellas mismas necesitan ser de una vez interpretadas y, debido al reconocimiento del significado axiológico de este derecho fundamental en el Estado libre y democrático, limitadas en aquellos puntos donde manifestaron sus efectos limitadores del derecho fundamental. [...]. 3. El concepto de la 'ley general' siempre fue controversial. No se hace necesario saber si el término llegó al artículo 118, de la Constitución de 1919 (Weimarer Reichsverfassung) por causa de un lapso de redacción [...]. En todo caso, el fue interpretado, durante el período de vigencia de aquella Constitución, de tal suerte que sobre el término deberían ser entendidas todas las leyes que "no prohibiesen una opinión en sí", sino que, al contrario, "sirvan a la protección de un bien jurídico por excelencia, sin ocuparse de una opinión específica", que sirviesen a la protección de un valor colectivo que tuviese prevaecía sobre la libertad de expresión [...]. En siendo el concepto de "leyes generales" así entendido, entonces concluyese como siendo el sentido de la protección del derecho fundamental, resumidamente, el siguiente: La concepción según la cual solamente la expresión de una opinión es protegida por el derecho fundamental, pero no el efecto pretendido sobre las otras personas por medio de ella, tiene que ser rechazada. El sentido de la expresión de la opinión es justamente dejar el "efecto intelectual actuar sobre el medio", "se muestre convincente y formador de opinión frente a la colectividad" (Häntzchel, HdbDStR II, p. 655). Por eso es que los juicios de valor, que siempre tienen un efecto intelectual, esto es, objetivar el convencimiento de los interlocutores, son protegidos por el artículo 5º, nº 1, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949; la protección del derecho fundamental se basa, en primera línea, en el posicionamiento del hablante que expresa un juicio de valor, por medio del cual el busca influenciar otras personas. Una separación entre expresión protegida y efecto no protegido de la expresión no haría sentido. Así 'entendida expresión de la opinión como tal, o sea, en el efecto puramente intelectual, es libre. Si por ella, entretanto, un bien jurídico de otra persona, protegido por ley, cuya protección merece la prevaecía en frente de la libertad de expresión, fuera violado, entonces la intervención no dejará de ser permitida, porque ella se efectivo por medio de una expresión de opinión. Se hace necesario proceder a una 'ponderación de bienes jurídicos': El derecho de la libertad de expresión no puede [en el caso concreto, n. do org.] se imponer, si intereses dignos de protección de otros y de grado jerárquico superior fueren violados por intermedio del ejercicio de la libertad de expresión. Para verificarse la presencia de tales intereses más importantes, se tiene que analizar todas las circunstancias del caso. 4. Partiendo de este entendimiento, no existe problema en reconocer también, en relación a normas de derecho civil, la cualidad de 'leyes generales' en la acepción del artículo 5º, nº 2, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949. Si eso aun no sucedió en la literatura [...] quiere decir que los autores solo veían los derechos fundamentales en su efecto habido entre el ciudadano y el Estado, pues coherentemente con esa postura solo eran consideradas leyes generales limitadoras aquellas que regla la acción del Estado en face del individuo, o sea, leyes de derecho público. Si, no en tanto, el derecho fundamental de la libre expresión del pensamiento también tiene un efecto en las relaciones jurídicas de derecho

privado, y su importancia se revela aquí en una expresión del pensamiento también en face de cada conciudadano, entonces necesita ser también observado de otro lado el eventual efecto contrario, cual sea: el efecto limitador del derecho fundamental, propio de una norma de derecho privado, desde que ella exista para la protección de bienes jurídico superiores. No se podría aceptar el hecho de prescripciones del derecho civil que protejan la honra o otros bienes jurídicos substanciales de la personalidad humana no pudieron ser consideradas suficientes para colocar límites al ejercicio del derecho fundamental de la libre expresión del pensamiento sin que, para el mismo propósito, prescripciones penales tuviesen que ser fijadas. El reclamante teme que, a través de la limitación de la libertad de la expresión en face de un individuo, si pudiese traer el riesgo del ciudadano ver a su posibilidad de influenciar la opinión pública por la expresión de su opinión reducida a un grado ínfimo y por eso la libertad indispensable de la discusión pública de cuestión importantes para la colectividad no restaría mas garantizada. Este peligro existe de hecho [...]. Para enfréntalo, no es necesario, entretanto, que el derecho civil sea en general tirado de este grupo de las leyes generales. Es necesario aquí también que el contenido de libertad del derecho fundamental sea defendido con consecuencia. El derecho fundamental tendrá que pesar en la balanza, sobre todo en aquellos casos donde su uso no se realiza en función de desentendimientos privados, pero en aquellos casos donde aquel que se expresa quiere, en primera línea, contribuir para la formación de la opinión pública de modo que el eventual efecto de su expresión en las relaciones jurídicas privadas de un otro sea solamente una consecuencia inevitable, pero no represente el ámbito por excelencia de su expresión. Justamente en este contexto es relevante la relación entre el propósito y el medio. La protección de bien jurídico privado puede y debe ser alejado cuanto mas la expresión no fuera directamente virada contra este bien jurídico privado, en las relaciones privadas, principalmente en las relaciones económicas y en la búsqueda de objetivos egoístas, pero, por lo contrario, se trata de una contribución para la lucha intelectual de las opiniones en el contexto de una cuestión esencial para la opinión pública, hecha por una persona legitimada para tanto; en este punto existe la presunción por la admisibilidad de la libre expresión. Se concluye, por tanto: Misma decisiones de un juicio civil, que con fundamento en 'leyes generales' del derecho civil llegue, en conclusión, a una limitación de la libertad de expresión, pueden violar el derecho fundamental del artículo 5º, nº 1, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949. También o juez civil tiene que siempre ponderar el significado del derecho fundamental en face del valor del bien jurídico protegido por la ley general para aquel que por medio de la expresión fuera supuestamente herido. La decisión sólo puede brotar de esta visión completa del caso concreto, observándose todos los factores substanciales. Una ponderación incorrecta puede violar el derecho fundamental y así fundamentar la Reclamación Constitucional junto al Tribunal Constitucional Federal. III - El juzgamiento del presente caso a partir de las exposiciones generales sobre desarrolladas trae como conclusión que los argumentos del reclamante son fundamentados [...]. 1. [...]. 2. [...]. Para la solución de la cuestión de saberse si la convocación al boicot según esos criterios es inmoral ['sittenwidrig' - por violar las 'buenas costumbres'], se hace necesario verificar los motivos, el objetivo y la finalidad de las expresiones. Además de esto, se debe examinar si el reclamante, en la búsqueda de sus objetivos, no ultrapaso la medida necesaria y adecuada del comprometimiento de los intereses de Harlan y de las sociedades cinematográficas. a) con seguridad no tenia, los motivos que llevaron el reclamante a sus expresiones, nada de inmoral. El reclamante no persigue ningún interés de naturaleza económica; el no se encontraba en una relación de concurrencia ni con las sociedades cinematográficas, ni con Harlan. Hasta mismo el tribunal estadual verifico, en su decisión en los autos del proceso de la acción cautelar, que la audiencia no revelo nada en el sentido de concluirse que el reclamante habría actuado en función de 'motivos indignos o egoístas'. Esto no fue contestado por ni ninguna de las partes. b) el objetivo de las expresiones del reclamante fue, como el mismo afirma, impedir que Harlan se afirmase como representante significativo de la cinematografía alemana; el quería impedir que Harlan fuese de nuevo presentado como creador de películas alemanas y con eso surgiese la impresión de que un nuevo crecimiento de la cinematografía alemana tuviese que ser necesariamente conectado a la persona de Harlan. Los tribunales no pueden juzgar se la fijación de este objetivo es aceptable del punto de vista material, pero tan solamente si su manifestación en la forma escogida por el reclamante fuera jurídicamente admisible. Las expresiones del reclamante necesitan ser observadas en el contexto de sus intenciones políticas generales y de política cultural. El actuó en función de la preocupación de que el retorno de Harlan pudiese ser interpretado – sobre todo en el exterior - como si en la vida cultural alemana nada tuviese cambiado desde el tiempo nacional-socialista: Como en aquel tiempo, Harlan sería también nuevamente el director representativo de la cinematografía alemana. Estas preocupaciones correspondían a una cuestión mucho substancial para el pueblo alemán; en resumen: la cuestión de su postura moral y su imagen

En esta oportunidad, al apreciar el derecho a la libertad de expresión del ciudadano alemán Erich Lüth, que tituló la decisión, la Corte Constitucional alemana en análisis, lanzó la afirmación de que:

[...] las normas fundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia.

Es importante resaltar, entre tanto, que la opción de la Corte Constitucional de utilizar la teoría de los valores o teoría axiológica¹¹⁶ para interpretar la Ley Fundamental se disoció de los conceptos de la época, dictados por las teorías del

en el mundo en aquella época. Nada comprometió más la imagen alemana del que la persecución maldosa de los judíos por el nacional-socialismo. Existe, por lo tanto, un interés decisivo de que el mundo sepa que el pueblo alemán abandonó esa postura y la condena, no por motivos de oportunismo político, pero por causa del reconocimiento de su hediondez, reconocimiento este afirmado sobre una guiñada axiológica intrínseca. c) - d) [...]. IV - El Tribunal Constitucional Federal llegó, por el expuesto, a la convicción de que el Tribunal Estadual desconoció, en el juzgamiento del comportamiento del reclamante, el significado especial del derecho fundamental a la libre expresión del pensamiento, que también alcanza el caso en que el entra en conflicto con intereses privados. La decisión del Tribunal Estadual se fundamenta en esta falla de comprensión y uso de los criterios propios del derecho fundamental y, por lo tanto, viola el derecho fundamental del reclamante del artículo 5º, nº 1, de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949. Por tanto, debe ser revocada (LIMA, George Marmelstein. **50 Anos do Caso Lüth**: el caso más importante de la historia del constitucionalismo alemán pos-guerra. Artículo publicado en el año 2008. Disponible en: <<http://derechofundamentales.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 28 out. 2010).

¹¹⁶ “La teoría axiológica cita a los derechos fundamentales como una orden objetiva de valores, dotados de unidad material, cuyo contenido deriva del fundamento axiológico de un proceso continuo de integración de la sociedad. El alemán Rudolf Smend (1851-1913) es apuntado en la actualidad como su grande idealizador por su teoría de la integración (*Integrationslehre*), de donde se extraen los presupuestos teóricos para una interpretación axiológica de los derechos fundamentales. En ese contexto, el Estado es analizado a partir de una visión dinámica, sometándose a un proceso continuo de integración personal, funcional y material. La Constitución, en la condición de norma esencialmente política, sigue la misma línea y eleva los derechos fundamentales a una condición peculiar para el desarrollo de esta última integración (material). Según ese paradigma, los derechos fundamentales nada más son que normas objetivas que expresan valores sociales constitucionalizados a partir de decisiones axiológicas integradoras e inspiradoras de toda orden constitucional. En Alemania, la sistematización de la teoría axiológica tiene como referencia el famoso caso Lüth, donde se consigna que la Ley Fundamental, que no pretende ser un orden neutro de valores, tiene establecido un orden objetivo de valores y que precisamente con eso se sitúa directamente un fortalecimiento de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir en todos los ámbitos del derecho como decisión constitucional fundamental; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben dirección e impulso” (VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Evolución de la teoría de los derechos fundamentales**. In: *Revista CEJ*, ano XI, nº 39, p. 10-21. Brasília: CEJ, out./dez. 2007. p. 15).

derecho natural, acostumbrado a hacer remisión a una moral inmutable porque trascendente al individuo.

Ese método axiológico de interpretación constitucional fue bastante criticado porque comporta un nivel de subjetivismo y abstracción mucho elevado que impide la concretización de los derechos fundamentales, o sea, parte de ciertos valores, pero no fija los criterios para determinarlos y no indica cuales de esos valores deben permanecer en un caso de conflicto. Los críticos a la tesis de la interpretación axiológica de la Constitución argumentan que el subjetivismo que carga puede “concebir a los derechos fundamentales contenidos definidos por arbitrariedades, llegándose al que algunos autores designan como una típica tiranía de los valores, calcada en movimientos preponderantemente decisorios”¹¹⁷. Al tratar del tema, Robert Alexy¹¹⁸ recuerda que:

La aceptación de principios objetivos de un nivel supremo de abstracción tiene ventajas e inconvenientes. Las ventajas residen en su flexibilidad. En tanto puntos de partida de fundamentos dogmáticos de exigencias fundamentales estructural y materialmente muy diferentes, son utilizables en todos los ámbitos del sistema jurídico. El inconveniente reside en su imprecisión. Invitan a una de las formas más oscuras de los fundamentos jurídicos, a la deducción o derivación de un contenido concreto a partir de principios abstractos.

Actualmente la doctrina tiene aceptado mayor flexibilidad cuanto a los métodos de interpretación constitucional, renegando la posibilidad de criarse una teoría uní puntual, individualizada, capaz de, *de per se*, responder a todas las cuestiones relacionadas a la aplicación de los derechos fundamentales en su generalidad¹¹⁹. Es que en el nivel contemporáneo del conocimiento relacionado a los

¹¹⁷ “Esa es la condenación filosófica de Jürgen Habermas (1929-) al se oponer a la adaptación de los principios jurídicos a valores y a la consecuente substitución de los juicios normativos deónticos (de deber ser) por juicios axiológicos, guiados simplemente por aquello que es bueno” (VICTORINO, Fábio Rodrigo. *Op. cit.*, p. 16).

¹¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 510.

¹¹⁹ Por ejemplo, Robert Alexy no reniega la teoría axiológica de los derechos fundamentales, apenas no la considera como adecuada en cuanto puntualmente considerada: “sin embargo, una tal utilización no racional es solo una posibilidad pero no una necesidad vinculada con principios objetivos del nivel supremo de abstracción. Es igualmente posible que los principios abstractos, en tanto puntos de partida de un fundamento racional. encuentren una aplicación en la que se indiquen y justifiquen las premisas necesarias. En ese caso, su aceptación promueve la racionalidad y no la reduce. Por ello, la aceptación de un orden valorativo objetivo bajo la forma de principios objetivos supremos no es en si nada no-racional sino algo sumamente incompleto que puede ser utilizado tanto

derechos humanos fundamentales, ya se comprende que los textos constitucionales que positivizan derechos humanos están lejos de expresaren una situación de regularidad acerca de una teoría única que pueda ser constitucionalmente adecuada. También es hecho empíricamente demostrado que una misma realidad histórica puede ser explicada por diversas teorías, aun más en la sociedad del riesgo¹²⁰, cada vez más compleja. Además, los derechos fundamentales no pueden exprimir apenas una línea de fuerza, dada a la inherente característica de multifuncionalidad. Mismo que se pudiese llegar a una eventual teoría adecuada de definición de los derechos fundamentales, el proceso de interpretación y de aplicación de esos derechos “se resumiría a un círculo predeterminado de descuadre y substitución de la controversia, aparentemente decidida por aquella que se demuestre compatible con a teoría predominante”¹²¹.

Como alternativa a la teoría impuntual, Robert Alexy¹²² menciona de la denominada “teoría combinada”, que recurre a un conjunto de todas las teorías de

en una forma racional como no-racional. Por eso, la tesis según la cual a las disposiciones fundamentales hay que adscribir principios supremos que irradian en todos los ámbitos del sistema jurídico no es ni falsa ni inadecuada sino que solo dice muy poco. Quedan pendientes las cuestiones de saber de qué forma se lleva a cabo esta influencia y qué contenido tiene” (ALEXY, Robet. *Op. cit.*, p. 510).

¹²⁰ La “sociedad de riesgo” (*Risikogesellschaft*) expresión del sociólogo alemán Ulrich Beck (1944-), es definida a partir de un concepto de modernidad industrial esencialmente simple, irracional y irreflexivo, que evoluciona para un segundo nivel, ahora complejo, reflexivo y racional, escenario donde emerge la necesidad de se idealizar mecanismos capaces de promover la compatibilidad de los riesgos a las garantías individuales y colectivas (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedad de riesgo y Derecho Penal**: una evaluación de nuevas tendencias político-criminales. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 29). Desde la enorme difusión de la obra de Ulrich Beck, es lugar común caracterizar el modelo social pos-industrial en que vivimos como “sociedad de riesgo” o “sociedad de riesgo” (*Risikogesellschaft*). En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por el apareamiento de avances tecnológicos sin comparación en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica tuvo y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bien-estar individual. Como también las tiene la dinámica de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. Entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del “riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural”. Eso, por el hecho de que buena parte de las amenazas a que nosotros ciudadanos estamos expuestos provienen, precisamente, de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos mas o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.) que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos de la industria, de la biología, de la genética, de la energía nuclear, de la informática, de las comunicaciones, etc. Pero también, porque la sociedad tecnológica, crecientemente competitiva, desprecia a la marginalidad a no pocos individuos que inmediatamente son percibidos por los demás como fuente de riesgos personales y patrimoniales (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed., rev. e ampl. España: Civitas, 2001.p. 26-28).

¹²¹ VICTORINO, Fábio Rodrigo. *Op. cit.*, p. 17.

¹²² ALEXY, Robet. *Op. cit.*, p. 37-38.

los derechos fundamentales, aplicadas en conformidad con cada caso en particular a ser analizado, entendimiento bastante frecuentemente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán contemporáneo.

De cualquier modo, a pesar de las críticas que recibo la decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania que juzgó el Caso Lüth, principalmente por su contenido abstracto y vago, cuya práctica podría llevar a una grande dificultad de controle de las decisiones judiciales, es preciso reconocer que fue en esa decisión no que por la primera vez fue aceptada la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, pues que, independientemente de la controversia al respecto de la posibilidad de acceso a una orden de valores abstracta y desprovista de aplicabilidad concreta, los juristas alemanes fueron audaces en reconocer a:

[...] dimensión objetiva de estos derechos, libertades y garantías, los cuales, basados en su estructura normativa por la textura abierta de el lenguaje constitucional, permitirían la atribución de sentido a sus enunciados deontológico, a través de imperativos morales construidos a partir de procedimientos discursivos¹²³.

En general, los estudiosos del asunto destacan que el mayor legado del Caso Lüth fue el efecto práctico de la “eficacia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales”, produciendo el entendimiento y la convicción de que los mandamientos constitucionales de los derechos fundamentales también se extienden al ámbito de las relaciones privadas, quedando al cargo del Estado tomar las medidas necesarias para la protección del “epicentro axiológico del orden jurídico”¹²⁴.

Desde entonces viene creciendo la corriente de los seguidores de la tesis de la eficacia irradiante de los derechos fundamentales a las relaciones jurídicas entre particulares, denominadas de relaciones jurídicas horizontales para diferenciarlas de las relaciones jurídicas verticales que suceden entre Estado y los particulares. La problemática doctrinaria construida en torno de esa nueva visión de los derechos fundamentales reside en el “como” las normas fundamentales influyen en la relación

¹²³ GOMES, Fábio Rodrigues. *Op., cit.*, p. 53.

¹²⁴ GOMES, Fábio Rodrigues. *Op., cit.*, p. 53.

entre los individuos (problema de construcción) y en que medida esta intervención debe ser efectiva (problema de colisión)¹²⁵.

Y para solucionar este impase doctrinario sobre la interpretación y la forma de actuación de los preceptos constitucionales en la sociedad, fueron elaborados diversos entendimientos que pueden ser agrupados en cinco teorías: la doctrina norte-americana del *State Action*; la teoría dualista de la eficacia indirecta y mediata; la teoría monista de la eficacia directa e inmediata; la teoría de los deberes de protección del Estado y una teoría mixta¹²⁶.

2.2 PRINCIPALES CONSTRUCCIONES TEÓRICAS SOBRE LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS

El constitucionalismo es algo reciente en la historia humana. El concepto de Constitución como es un conjunto de normas (reglas y principios), reunidas en un contexto escrito, concebida como norma máxima de un país y, por tanto, colocada en un grado jerárquicamente superior a las leyes ordinarias, fue desarrollada al final del siglo XVII, fruto del movimiento constitucionalista en un periodo turbado de la historia por las luchas entre los monarcas, la aristocracia feudal y la autorizada

¹²⁵ “Actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal. Lo que se discute es como y en qué medida ejercen esta influencia. En la cuestión acerca de cómo las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un problema de construcción. La cuestión acerca de en que medida lo hacen formula un problema material, es decir, un problema de colisión. Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos Fundamentales” (ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 510-511).

¹²⁶ Robert Alexy distingue apenas três teorías que segundo ele tentam resolver o problema de construção do “como” as normas de direito fundamental influem na relação entre cidadão e cidadão. São elas: a) de efeito mediato em terceiros, cujos principais representantes são Günther Düring e o Tribunal Constitucional alemão: teoria da aplicação direta ou mediata (*mittelbare Drittwirkung*); b) de efeito imediato: teoria da aplicação direta ou imediata (*unmittelbare Drittwirkung*), que tem como principais defensores Hans Carl Nipperdeym (1895-1968) e a Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho alemão; e c) de efeito produzido através de direito frente ao Estado, proposta por Jürgen Schwabe: teoria dos deveres de proteção (*Schutzpflicht*) (ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 511-12).

papal, evidentemente se constituyó contra la justificación divina del poder absoluto que hasta entonces reinaba.“ el constitucionalismo vino a ser, entonces, un movimiento ideológico y político para destruir el absolutismo monárquico y establecer normas jurídico racionales, obligatorias para gobernantes y gobernados”¹²⁷. El derecho pasó a ser legitimado no solo por las “fuerzas divinas”, sino también por la razón humana.

Como consecuencia, en un primer momento, se llamó “constitucionalismo clásico”:

[...] los derechos y libertades se concibieron como barreras de protección frente al poder. Se trataba de derechos frente al Estado, no frente a particulares. El Estado era el sujeto pasivo de los derechos fundamentales, el obligado a su respeto y protección. Sin embargo, hoy no parece tan claro que los derechos constitucionales tengan por sujeto pasivo sólo al Estado¹²⁸.

Esos derechos y libertades son los derechos fundamentales, insertados en los “principios constitucionales fundamentales”, allí expuestos para conservar los valores fundamentales de orden jurídico de un país. Malogrando las discusiones doctrinarias que permeen la cuestiones que envuelven a los derechos humanos, a los derechos fundamentales y al constitucionalismo, lo que interesa en relación a este estudio, es “que la vinculación entre la Constitución y los derechos fundamentales es imprescindible”, de forma que “los derechos fundamentales nacen con las Constituciones”¹²⁹. De esta manera, iniciaron los derechos humanos fundamentales los cuales tenían como sujeto pasivo solo al Estado, hoy incluyen también a los particulares puesto que:

[...] la dogmática moderna de los derechos fundamentales discute la posibilidad de que el Estado se vea obligado a crear los presupuestos fácticos necesarios al ejercicio efectivo de los derechos constitucionalmente

¹²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de derecho constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 11.

¹²⁸ ESTAY, José Ignacio Martínez Estay. **Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales**: la doctrina del efecto horizontal de los derechos. *In: Revista Chilena de Derecho*, n° 1, v. 25, p. 59-64. Universidad de La Rioja, 1998. p. 59.

¹²⁹ JIMENA, Rafael Sarazá. **Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares**. Tesis que para obtener el grado de Doctor presenta Rafael Sarazá Jimena, dirigida por el Profesor Dr. D. Javier Pérez Royo, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla. Logroño-España: Universidad de La Rioja, Biblioteca Universitaria, 2008. p. 168.

asegurados y sobre la posibilidad de que el eventual titular del derecho pueda disponer de pretensión a prestaciones por parte del Estado.¹³⁰

Es de destacar que aunque en el constitucionalismo contemporáneo exista una favorable y significativa receptividad “en cuanto a los derechos a prestaciones por parte del Estado”, algunas veces la efectividad resulta deficiente, pues está sometida, “dentro de otras condicionantes, a la reserva de lo financieramente posible, esto mayormente cuándo se habla de derechos sociales”¹³¹.

Además, permanece latente la equívoca interpretación de que los derechos fundamentales son destinados a penas a la protección de individuo contra eventuales abusos estatales (relaciones verticales) y, de esta manera, no podrían ser convertidos en derechos de defensa de particulares contra particulares (relaciones horizontales).

Otra cuestión, que carece de estudios más profundos es aquella correlacionada al momento de la incidencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas, pues varias son las teorías construidas a lo largo del tiempo para intentar ofrecer la mejor respuesta, sin, hasta ahora llegar a un consenso. Al contrario existe una cristalina dicotomía entre las corrientes de pensamiento.

Antes de presentarse las principales teorías sobre la eficacia irradiante de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, es necesario tejer algunos comentarios en cuanto a la terminología empleada, pues si se utiliza de forma aleatoria podría llevar a decisiones equivocadas.

A partir del momento (década del cincuenta del siglo XX¹³²) se concebía que los derechos fundamentales no eran apenas derechos subjetivos públicos porque

¹³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Derecho fundamentales y controle de constitucionalidad**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 6.

¹³¹ ERICSON, Sylvia; WEISS, Fernando. **Eficácia horizontal dos derechos fundamentales**. In: *Artículos*, referentes a las conferencias da V Jornada de Monitoria da Faculdade de Derecho - Centro, da Universidade Candido Mendes, realizada entre los días 16 y 18 de mayo de 2006, en el teatro João Teotônio. Rio de Janeiro: UCAM, 2006. Disponible en: <<http://www.ucam.edu.br/pesquisas/jornada/013.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2008. p. 4.

¹³² La disciplina de la teoría que vincula los articuladores a los derechos fundamentales vino a ser tratada con cierta autonomía jurídica a partir de la dogmática de la jurisprudencia construida en la década del 50 en el XX, cuyo impulso decisivo se dio en la República Federal de Alemania, sobre la denominación de *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia externa de los derechos fundamentales), a partir de diversas decisiones del Tribunal Federal del Trabajo, influenciado principalmente por la

representaban, al mismo tiempo, un orden de valores objetivos que valían para todos los ámbitos del derecho, de ahí surgen expresiones como “eficacia de los derechos fundamentales frente a las relaciones jurídico-privadas”, “eficacia de los derechos fundamentales entre terceros”, “horizontalidad de los derechos fundamentales”, “incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas”, “eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas”, “eficacia privada”, “horizontalidad de los derechos fundamentales”, “eficacia horizontal”, “eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares”, “vinculación de los particulares a derechos fundamentales”, “eficacia irradiante de derechos fundamentales”, “vista expansiva de los derechos fundamentales”, entre muchas otras.

Primeramente se tienen expresiones que utilizan el término “terceros”, en sus formulaciones cayeron en desuso tan pronto fueron formuladas, se ha visto que tratan los particulares como terceros fácilmente asociados al ámbito de relación externa en la relación entre el individuo y el Estado. Conforme a las constataciones de Carolina Fontes Vieira¹³³, ésta concepción no tiene ya espacio en el “fenómeno de objetivación de los derechos fundamentales, una vez que en ésta concepción los particulares se configurarían, paradójicamente, como terceros y segundos en la relación con el Estado”. Pero, la concepción pretendida no es en relación a una tercera clase de destinatarios o a un tercer nivel de eficacia, pero sí a un segundo nivel, ya que se trata de la unión entre particulares, en contraposición a la clásica vinculación de los entes estatales a la cima de las relaciones verticales entre el Estado y el particular.

antológica decisión del Tribunal Constitucional Alemán en el Caso Lüth, en 1958. Es necesario destacar que en la doctrina alemana se vislumbran dos realidades distintas: la de *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia externa de los derechos fundamentales) y la de *Horizontalwirkung der Grundrechte* (eficacia horizontal de los derechos fundamentales). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales significa algo más que la eficacia externa de los derechos fundamentales, o sea, no se trata apenas de atribuir efecto externo a los derechos fundamentales, sino de determinar que los derechos fundamentales, valgan en las relaciones verticales establecidas entre los particulares y los de Estado y también en las relaciones interpretadas, al nivel de las relaciones bilaterales y horizontales establecidas entre los particulares. En efecto, su atención es más merced limitadora de la autonomía privada y de la correspondiente libertad de negociar (STEINMETZ, Wilson. *Op. cit.*, p. 31).

¹³³ VIEIRA, Carolina Fontes. **Vinculación de los particulares a los derechos fundamentales**. Coimbra: Universidade de Coimbra, junho de 2006. p. 4.

El modelo de la “eficacia privada” también viene perdiendo importancia por ser muy genérico y no destacar el núcleo del problema, cual sea, la incidencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas.

Por el argumento, la clásica fórmula de la “eficacia horizontal” también se tornó objeto de críticas. Se ha visto que aunque se trate de una relación jurídica entre dos particulares, sin la presencia del Estado, siendo una de las partes detectora del poder social, la relación se caracterizaría por la desigualdad económico-social de los sujetos envueltos, situación que en la práctica se asemeja a la relación entre el ciudadano y el Estado, que es de naturaleza vertical, y no horizontal. Se destaca que a la existencia de la horizontalidad presupone, inexorablemente, una igualdad jurídica, aunque hipotética.¹³⁴.

El propio término “eficacia¹³⁵”, incluso insertado en el contexto de la expresión: “eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas”, puede llevar a interpretaciones equivocadas, ya que aún sobreviven algunas confusiones en la doctrina, inclusive respecto a los aspectos de vigencia, validez y eficacia de los derechos fundamentales, términos que no siempre pueden ser jurídicamente aplicados como sinónimos¹³⁶.

¹³⁴ “[...] la existencia de algún poseedor del poder privado en uno de los polos de la relación existente jurídico-privada podría, eso sí, justificar una mayor intervención y control en el ámbito del ejercicio del deber de protección impuesto al estado; en otras palabras, una mayor intensidad en la vinculación de estos sujetos privados, bien como una mayor necesidad de protección del particular más frágil” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Derecho fundamental y Derecho privado**: algunas consideraciones en torno a la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constitución concretizada*: construyendo puntos entre el público y el privado. Puerto Alegre: Librería del abogado, 2000. p. 155.

¹³⁵ “La pregunta por los destinatarios de los derechos fundamentales se encuentra por detrás de la famosa controversia encontrada entre las teorías de la eficacia inmediata y de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en relación a terceros. Correctamente entendida la primera, los derechos fundamentales se dirigen, según tal concepción, no apenas contra el Estado, pero sí contra los (en cada caso, otros) sujetos del derecho privado. Los derechos fundamentales carecen, así de cualquier transformación para el sistema de reglas de derecho privado, antes conducido, sin más, a prohibiciones de intervención en el tráfico jurídico-privado y al derecho de defensa en frente de otros sujetos de derecho privado. Aplicándose consecuentemente a esta perspectiva, cada derecho fundamental, contiene, pues, una prohibición legal que veda en principio su restricción por negocio jurídico, y la violación de un derecho subjetivo genera, en principio, una obligación para indemnizar” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 53).

¹³⁶ “Es oportuno aquí, [...] una profundización conceptual de la efectividad. Los hechos jurídicos resultantes de una manifestación de voluntad se denominan actos jurídicos. Cuando son emanados por el Poder Público, tales actos serán legislativos administrativos u judiciales. Clásicamente, los actos jurídicos comprendían análisis científicos en tres planos distintos e inconfundibles: el de la existencia, el de la validez y el de la eficacia. No es posible en esta instancia, profundizar esos conceptos. Se hace apenas el registro de que la existencia de un acto jurídico está ligada a la presencia de sus elementos constitutivos (normalmente, agente, objeto y forma) y la validez depende del cumplimiento de determinados requisitos, de atributos dictados por la ley. La ausencia de alguno

De hecho, una norma comienza a tener existencia jurídica cuando un acontecimiento fático y tipificado por la ley, pase a hacer parte del mundo del derecho¹³⁷.

La vigencia o validez formal de una norma está caracterizada por el momento en que su observación se torna obligatoria por las personas o partes involucradas. Vigencia, por lo tanto, es el acto de vigorizar, de estar en vigencia, en ejecución, “es la ejecutoriedad compulsoria de una regla de derecho, por haber cumplido los requisitos esenciales al momento de su elaboración”. Se trata de la fuerza de la norma en el cumplimiento de su finalidad.¹³⁸.

En las palabras de Miguel Reale¹³⁹, validez formal o vigencia es “una propiedad que en relación a la competencia de los órganos y a los procesos de producción y reconocimiento del derecho en el plano normativo”. Por lo tanto una norma es válida cuando al momento es creada por el proceso legislativo propio y adecuado al ordenamiento jurídico donde está insertada.

La eficacia, condición de eficaz que, surte efecto, es jurídicamente definida como la realización del derecho, el desempeño concreto de su función social. Es la “aptitud de la norma para producir los efectos que le son propios”¹⁴⁰. Representa, la materialización, en el mundo de los hechos, de los preceptos legales:

La eficacia [...] tiene un carácter experimental, por cuanto se refiere al cumplimiento efectivo del derecho por parte de una sociedad, o al

de los requisitos conduce a la invalidez del acto, a la cual el ordenamiento, considerando la mayor o menor gravedad, amenaza las sanciones de nulidad o anulación. De mayor interés para los fines aquí visualizados es la eficacia de los actos jurídicos, el tercer plano de análisis, que se traduce en su aptitud para la producción de efectos, para la irradiación de las consecuencias que le son propias. Eficaz es el acto idóneo para atender la finalidad para la cual fue generado. Tratándose de una norma, la eficacia jurídica designa la cualidad de producir, en mayor o menor grado, sus efectos típicos, al regular, desde luego, las situaciones, relaciones y comportamientos en ella indicados; en este sentido, la eficacia en relación a la aplicabilidad exigencia o ejecutoriedad de la norma. nótese bien: la eficacia se refiere a la aptitud, a la idoneidad del acto para la producción de sus efectos. No es de su ámbito constar si tales efectos realmente se producen. [...]. la efectividad significa, por tanto, la realización del derecho, o desempeño concreto de su función social. Ella representa la materialización, en el mundo de los hechos, de los preceptos legales y simboliza la aproximación, tanto íntima como posible entre el deber ser normativo y el ser de la realidad social” (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 235 e ss.).

¹³⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico**: existencia, validez y eficacia. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

¹³⁸ REALE, Miguel. **Lecciones preliminares del derecho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 108.

¹³⁹ REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 108.

¹⁴⁰ NOVELINO, Marcelo. **Hermenêutica constitucional**. Salvador: *Juspodivm*, 2008. p. 130.

reconocimiento efectivo del derecho por parte de una sociedad, al reconocimiento (*anerkennung*) del derecho por la comunidad, en el plano social, o más específicamente a los efectos sociales que una regla suscita a través de su cumplimiento¹⁴¹.

Ya la efectividad o eficacia social “está relacionada a la producción concreta de los efectos”, o sea, “una norma es efectiva cuando cumple su finalidad¹⁴²”.

Específicamente sobre la eficacia de los derechos humanos, según Agustín Gordillo¹⁴³ hubo un tiempo en que se defendía que determinada garantía era inaplicable cuando no existía la ley que la regulase. Hoy con todo, prevalece la tesis de la aplicación directa de los derechos humanos. Sin embargo el tema continuo tormentoso, se ha visto que desde el punto de vista jurídico, las declaraciones de derechos humanos son resoluciones cuyo contenido no puede volverse obligatorio para los Estados, a no ser cuando exista un Pacto o una Convención por ellos firmada. Es que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas no es competente para editar normas coagentes¹⁴⁴ a sus miembros.

Celso Ribeiro Bastos¹⁴⁵ informa que la Asamblea General de las Naciones Unidas nunca tuvo la pretensión de ir más Allá de una solemne declaración de principios: “su significación es, pues, eminentemente moral”, siendo que “su jurisdiccionalización queda en la dependencia de los pactos que vengan a darle eficacia”.

Así, la eficacia de los derechos humanos queda en la dependencia de la ratificación de documentos internacionales de declaración de esos derechos y de su definición al nivel de legislación de cada país. Para que se torne concreta esa tarea, o sea para que los derechos humanos sean eficaces transformándose en derechos fundamentales por las Constituciones, en lo que los Estados vienen enfrentando dificultades. Conforme Dalmo de Abreu Dallari:

¹⁴¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 114.

¹⁴² NOVELINO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 130.

¹⁴³ GORDILLO, Agustín. **Derechos humanos**. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 1999. p. III-4 - III-7.

¹⁴⁴ Normas cogentes são aquelas de aplicação obrigatória; normas dispositivas são aquelas cuja aplicação fica subordinada à vontade das partes.

¹⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 310-311.

El gran problema, aún no resuelto, es la consecución de eficacia de las normas de declaración de derechos. Proclamadas como normas jurídicas, anteriores a los Estados, ellas deben ser aplicadas independientemente de su inclusión en los derechos de los Estados por la formalización legislativa. Entre tanto, con la inexistencia de un órgano que pueda imponer su efectiva aplicación o imponer sanciones en caso de inobservancia, muchas veces los propios Estados que subscribieron la Declaración actúan contra sus normas, sin que nada pueda ser hecho. Se adoptó la práctica de incluir en las propias Constituciones un capítulo referente a los derechos y garantías individuales, justamente porque, de esa forma, incorporadas al derecho positivo de los Estados, aquellas normas adquieren plena eficacia. Entre tanto, cuando cualquier gobierno, valiéndose de una posición de fuerza, ignora la Constitución y respecto a las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los demás Estados o la propia Organización de las Naciones Unidas se limitan a hacer protestas, absolutamente pacíficas. En conclusión, se puede afirmar que la proclamación de los derechos humanos, con la amplitud que tuvo, objetivando la seguridad de los derechos, sin dejar de exigir que todos los hombres tengan la posibilidad de adquisición y gozo de los derechos fundamentales, representó un progreso. Pero su efectiva aplicación aún no fue conseguida, a pesar del general reconocimiento de que sólo el respeto a todas las normas podrá conducir a un mundo de paz y de justicia social¹⁴⁶.

Innegablemente el reconocimiento de los derechos humanos en documentos internacionales representa un gran avance para tornarlos más eficaces, pero aún hay mucho por hacer. Esa preocupación es manifestada por Norberto Bobbio¹⁴⁷: “el problema fundamental en relación a los derechos humanos, hoy, no es tanto el de justificarlos, pero si el de protegerlos. Se Trata de un problema no filosófico, pero si político”.

Si es ardua la tarea de concretizar los derechos fundamentales sobre el Poder Público, aún es más difícil es eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares. Al tratar el tema, Javier Ballarin Iribarren¹⁴⁸ así se manifiesta:

Sucede, entonces, que la extensión de eficacia de los derechos fundamentales constituye un fenómeno nuevo sólo respecto de algunos de ellos (la libertad de expresión, por ejemplo), pero respecto de muchos otros

¹⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 179 (grifos do autor).

¹⁴⁷ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁸ IRIBARREN, Javier Ballarin. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung** en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *In: Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, año 8. 9. 283-315. Sept./Diciem. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 288.

se trata del redescubrimiento de su primer y originario sentido, al compás de la aparición de amenazas también nuevas que, para ellos, proceden de poderes privados. Por otro lado, la ampliación del catálogo de derechos y libertades lleva aparejado el ingreso en la categoría de algunos de los que antes se denominaban derechos de la personalidad, cuyo carácter omnes era pacíficamente admitido (como, por ejemplo, el derecho al honor). Finalmente están los derechos fundamentales en el ámbito laboral, que nacen desde el comienzo, sin lugar a dudas, como derechos frente a los particulares (y frente al Estado). No cabe, por consiguiente, hablar de la eficacia limitada de los derechos fundamentales como característica general de ellos, como predicado de la categoría en su conjunto.

Por ejemplo, en el Brasil consta en el párrafo 1º, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988, que “las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”, por lo tanto, el Constituyente no dice claramente cuáles son las relaciones jurídicas que sufrieron esos efectos.

En la interpretación de Virgílio Afonso Silva¹⁴⁹, el párrafo 1º, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988, establece apenas una potencialidad y una eventual posibilidad o capacidad de los derechos fundamentales para vincularse los particulares. En sus palabras:

Hay aquí, en mi opinión, una confusión entre la eficacia de los derechos fundamentales, su forma de producción de efectos y su ámbito de aplicación. El texto constitucional, que dispone que los derechos fundamentales tengan aplicación inmediata, hace mención a una potencialidad, a la capacidad de producir efectos desde ya. Pero la simple prescripción constitucional de que las normas definidoras de derechos fundamentales tendrán “aplicación inmediata” no dice absolutamente nada sobre cuales relaciones jurídicas sufrieron sus efectos, o sea, no trae indicios sobre el tipo de relación que deberá ser disciplinada por los derechos fundamentales. Prescribir que los derechos fundamentales tienen “aplicación inmediata” no significa que esta aplicación deberá ocurrir en todos los tipos de relación o que todos los tipos de relación jurídica sufrieron algún efecto de las normas de

Ya para Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵⁰ el mismo párrafo 1º, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988 aseguraría la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares.

¹⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalización do direito**: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. São Paulo: Mandamentos, 2008. p. 57-58.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado**: el caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (org.). *Derechos fundamentales y derecho privado*: una perspectiva de derecho comparado. Portugal: Almedina, 2007. p. 111-144.

Daniel Sarmento¹⁵¹ también demuestra compartir de ese entendimiento al afirmar que:

[...] es posible concluir que, incluso sin entrar en la discusión de la tesis jurídica sobre la forma de vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, la jurisprudencia brasilera viene aplicando directamente los derechos individuales consagrados en la Constitución Federal de 1988 en la resolución de litigios privados.

Entre las nomenclaturas presentadas, y en la interpretación meramente gramatical o literal¹⁵², la más conturbada ciertamente es aquella que trae como elemento característico la palabra “eficacia”¹⁵³. Sin embargo, la dificultad se vacía

¹⁵¹ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Derecho fundamentales e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*, 2006. p. 297.

¹⁵² También llamada como la “interpretación literal, semántica o filológica”, la interpretación gramatical se preocupa con la letra, se basa en la letra de la ley. El método gramatical se funda en la lingüística, a partir de una idea sintáctica de la norma jurídica, y visa examinar la puntuación, la etimología y la colocación de las palabras. Figura como premisa de la corriente hermeneutica formalista, con acento en la idea básica de que la ley posee un sentido unívoco en ella objetivado, cabiendo al intérprete apenas desvelar su real significado. Silvio Rodrigues afirma que “la interpretación gramatical consiste en proceder a meticulosos exámenes del texto, para de él extraer la voluntad específica del legislador, se investiga el sentido exacto de cada vocábulo, se examina la puntuación, intentando establecer el que efectivamente determina la regla ” (RODRIGUES, Silvio. **Derecho civil**: parte geral. 32 ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 25).

¹⁵³ Según Percees Barba Martínez (*apud* BELLO FILHO, Ney de Barros. **A eficácia horizontal do direito fundamental ao ambiente**. Publicado por el Ambiente Pleno el 21 de agosto de 2008. Disponible em: http://ambientepleno.com.br/main_online_frame.php?home=articulos&secao=1&page=/main_articulos_index.php?PID=198776>. Acceso em: 04 nov. 2010. p. 1), “no es correcto utilizar la expresión eficacia por la sola razón de que no se trata de eficacia en el sentido procesal, y no está en discusión los medios de tutela para la afirmación de los derechos fundamentales. Lo correcto tal vez fuese hablar de la validez de las normas de los derechos fundamentales sobre las relaciones privadas”. Pero como observa Ingo Wolfgang Sarlet (*apud* BELLO FILHO, Ney de Barros. *Op. cit.*, p. 1), mencionar eficacia o validez no es de todo defensivo porque ambos términos no expresan exactamente lo que se pretende afirmar. Eficacia, en el derecho brasileiro, dice al respecto a la aptitud de la norma para producir efectos y no posibilidad procesal de efectividad. De este hecho, ambas hipótesis terminológicas incurrirán en críticas procedentes. De cualquier forma no hay consenso terminológico, ni en cuanto a la privatización de los derechos humanos o vinculación de las entidades privadas a los derechos fundamentales, los cuales terminan por no abordar integralmente todos los ángulos de la cuestión. “Por validez entenderíamos el ámbito de ‘existencia’ misma de los derechos, es decir la formulación o plasmación del contenido mismo de los derechos en aquellas relaciones jurídicas donde estos tengan cabida. Por otra parte, el ámbito que implicaría el uso de medios, garantías o formas de protección frente a vulneraciones que puedan sufrir estos derechos sería el de ‘eficacia’. Y esta visión de validez y eficacia nos llevará luego a una conclusión obligada y necesaria: el problema de los derechos fundamentales entre particulares, no es un problema de “validez”, es decir de contenido de los derechos, sino de eficacia: es decir, de la adecuación de los mecanismos utilizados para la protección de tales derechos. Es evidente, como han constatado sociólogos y politólogos que por encima y por debajo de la soberanía del Estado existen grupos, poderes y relaciones que en estos momentos inciden en la libertad individual con una fuerza igual o superior al de las autoridades públicas. ‘Por ello en los ordenamientos constitucionales existen normas sobre derechos fundamentales que no sólo proporcionan una protección dentro de la esfera de libertad frente al

cuándo son trazados los contornos definidores del significado que se quiere dar a la determinada terminología. Para este estudio, evitándose el infame rigor formal, se adopta de forma aleatoria cualquiera de las expresiones numeradas, por lo tanto siempre en el único sentido de “vinculación de los particulares a derechos fundamentales”.

Lo importante, entonces, es decir lo que se entiende, en ésta investigación, por “vinculación de los particulares a derechos fundamentales”.

Robert Alexy¹⁵⁴ recuerda que en la interpretación del Tribunal Constitucional Federal de Alemania:

[...] las normas fundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en relación a la decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia.

Con efecto, la vinculación de los particulares a derechos fundamentales es la cuerda, a la ligación jurídica que alcanza no apenas la relación vertical que se forma entre los particulares y el Estado, sino también la relación horizontal entre individuos y/o grupos colectivos, sin que el Estado figure como parte. En las palabras de Ney de Barros Bello Filho¹⁵⁵:

[...] la comprensión de la horizontalidad de los derechos fundamentales representa la comprensión de su no verticalidad obligatoria y la posibilidad que posee el aplicador del derecho para poder manejarlo en relación a los entes particulares o privados.

En resumen, importa destacar que independientemente de la terminología adoptada, el que está en tesis es la irradiación de los derechos fundamentales sobre todo el ordenamiento jurídico, tanto en la dimensión objetiva cuanto subjetiva.

Estado sino que garantizan a cada ciudadano un status socialis en sus relaciones jurídicas con los demás y en especial con las formidables fuerzas sociales, los grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío en la sociedad moderna, amenaza al individuo aislado e impotente, y frente a los que el Estado debe o puede intervenir” (grifos do original) (RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique. **Derechos fundamentales entre particulares: una introducción a su problemática protección constitucional e internacional**. El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador - Centro de Documentación Judicial, t. 1, nº 25, p. 1-14, octubre-diciembre, 1997. p. 1).

¹⁵⁴ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Op. cit.*, p. 1.

¹⁵⁵ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Op. cit.* 1.

Los prerequisites con el objetivo de comprender el fenómeno de la eficacia de los derechos fundamentales en la área jurídico-privada ha ocasionado la construcción de varias teorías o modelos de eficacia que oscilan entre dos extremos: de la aceptación de la protección efectiva de los derechos fundamentales; y de su negación, con fundamento en la tutela de la autonomía privada de los particulares, sobrepasando, en la búsqueda de la conciliación, algunas concepciones intermediarias, en el derecho comparado, en los sentidos: o de la incidencia de la validez mediata o de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

En términos generales y a partir de la interpretación del derecho constitucional, son apuntadas tres teorías clásicas que enfrentan la cuestión de la validez y de la eficacia en la aplicación de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones entre particulares: la doctrina del *State Action* norte-americana, que niega la incidencia de derechos fundamentales en las relaciones privadas; la teoría de la eficacia indirecta y mediata desarrollada por la doctrina alemana; y la teoría de la eficacia directa e inmediata, que tiene como ejemplo más citado la doctrina portuguesa¹⁵⁶.

Con todo, a la par de esas tres vertientes teóricas, consideradas clásicas, aunque en un sentido más actual, ya que hasta la década del cincuenta del siglo pasado se concebía que las normas de los derechos fundamentales eran destinadas apenas para proteger al individuo contra eventuales violaciones por abuso de poder del Estado y, por tanto, no poseían relevancia en las relaciones entre particulares, están siendo construidas nuevas ideas que hoy ya pueden ser agrupadas en seis teorías:

¹⁵⁶ Rogério Magnus Varela Gonçalves, de un modo un poco diverso, constata que “existen, básica e historicamente, dos teorias principais: la monista y la dualista”. El citado autor verifica aún una tercera posibilidad, denominada de “posición de permeio” o mixta (GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Os derechos fundamentales e sua validade no âmbito das relações privadas**. In: *Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*, da Universidade Federal da Paraíba, nº 5, v. 3, p. 73-100. Paraíba: UFPB, 2004. p. 85.). De modo similar, André Rufino do Vale identifica la existência de dos modos de exteriorización o concreción de los derechos fundamentales en las relaciones privadas: una eficacia indirecta y una eficacia directa. En este pensamiento las teorías monistas y dualistas no serían contrapuestas, pero serían complementarias, prevaleciendo una o otra dependiendo del caso concreto y de la ponderación entre la autonomía privada y derecho fundamental (VALE, André Rufino do. **Drittwirkung de derechos fundamentales e associações privadas**. In: *Revista de Derecho Público*, Doutrina Brasileira, nº 9, p. 51-74., jul./ago./set., 2005. p. 61).

a) la teoría de la acción estatal: desarrollada en el derecho norte-americano, defiende que no existe cualquier vinculación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución con las relaciones particulares;

b) la teoría de la eficacia indirecta y mediata de los derechos fundamentales en la esfera privada: desarrollada por la doctrina alemana, y que se tornó la teoría dominante en el derecho germánico de las décadas del cincuenta y sesenta. Los defensores de esa teoría sustentan que los derechos fundamentales deben ser aplicados en el ámbito privado, pero niegan la aplicación directa del derecho constitucional;

c) la teoría de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales: según esa teoría, la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se da del mismo modo que sucede en las relaciones del tipo Estado-ciudadano, o sea, sin la necesidad de intermediación del legislador privado;

d) La teoría de los deberes de protección o teoría de los imperativos de tutela: sus seguidores defienden que el Estado, además de no violar derechos fundamentales, tiene el deber de protegerlos de potenciales lesiones y amenazas venidas de particulares;

e) la teoría de la convergencia estatista o de imputación a Estado: en ese pensamiento, el Estado es siempre responsable por la violación a los derechos fundamentales, mismo que originadas en las relaciones interpretadas, sobre el argumento de que la violación de un derecho fundamental por el particular solo sucede porque el Estado lo permitió o no lo impide y, por lo tanto, la responsabilidad por los efectos será del Estado; y

f) la teoría unitaria, integradora o modelo de tres niveles (deberes del Estado, frente al Estado y de la relación privada): aunque similar a la teoría de la eficacia directa, merece ser analizada por separado porque, incluso admitiendo, no excluye la teoría de la eficacia indirecta y la teoría de los deberes de protección. Al revés, va mas allá para proponer la integración de esos modelos de eficacia, pues que cada

uno de ellos presenta aspectos que no son como deben ser considerados para la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre sujetos privados.

De cualquier modo, a pesar de las críticas que recibió la decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania que juzgó el Caso Lüth, principalmente por su contenido abstracto y vago, cuya práctica podría llevar a una gran dificultad de control de las decisiones judiciales, es necesario reconocer que fue en esa decisión que por la primera vez fue aceptada la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, pues que, independientemente de la controversia al respecto de la posibilidad de acceso a un orden de valores abstractos y desprovistos de aplicación concreta, los juristas alemanes fueron audaces en reconocer la:

[...] dimensión objetiva de estos derechos, libertad y garantías, en los cuales, basados en su estructura normativa por la textura abierta del lenguaje constitucional, permitirían la atribución de sentido a sus enunciados deontológicos, a través de imperativos morales contruidos a partir de procedimientos discursivos¹⁵⁷.

En general, los estudiosos del asunto destacan que el mayor legado del Caso Lüth fue el efecto práctico de la “eficacia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales”, produciendo el entendimiento y la convicción de que los mandamientos constitucionales de los derechos fundamentales también se desplazan al ámbito de las relaciones privadas, quedando a cargo del Estado tomar las medidas necesarias para la protección del “epicentro axiológico del orden jurídico”¹⁵⁸.

Desde entonces, viene creciendo la corriente de los seguidores de la tesis sobre la eficacia irradiante de los derechos fundamentales, aplicada a las relaciones jurídicas entre particulares denominadas de relaciones jurídicas horizontales para diferenciarlas de las relaciones jurídicas verticales que suceden entre el Estado y los particulares.

La mayor dificultad en el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales está en el hecho de que el “opresor” de esos derechos en

¹⁵⁷ GOMES, Fábio Rodrigues. *Op., cit.*, p. 53.

¹⁵⁸ GOMES, Fábio Rodrigues. *Op., cit.*, p. 53.

una relación entre particulares es también titular de derechos fundamentales. Por esa razón, la vinculación no podrá ocurrir del mismo modo que de cara al Estado. Por lo tanto, la problemática doctrinaria construida en torno de esa nueva visión de los derechos fundamentales reside en el “como” las normas fundamentales influyen en la relación entre los individuos (problema de construcción) y en qué medida esta intervención debe ser efectiva (problema de colisión)¹⁵⁹.

2.2.1 Teoría de la acción estatal o doctrina del “State Action”

La doctrina del “State Action” norte-americana, simplemente niega la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Otra doctrina que sigue esa línea es la “teoría de la convergencia estadista” desarrollada en la República Federal de Alemania, por Jürgen Schwabe¹⁶⁰.

¹⁵⁹ “Actualmente se acepta, en general, que las normas fundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal. Lo que se discute es como y en qué medida ejercen esta influencia. En la cuestión acerca de cómo las normas fundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un problema de construcción. La cuestión se trata de saber en qué medida lo formulan como un problema material, es decir, un problema de colisión. Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos Fundamentales” (ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 510-511).

¹⁶⁰ Según la “teoría de la convergencia estadista” desarrollada por Jürgen Schwabe, todas las cuestiones y emblemas relacionados a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas serían explicados y fácilmente solucionados a partir de una correcta interpretación y aplicación de los derechos de defensa ante los poderes estatales, se vio que al no prohibir las intervenciones de particulares en bienes protegidos como la vida, la salud, la educación, el Estado estaría permitiendo (STEINMETZ, Wilson. *Op. cit.*, p. 175-178.). Según Daniel Sarmento, Jürgen Schwabe defiende que “la actividad de los particulares, incluso cuando desarrollado en el ámbito de su esfera de autonomía privada jurídicamente protegida, es siempre imputable al Estado, pues deriva de una previa autorización explícita o implícita del orden jurídico estatal. En este cuadro, él niega cualquier relevancia a la distinción entre Derecho Público y Privado para fines de sujeción a los derechos fundamentales. Por tanto, según Schwabe, cuando un actor privado viola un derecho fundamental, el acto podrá ser imputado también al Estado, sea porque no prohibió a través del legislador, aquel comportamiento individual lesivo al derecho ajeno, sea porque no impidió el acto, a través de la actividad administrativa o de la prestación jurisdiccional” (SARMENTO, Daniel. **A vinculación dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil.** In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderación, derechos fundamentales y relaciones privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 240). En este pensamiento, cabe al Estado, en última instancia, tutelar los derechos fundamentales, inclusive en el ámbito privado. Al tratar del tema, Virgilio Afonso da Silva así sintetiza la teoría de Jürgen Schwabe:

La doctrina del “State Action”, es contraria a la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada, fue creada por el derecho norte-americano, según la cual no existe ninguna vinculación de los particulares por los “Bill of Rights” o derechos fundamentales establecidos en la Constitución norte-americana.

La Constitución de los Estados Unidos de América, promulgada el 17 de septiembre de 1787 y ratificada el 21 de junio de 1788, es la Constitución escrita más antigua, y en vigencia, en el mundo. En 1791 recibió las diez primeras enmiendas, en un total de veintisiete hasta el día de hoy, denominadas de “Bill of Rights”, o la “Declaración de Derechos”.

Pero, la declaración de derechos de la Constitución de los Estados Unidos de América impone límites “apenas para los poderes públicos y no da a los particulares derechos frente a otros particulares”, excepto en el caso puntual de la 13ª Enmienda, existente desde 1865, que prohíbe la esclavitud¹⁶¹.

En la justificación de esa posición, la doctrina norte-americana utiliza como fundamentos “la literalidad del texto constitucional que se refiere apenas a los Poderes Públicos como sujeto pasivo de la mayoría de las cláusulas que previenen

“si un particular, en el ejercicio de un derecho fundamental, viola el derecho fundamental de otro particular y la acción del primero no era disciplinada en legislación infraconstitucional, su acción violadora debe ser analizada como permitida por el Estado. En consecuencia, como aquel que tuvo su derecho violado no dispone de instrumentos para defenderse, ya que el Estado no actuó, infraconstitucionalmente, en el sentido de protegerlo, la responsabilidad por la violación debe ser imputada al Estado y no al particular violador” (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 104). En la práctica, esa tesis funciona como si no existiese ningún vínculo entre relaciones privadas y derechos fundamentales. “Jürgen Schwabe rechaza tanto la doctrina de la aplicación inmediata, cuanto la aplicación mediata de los derechos fundamentales, entendiendo que la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas deriva del propio carácter estatal del derecho privado. En el ámbito del derecho privado, las pretensiones no representarían más de que el poder estatal sobre la forma de prohibición o de prescripción. Esa orientación, que mucho se asemeja a la doctrina americana de la ‘State Action’, tiene algo en común con la doctrina de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales a las relaciones privadas: ambas admiten una aplicación directa de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas. La diferencia básica entre ellas reside en el hecho de que para Jürgen Schwabe no hay que reflexionar sobre una eficacia horizontal (“Drittwirkung”), por cuanto los derechos fundamentales deben ser aplicados hasta incluso contra una decisión estatal (decisión legislativa; decisión judicial; ejecución judicial). Cualquiera que sea la orientación adoptada, importa recalcar que la discusión sobre aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones privadas está muy lejos de asumir contornos dogmáticos claros” (TARTUCE, Flávio. **Acórdão do STF**: horizontalización de los derechos fundamentales. Artículo publicado en 18 de janeiro de 2005. Disponible en: <<http://www.flavioartuce.adv.br/secoes/verjur.asp?art=160>>. Acceso en: 29 nov. 2010. p. 1).

¹⁶¹ “XIII: 1. No habrá, en los Estados Unidos o en cualquier lugar sujeto a su jurisdicción, ni esclavitud, ni trabajos forzados, salvo como punición por un crimen por el cual el reo haya sido deudamente condenado. 2. El Congreso tendrá competencia para hacer ejecutar este artículo por medio de las leyes necesarias (13ª Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos). ERICSON, Sylvia; WEISS, Fernando. *Op. cit.*, p. 6.

a los derechos fundamentales”; la concepción de la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales fulminaría la autonomía privada; y el argumento de que en los Estados Unidos de América compete a los Estados-miembros, y no a la Unión, legislar sobre el derecho privado, pero si le compete a las cortes federales, a pretexto de aplicar la Constitución para proteger los derechos fundamentales ahí esculpidos, interviniendo en la disciplina de las relaciones privadas, acaban por violar el espacio de autonomía de los Estados¹⁶².

Para esa teoría, que coloca sus raíces en la concepción de Estado Liberal Clásico, los derechos fundamentales establecen límites a la actuación del Poder Estatal, pero no son capaces de regular las relaciones entre particulares, o sea, sus conductas se encuentran fuera del alcance de las garantías emanadas por los derechos fundamentales.

En la disposición del preámbulo de “Bill of Rights”, ratificada el 15 de diciembre de 1791, consta lo que sigue:

Preámbulo de la Declaración de los Derechos: El Congreso de los Estados Unidos tuvo inicio y tuvo como sede la ciudad de Nueva York el Miércoles día cuatro de marzo de mil setecientos ochenta y nueve. Las Convenciones de varios Estados, en el momento de la adopción de la Constitución, expresaron un deseo de evitar la interpretación errónea o el abuso de sus poderes, de que cláusulas posteriores declaratorias y restrictivas fuesen adicionadas, extendiendo así la confianza del público en el gobierno, lo que garantizaría los fines beneficiarios de su institución. Resolvió el Senado y la Casa de los Representantes de los Estados Unidos de América, en Congreso, con dos tercios de ambas Casas, que los siguientes artículos fuesen propuestos a las legislaturas de algunos estados, como apéndices a la Constitución de los Estados Unidos, todos, o cualquiera de esos artículos, cuándo ratificados por tres cuartos tales legislaturas, a ser válidas para todos los propósitos e intenciones; como parte de esa constitución; a saber [...] ¹⁶³.

La doctrina del “State Action” se encuentra perfectamente consolidada en los Estados Unidos de América. Defiende, en resumen, una amplia libertad individual, permitiendo que las actividades privadas sean reguladas por el libre ejercicio de la autonomía de los contratantes.

¹⁶² ERICSON, Sylvia; WEISS, Fernando. *Op. cit.*, p. 6.

¹⁶³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Legislación. **Las diez primeras enmiendas à Constitución norte-americana (“Bill of Rights”), de 15 de diciembre de 1791.** *Op. cit.*

Dos son los motivos históricos que autorizaron la creación y la sobrevivencia hasta hoy de la doctrina del “State Action” en los Estados Unidos de América: la Constitución norte-americana no actual en las relaciones interpersonales, porque tal autorización alcanzaría directamente la libertad individual y la base del derecho privado norte-americano; y en razón del principio del pacto federativo norte-americano, es de competencia de los Estados federados, y no de la Unión, legislar sobre asuntos de derecho privado, excepto en el caso de cuestiones comerciales interestadales e internacionales. De acuerdo con Juan María Bilbao Ubillos¹⁶⁴:

[...] la Corte Suprema ha ampliado con carácter excepcional el radio de acción de las garantías del Estado (“State Action”), de modo que las conductas de los particulares quedan fuera del alcance de estas garantías. Los supuestos a los que se ha aplicado esta doctrina jurisprudencial pueden clasificarse, pese a su disparidad tipológica, en dos grandes apartados: por un lado, los relacionados con actividades que entrañan materialmente el ejercicio de una “función pública”, y por otro, aquéllos a los que se detecta una “conexión” o “implicación” estatal significativa en la acción impugnada por el demandante.

A pesar de no acompañar el desarrollo subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales, la Suprema Corte Norte-Americana acabo construyendo una interpretación a la doctrina del “State Action” más consecuente con la realidad contemporánea, denominada “Public Function Theory” que aún no visualiza la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, pero equipara al Estado para fines de aplicación de las directrices de los derechos fundamentales los particulares en el ejercicio de actividades de naturaleza estatal.

Además, conforme Flavio Tartuce¹⁶⁵, “a propósito de la ‘State Action’, el tema ha sido objeto de instigantes estudios y juzgamientos en los Estados Unidos de América”, que viene reconociendo aplicación de derechos fundamentales para los siguientes casos: que envuelvan derechos civiles (“The Civil Right Cases”), acuerdos privados (“Private Agreements”), o aún sobre la alegación de que la cuestión decidida demanda un concepto de función pública (“The Public Function Concept”).

¹⁶⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos privados?** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constitución, derecho fundamentales y derecho privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 308.

¹⁶⁵ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 1.

En efecto, por más que se sustente que en el sistema jurídico norteamericano los derechos fundamentales actuarían apenas como derechos públicos subjetivos de protección de los particulares contra las injerencias y desmandas del Estado, y que no existe cualquier vinculación de las relaciones jurídico-privadas a los derechos fundamentales, “la experiencia y la realidad demuestran la existencia de una fuerte tendencia a equipararse los actos privados a los actos estatales como forma de proporcionar protección a los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares”¹⁶⁶.

De cualquier modo, prevalece en los Estados Unidos de América el hecho de que los derechos fundamentales sirven solamente para proteger el individuo contra el arbitrio del Poder del Estado, pero no contra particulares.

La doctrina del “State Action” niega la incidencia de derechos fundamentales en las relaciones privadas. Según la regla, los doctrinadores norteamericanos entienden que las libertades individuales consagradas en el texto constitucional no pueden ser aplicadas en el ámbito de limitar la autonomía privada. Pero, aceptan como única hipótesis en que los derechos fundamentales pueden ser invocados directamente contra el particular, y no contra el Estado, cuando el particular actual como si fuese el Poder Público. Ese es el concepto, en breves líneas, de la doctrina conocida como “State Action”, que niega la posibilidad de actuación de los derechos humanos en las relaciones privadas, salvo si el particular actual en el lugar del Estado.

2.2.2 Teoría de los deberes de protección del Estado

En lo que respecta a la teoría de los deberes de protección, también denominada de “teoría de los imperativos de tutela”, surge como fruto del pensamiento de parte de la doctrina alemana moderna, idealizada para ser la “forma

¹⁶⁶ MARTINS, Thiago Penido. **Eficácia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en lo ordenamiento jurídico brasileño**. Trabajo publicado en los registros del XVIII Congreso Nacional del CONPEDI, realizado en São Paulo - SP en los días 04, 05, 06 e 07 de noviembre de 2009. p. 7305.

más exacta para solucionar la cuestión de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas”. Ésta teoría fue desarrollada por Claus-Wilhelm Canaris y proclama que:

[...] el Estado tendría la obligación no sólo de abstenerse de violar los derechos fundamentales, sino también de protegerlos de potenciales lesiones y amenazas viniendo de particulares en el seno social. Los particulares no sufrirían, con la aplicación de esta teoría, restricciones en su autonomía privada, una vez que no estuvieran sujetos a los derechos fundamentales, cabiendo al legislador privado la protección de esos derechos, disciplinando el comportamiento de los particulares a fin de evitarles eventuales lesiones¹⁶⁷.

Claus-Wilhelm Canaris¹⁶⁸ presupone, a principio, que solamente el Estado puede ser destinatario de las normas de derechos fundamentales, rechazando desde luego la teoría de la eficacia directa, pero admitiendo la posibilidad, incluso remota, de, en términos lógico-jurídicos, ocurrir tal incidencia directa.

De acuerdo con la teoría de los deberes de protección del Estado, el Poder Público tiene el deber plasmado en el texto constitucional de promover la protección de los derechos fundamentales frente a las lesiones y amenazas provenientes de particulares, y no apenas la obligación de no violar derechos fundamentales. Significa que el titular de un derecho fundamental también lo sería de un derecho subjetivo a la protección del Estado contra injerencias de terceros. En las palabras de Claus-Wilhelm Canaris¹⁶⁹:

[...] el objetivo principal de la función de imperativo de tutela en el ámbito de las relaciones entre particulares es, por consiguiente, el de proteger los bienes jurídico-fundamentales ante intervenciones fáticas por parte de otros sujetos de derecho privado, y de asegurar su efectiva capacidad funcional.

Al desarrollar sus ideas, el citado doctrinador alemán recuerda que en tiempos menos recientes, prevalecía en Alemania la posición según la cual la teoría de la eficacia mediata en relación a terceros valía también para el legislador en el campo del derecho privado, con la cual no concuerda, argumentando que:

¹⁶⁷ ERICSON, Sylvia; WEISS, Fernando. *Op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁶⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 107.

A mi parecer, ella [la teoría de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas] no puede ser sustentada, desde luego, por razones de lógica jurídica. Nombrada, me parece hasta una imposibilidad intelectual querer controlar la conformidad de una norma de derecho privado con los derechos fundamentales, apreciarla según una otra norma de derecho privado. Pues necesariamente éstas dos normas estarán, en términos de lógica normativa, situadas en el mismo nivel, por el que una no puede constituir un padrón de la conformidad constitucional de la otra, para lo cual habrá, también necesariamente, que tener el estatuto de una "lux superior", y tendrá, por tanto, que estar situada, en la jerarquía de las normas, en un "nivel superior" (grifos del original)¹⁷⁰.

Y concluye:

Globalmente, la posición según la cual el legislador de derecho privado sólo está vinculado mediatamente a los derechos fundamentales, esto es, por medio de los preceptos que dominan inmediatamente esa área del derecho, debe ser rechazada sin disfraz, tanto por razones de lógica normativa, como por razones prácticas. Me parece, aquí, que apenas una especie de "teorema de Miünchhausen" podría crear al jurista de derecho privado la posibilidad de levantarse a sí mismo, por sus propias fuerzas, del atolladero del derecho constitucional. Así, tal concepción conduce antes, en última instancia, a una libertad del derecho privado en frente de los derechos fundamentales (grifo del original)¹⁷¹.

El autor en comentario sustenta que los derechos fundamentales se vigorizan inmediatamente en frente de las normas de derecho privado, pero, destaca que no siempre los derechos fundamentales tendrán, para la relación entre sujetos de derecho privado, exactamente el mismo contenido y el mismo alcance que en la relación entre el ciudadano y el Estado. Más adelante traza los contornos de su teoría fundada en los deberes de protección del Estado, considerando la función de los derechos fundamentales como imperativo de tutela:

Definitivamente, se mantiene, por un lado, la posición de que apenas el Estado y destinatario de los derechos fundamentales, ya que es también sobre el cuál recae la obligación de protegerlos. Por otro lado, resulta clara la razón por la cual otros ciudadanos son también alcanzados y los derechos fundamentales producen también - de cierta forma por una vía indirecta - efectos en relación a ellos, justamente porque también en el

¹⁷⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁷¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 32.

campo jurídico-privado el Estado, o la orden jurídica, están, en principio, vinculados a proteger un ciudadano ante otro¹⁷².

En resumen, por la teoría de los deberes de protección del Estado, es deber del Estado proteger a un ciudadano ante otro ciudadano, contra una lesión de sus bienes garantizándolos por derechos fundamentales, debe ser satisfactorio también a nivel del derecho privado. Esta concepción, según sus defensores, tendría la ventaja de, por un lado, no abdicar la posición de que, en principio, apenas el Estado, y no el ciudadano, es destinatario de los derechos fundamentales, pero, por otro lado, ofrecer, igualmente, una explicación dogmática para la cuestión de saber si, y porque, el comportamiento de los sujetos de derecho privado están sometidos a la influencia de los derechos fundamentales.

2.2.3 Teoría dualista de la eficacia indirecta e inmediata

La teoría dualista de la eficacia indirecta y mediata de los derechos fundamentales comenzó a ser construida en la década del cincuenta, en la doctrina alemana, siendo que después fue acogida por el Tribunal Constitucional de aquel país, en la conocida sentencia del Caso Lüth que se transformó en un marco de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privada en los países que adoptan modelo de sistema jurídico romano-germánico¹⁷³.

¹⁷² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁷³ En el mundo contemporáneo, existen cinco sistemas jurídicos principales: el llamado "civil law" (sistema romano-germánico o sistema continental - proceso inquisitorio); el "common law" (sistema anglo-saxónico - sistema norte-americano - proceso adversarial); el "customary law" (sistema jurídico consuetudinario); el "muslim law" (sistema musulmano); y el "mixed systems" (sistema mixto - combinación de sistemas diferentes). Los sistemas más utilizados en proporción son: el sistema romano-germánico (veinticinco por ciento de los países, de entre ellos: Argentina y Brasil) y el sistema anglo-saxónico (diecinueve por ciento de los países, de entre ellos: los Estados Unidos de América). Resaltando que el sistema jurídico romano-germánico se deriva del sistema aplicado en Europa, y es utilizado en gran parte de los territorios europeos y aquellos colonizados por estos, a lo largo de la historia (UNIVERSITY OF OTTAWA, Canada's University. **World legal systems**. Ottawa, Canada: University of Ottawa, 2007. Disponible en: <<http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/eng-monde.php>>. Acceso en: 17 nov. 2010).

La teoría de la eficacia indirecta y mediata en terceros fue desarrollada por la doctrina alemana (“*mittelbare drittwirkung*”) y como representantes principales el doctrinador alemán Günther Dürig¹⁷⁴ y el Tribunal Constitucional Federal Alemán¹⁷⁵.

A pesar de las críticas que recibió la decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania que juzgó el Caso Lüth, principalmente por su contenido abstracto y vago, cuya práctica podría llevar a una gran dificultad del control de las decisiones judiciales, es preciso reconocer que fue en esa decisión que por la primera vez fue aceptada la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, pues que, independientemente de la controversia al respecto de la posibilidad de acceso a un orden de valores abstracta y desprovista de aplicabilidad concreta, los juristas alemanes fueron audaces en reconocer:

[...] la dimensión objetiva de estos derechos, libertades y garantías, los cuales, basados en su estructura normativa por la textura abierta del lenguaje constitucional, permitirían la atribución de sentido a sus enunciados deontológicos, a través de imperativos morales construidos a partir de procedimientos discursivos¹⁷⁶.

En general, los estudiosos del asunto destacan que el mayor legado del Caso Lüth fue el efecto práctico de la “eficacia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales”, produciendo el entendimiento y la convicción de que los mandamientos constitucionales de los derechos fundamentales también se expanden al ámbito de las relaciones privadas, quedando a cargo del Estado tomar las medidas necesarias para la protección del “epicentro axiológico del orden jurídico”¹⁷⁷.

Desde entonces viene creciendo la corriente de los seguidores de la tesis de la eficacia irradiante de los derechos fundamentales aplicadas a las relaciones jurídicas entre particulares, denominadas de relaciones jurídicas horizontales para

¹⁷⁴ El principal representante de la teoría dualista de la eficacia indirecta y mediata de los derechos fundamentales en las relaciones privadas es Günther Dürig, “que hablaba de una influencia apenas mediata de los derechos fundamentales sobre el derecho privado y de una tan sólo mediata aplicación de los derechos fundamentales en el derecho privado” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 29).

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 511-512.

¹⁷⁶ GOMES, Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁷⁷ GOMES, Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, p. 53.

diferenciarlas de las relaciones jurídicas verticales que se dan entre el Estado y los particulares.

La mayor dificultad en el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales está en el hecho de que el “opresor” de esos derechos en una relación entre particulares es también titular de derechos fundamentales. Por esa razón, la vinculación no podrá ocurrir del mismo modo que en frente del Estado. Por lo tanto, la problemática doctrinaria construida en torno de esa nueva visión de los derechos fundamentales reside en el “como” las normas fundamentales influyen en la relación entre los individuos (problema de construcción) y en qué medida ésta intervención debe ser efectiva (problema de colisión)¹⁷⁸.

La doctrina dualista “entiende que el canon de la libertad contractual entre las partes no podría ser restringido por el orden normativo supra legal, porque el principio referido también posee morada constitucional”. Por eso, pugnan por la “validez apenas mediata de los derechos fundamentales en la órbita privada, todo en el afán de hacer mantener el espíritu jusprivativo”. Los defensores de ese entendimiento teorizan que “la primera vinculación de la norma de derecho fundamental es afirmada con el legislador y sólo indirectamente ella podría tocar el mercado jurídico privado (personas físicas y jurídicas)”¹⁷⁹.

Conforme esclarece Juan María Bilbao Ubillos¹⁸⁰, la teoría de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en la esfera de las relaciones jurídicas privadas:

[...] es una solución intermedia que trata de sortear los escollos de orden dogmático que han venido dificultando el reconocimiento general de la “Drittwirkung” en su versión pura. Esto se consigue condicionando la

¹⁷⁸ “Actualmente se acepta, en general, que las normas fundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal. Lo que se discute es como y en qué medida ejercen esta influencia. En la cuestión acerca de cómo las normas fundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un problema de construcción. La cuestión acerca de en qué medida lo hacen formula un problema material, es decir, un problema de colisión. Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos Fundamentales” (ALEXY, *Robet. Op. cit.*, p. 510-511).

¹⁷⁹ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Op. cit.*, p. 86.

¹⁸⁰ UBILLOS, Juan María Bilbao. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos privados?** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Op. cit.*, p. 311.

operatividad de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones privadas a la mediación de un órgano del Estado, que además de estar vinculado directamente a estos derechos ha de ser consecuente con el deber de protección que se deriva de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Se requiere concretamente la intervención del legislador o la recepción a través del juez, en el momento de interpretar la norma aplicable al caso.

De acuerdo con la teoría de efecto mediato, los derechos fundamentales, en cuanto a decisiones valorativas o normas objetivas, se irradian en la interpretación del derecho privado, sobre todo en la concretización de las cláusulas generales. Además, tal influencia puede hacerse presente en toda interpretación de una norma de derecho privado y, en casos especiales, si se extiende hasta a la justificación de decisiones contrarias al texto de la ley. No obstante el reflejo de los derechos fundamentales, “las normas de derecho privado deberían seguir siendo normas de derecho privado y los derechos y deberes fundamentados por ellos, derechos y deberes de derecho privado”¹⁸¹.

Esta teoría dualista de la eficacia indirecta o mediata se coloca en un nivel interpretativo intermedio entre aquellos que niegan cualquier vinculación de los particulares a los derechos fundamentales y aquellos que defienden la aplicación inmediata. La diferencia esencial, de acuerdo con Daniel Sarmento¹⁸², consiste en el reconocimiento de los dualistas “de que los derechos fundamentales expresen una orden de valores que se irradia por todos los campos del ordenamiento, inclusive sobre el derecho privado, cuyas normas tienen que ser interpretadas a su luz”.

Para esta teoría, los derechos, libertades y garantías fundamentales tendrían una eficacia indirecta en las relaciones privadas, pues su vínculo ya que ejercería *prima facie* sobre el legislador, que sería obligado a conformar las referidas relaciones obedeciendo a los principios materiales positivados en las normas de derecho, libertad y garantías¹⁸³.

En esencia, los defensores de esa teoría sustentan que los derechos fundamentales deben ser aplicados en el ámbito privado, pero niegan la aplicación directa del derecho constitucional, o sea, entienden que compete al legislador

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 512.

¹⁸² SARMENTO, Daniel. **Derechos fundamentales e relaciones privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006. p. 199.

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Derecho constitucional y teoría de la Constitución**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1287.

privado la tarea de mediar a la aplicación de los derechos fundamentales sobre los particulares, fijando límites para determinados derechos individuales y observando rigurosamente los límites establecidos por la Constitución para la imposición de restricciones o de limitaciones. Por lo tanto, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas se daría por medio de mecanismos del derecho civil y no a través de los instrumentos del derecho constitucional.

2.2.4 Teoría monista de la eficacia directa e inmediata

La teoría de la eficacia directa e inmediata tiene como ejemplo más citado la doctrina portuguesa y tiene como principales defensores Hans Carl Nipperdeym (1895-1968) y la Cámara Primera del Tribunal Federal del Trabajo alemán¹⁸⁴.

De acuerdo con esta teoría, los derechos, libertad, garantías y derechos fundamentales y de naturaleza análoga se aplican obligatoria y directamente en el comercio jurídico entre entidades privadas individuales o colectivas.

Para Marcelo Novelino¹⁸⁵, según la teoría de la eficacia horizontal directa, la incidencia de los derechos fundamentales irradia obligatoriamente sobre las relaciones entre particulares, “independientemente de cualquier intermediación legislativa”, mismo que “no se niegue la existencia de ciertas especificidades en esta aplicación, bien como la necesidad de ponderación de los derechos fundamentales con la autonomía de la voluntad”.

En este pensamiento, conforme José Joaquim Gomes Canotilho¹⁸⁶, las normas que comportan derechos fundamentales tendrían eficacia absoluta, pudiendo los individuos hacer apelo a los derechos, libertades y garantías sin cualquier necesidad de mediación para concretizar los poderes públicos.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 512.

¹⁸⁵ NOVELINO, Marcelo. **Derecho Constitucional**. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2008. p. 233.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1286-1287.

En las palabras de Robert Alexy¹⁸⁷, la teoría del efecto inmediato en terceros, sostiene que:

[...] los derechos fundamentales en el sentido clásico, estricto, en tanto derechos subjetivos públicos se dirigen sólo contra el Estado. Al igual que en el caso de la teoría de la influencia mediata en terceros, la influencia de las normas de derecho fundamental en el derecho privado habría de resultar de su propiedad como derecho constitucional objetivo, vinculante. La diferencia consiste en que los principios objetivos no habrían de afectar la relación ciudadano/ciudadano influyendo en la interpretación de las normas de derecho privado sino en el sentido de que de ellos fluyen directamente también derechos privados subjetivos del individuo.

No entendimiento de Rogério Magnus Varela Gonçalves¹⁸⁸:

La corriente monista aboga la tesis de que ante la supremacía constitucional y la consiguiente posición cimera disfrutada por la Constitución en la estructura vertical del derecho, no se podría huir de la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales en la órbita privada. Así siendo, la norma de derecho fundamental no tendría como destinatario directo apenas el legislador (en lo institucional papel de elaborador de normas infra constitucionales conformadas por los derechos fundamentales), alcanzando las relaciones ínter privadas.

En Brasil, partiéndose de la premisa de que “las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata” (párrafo 1º, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988), puede decirse que el Constituyente de 1988 adoptó la teoría del efectivísimo máxima de los derechos fundamentales, abarcando la horizontalidad y la verticalidad de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la corriente doctrinaria que adopta esa teoría, a ejemplo de Robert Alexy, que se manifiesta contrario a la tesis del Tribunal Constitucional Federal alemán que viene adoptando la teoría de la eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales, reconoce que ni siempre es posible utilizar la teoría de la eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales, haya vista que el

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 512.

¹⁸⁸ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Op. cit.*, p. 85.

contenido de algunos derechos fundamentales no tienen naturaleza de eficacia plena, pero, contenida o mismo limitada¹⁸⁹.

Según esa teoría, la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se da del mismo modo que ocurra en las relaciones del tipo Estado-ciudadano, o sea, sin la necesidad de intermediación del legislador privado.

2.2.5 Teoría integradora

La teoría integradora es una especie de posición de promedio donde la validez de los derechos fundamentales en las relaciones inter-privadas debe darse con el análisis del caso concreto. Es que considerando, por lo tanto, la naturaleza principio lógica de los derechos fundamentales¹⁹⁰, la búsqueda por la efectividad

¹⁸⁹ cuanto a la aplicabilidad, las normas constitucionales son clasificadas por la doctrina en normas constitucionales de eficacia plena, normas constitucionales de eficacia contenida y normas constitucionales de eficacia limitada: “en Brasil, autores del mejor linaje elaboraron cortes parciales que iluminaran aspectos específicos del tema. El estudio sistemático pionero en la materia se debe a José Afonso da Silva, en notable monografía escrita en 1968 y reeditada en 1982, cuya énfasis recaía en la eficacia de las normas constitucionales. copiada en la lección de Rui Barbosa, asentó el eminente Profesor de la Universidad de São Paulo que no hay, en una Constitución, una cláusula a que se deba atribuir meramente el valor moral de consejos, avisos o lecciones. Todas tienen la fuerza imperativa de reglas, dictadas por la soberanía nacional o popular a sus órganos. En seguida, elaboro, sobre inspiración de la doctrina italiana, su célebre clasificación tricotómica de las normas constitucionales, dividiéndolas en: a) normas constitucionales de eficacia plena y aplicabilidad inmediata; b) normas constitucionales de eficacia contenida y aplicabilidad inmediata, pero plausible de restricción; c) normas constitucionales de eficacia limitada o reducida (que comprenden las normas definidoras de principio institutivo y las definidoras de principio programático), en general dependientes de integración infraconstitucional para operaren a plenitud de sus efectos. De acuerdo con esa formulación, normas de eficacia plena son las que recibirán del constituyente normatividad suficiente a su incidencia inmediata e independen de providencia normativa ulterior para su aplicación. Normas de eficacia contenida son las que recibirán, igualmente, normatividad suficiente para regir los intereses de que meditan, pero prevén medios normativos (leyes integradoras, conceptos genéricos etc.) que les pueden reducir la eficacia y aplicabilidad. Por último, normas de eficacia limitada son las que no recibirán del constituyente normatividad suficiente para su aplicación, el cual dejo al legislador ordinario la tarea de completar la reglamentación de las materias en ellas trazadas en principio o esquema” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de derecho constitucional contemporáneo: los fundamentos constitucionales y la Constitución del nuevo modelo.**.. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 212-213).

¹⁹⁰ “Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está

plena de los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados legitima la conjugación de las teorías de la eficacia horizontal directa e indirecta.

De acuerdo con Robert Alexy¹⁹¹, vía de regla la discusión sobre la polémica acerca de la eficacia irradiante de los derechos fundamentales a las relaciones jurídicas entre particulares parte de la premisa de que apenas una de las teorías es correcta, o sea, o la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es directa o indirecta. En su pensamiento, esta suposición es falsa, argumentando que apenas un modelo que abarque todos los aspectos puede ofrecer una solución completa y, en este sentido, adecuada.

El modelo sugerido por Robert Alexy¹⁹² posee tres niveles: de los deberes del Estado, de los derechos frente al Estado y de las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado. Enfatiza que entre estos tres niveles no existe una relación de graduación, pero una relación de implicación recíproca.

Para Robert Alexy¹⁹³ la teoría de efecto mediato está situada en el nivel de los deberes del Estado. Citando parte de la decisión del Caso Lüth, el citado autor explica que por fuerza de mandamiento constitucional, el juez tiene que juzgar si las normas materiales de derecho civil a ser por el aplicadas no son influenciadas por el derecho fundamental de la forma descrita; si eso ocurren, entonces el necesita observar la modificación del derecho privado que resulta de esta influencia junto a la interpretación y aplicación de aquellas normas. Este sería, entonces, el sentido de la vinculación del juez civil a los derechos fundamentales. Si el falla en la aplicación de estos criterios y si su sentencia se basa en la inobservancia de esta influencia constitucional sobre las normas de derecho civil, el irá no solamente infringir el derecho constitucional objetivo, en la medida en que ignorará el contenido de la norma de derecho fundamental (en cuanto norma objetiva), pero también violará, por medio de su decisión y una vez invertido del poder público, el derecho fundamental a

ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental" (ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 112).

¹⁹¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 514.

¹⁹² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 515.

¹⁹³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 516.

cuya observancia por el Judiciario el ciudadano también tiene el derecho subjetivo constitucional.

El segundo nivel de su teoría integradora es el de los derechos frente al Estado, relevantes para su influencia en terceros. Esclarece que el hecho de que en la interpretación y aplicación de las normas de derecho civil el juez deba tener en cuenta la orden valorativa de los derechos fundamentales no dice, todavía, que si viola este deber lesiona derechos fundamentales en la forma de derechos subjetivos:

Una eficacia indirecta expresa la idea de irradiación de los derechos fundamentales en el ámbito privado por medio de las disposiciones legales que rigen el derecho civil, especialmente las llamadas cláusulas generales, e imputa la violación de derechos fundamentales, en el caso concreto, al juez que, llamado a resolver una demanda civil basada en derechos fundamentales, no decide de manera correcta sobre la eficacia de esos derechos en la esfera privada. La eficacia opera indirectamente, o sea, por la mediación de un órgano del Estado (legislador, juez), que está vinculado directamente a los derechos fundamentales¹⁹⁴.

En el tercer nivel se trata de los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los sujetos privados, que para Robert Alexy¹⁹⁵ debe ser de efecto inmediato en terceros. En las explicaciones de André Rufino do Vale¹⁹⁶:

[...] una eficacia directa representa la incidencia inmediata, sin concretizaciones intermediarias, de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, frente a violaciones procedentes de sujetos privados. [...], la doctrina de la eficacia inmediata reivindica la aplicación de la norma constitucional como razón primaria y justificadora de una determinada decisión.

Según Vieira de Andrade¹⁹⁷, aquellos que se afilian a la teoría de la eficacia horizontal directa o inmediata pretenden dar mayor protección a los individuos en las

¹⁹⁴ VALE, André Rufino do. **Drittwirkung de derechos fundamentales y asociaciones privadas**. In: *Revista de Derecho Público*, Doutrina Brasileira, nº 9, p. 51-74., jul./ago./set., 2005. p. 61.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 520.

¹⁹⁶ VALE, André Rufino do. *Op. cit.*, p. 61.

¹⁹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os derecho, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, derecho fundamentales e derecho privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 284-285.

relaciones con empresas privadas e individuos más poderosos, revelando sensibilidad especial a las relaciones de desigualdad que se multiplican en el mundo del trabajo, de la política, de la vida social y mismo de la vida familiar.

Rogério Magnus Varela Gonçalves¹⁹⁸ verifica que “además de la polarización de la discusión entre los que defienden la corriente monista y los partidarios del pensar dualista, nuevos argumentos son puestos en esta discusión”. Se trata de una “tercera posibilidad de respuesta” a la indagación sobre la eficacia de los derechos humanos fundamentales en las relaciones privadas, basada en la justificativa de que “las dos corrientes anteriormente explicitadas pecan por la respuesta pré-concebida al cuestionamiento de la validez de los derechos fundamentales en el área privada”. Para esa corriente de pensamiento, aquí nombrada de “posición de promedio”, “la respuesta tanto puede ser por la aplicación directa, cuanto por la indirecta de los derechos fundamentales en determinada relación jurídica privada”, esto es, “se debe analizar el caso concreto para, solo entonces y teniendo en vista un aceptable equilibrio de fuerzas entre los que pactan, definir sobre la validez automática o diferida de los derechos fundamentales entre los particulares”. En este pensamiento cualquier conclusión *a priori* sería equivocada.

En resumen, en este pensamiento la aplicación de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales será directa siempre que el enunciado y si su naturaleza lo permite, caso contrario será indirecto. Por lo tanto, el tipo de derecho fundamental y el modo como se configura la relación jurídica privada serán determinantes para la delimitación de una eficacia mediata o inmediata, o sea, de una prelación de la autonomía privada o del derecho fundamental en cuestión. Todo se resume, de ese modo, “en la ponderación entre autonomía privada y derecho fundamental¹⁹⁹”.

También para André Rufino do Vale²⁰⁰ las teorías monistas y dualistas no serían contrapuestas, pero complementarias, prevaleciendo una u otra dependiendo del caso concreto y de la ponderación entre la autonomía privada y derecho fundamental:

¹⁹⁸ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Op. cit.*, p. 89-90.

¹⁹⁹ VALE, André Rufino do. *Op. cit.*, p. 62.

²⁰⁰ VALE, André Rufino do. *Op. cit.*, p. 61.

Una eficacia indirecta expresa la idea de irradiación de los derechos fundamentales en el ámbito privado por medio de las disposiciones legales que rigen el derecho civil, moramente las llamadas cláusulas generales, e imputa la violación de derechos fundamentales, en el caso concreto, al juez que, llamado a resolver una demanda civil basada en derechos fundamentales, no decide de manera correcta sobre la eficacia de esos derechos en la esfera privada. La eficacia opera indirectamente, o sea, por la mediación de un órgano del Estado (legislador, juez), que está vinculado directamente a los derechos fundamentales. Como se puede percibir, una eficacia directa representa la incidencia inmediata, sin concretizaciones intermediarias, de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, frente a violaciones procedentes de sujetos privados. [...], la doctrina de la eficacia inmediata reivindica la aplicación de la norma constitucional como razón primaria y justificadora de una determinada decisión.

Y concluye:

Así, el tipo de derecho fundamental y el modo como se configura la relación jurídica privada serán determinantes para la delimitación de una eficacia mediata o inmediata, o sea, de una prevalecia de la autonomía privada o del derecho fundamental en cuestión. Todo se resume, por tanto, en la ponderación entre autonomía privada y derecho fundamental. En el caso de las asociaciones privadas, el conflicto se instala entre la autonomía del grupo y los derechos de los individuos asociados.

La cuestión está justamente en esa búsqueda de la conciliación de la tensión existente a la tutela efectiva de los derechos fundamentales y a protección de la autonomía privada del individuo de otro.

En Brasil existe una fuerte corriente doctrinaria en el sentido de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, con fundamento en la aplicación inmediata de las normas de derechos y garantías fundamentales constitucionales, asegurada por el párrafo 1º, del artículo 5º, de la Constitución Federal brasileña de 1988 (“las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tiene aplicación inmediata”).

Se entiende, juntamente con José Joaquim Gomes Canotilho²⁰¹, que “el problema de la eficacia de los derechos y garantías fundamentales en la orden jurídica privada tiende hoy para una superación de la dicotomía eficacia mediata/eficacia inmediata a favor de soluciones diferenciadas”, ya que la cuestión

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1.289 e ss.

de la eficacia horizontal se introduce en el ámbito de la función de protección de los derechos fundamentales, independientemente de donde viene la lesión, si del Estado o de personas privadas individuales o colectivas.

Por lo tanto, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales para ser entendida con agilidad, debe llevarse en consideración la pluralidad de funciones de los derechos fundamentales, de manera a permitir soluciones diferenciadas y adecuadas, “conforme lo referente de derecho fundamental que estuviera en *causa* en el caso concreto”²⁰². La búsqueda de soluciones diferenciadas debe tener en consideración, de un lado la especificidad del derecho privado y de otro el significado de los derechos fundamentales en la orden jurídica en su totalidad.

Esas teorías demuestran el Estado actual del conocimiento doctrinario sobre la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales.

Dando prosequimiento a la línea de investigación adoptada para este estudio, en el capítulo siguiente la intención es presentar las normas de derechos fundamentales en los moldes de la Constitución Federal brasileña de 1988 y en la Constitución Nacional argentina de 1853.

Dando prosequimiento a la línea de investigación adoptada para este estudio, en el capítulo siguiente la intención es presentar las normas de derechos fundamentales en los moldes de la Constitución Federal brasileña y en la Constitución Nacional Argentina.

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1.289.

3 ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La investigación acerca del tratamiento dado a las normas de derechos fundamentales en la Constitución Federal brasileña y la Constitución de La Nación Argentina tiene el propósito de contribuir para la construcción del conocimiento sobre el sentido y alcance dados por esos países a los derechos y libertad fundamental y de descubrir a quien alcanzan las prohibiciones, acciones u omisiones que esos derechos que se comportan concretamente, si solamente constituyen límites a la acción de los poderes públicos, o si, al revés, funcionan como medios de imposición de restricciones a la acción de todos los miembros de una comunidad, inclusive en las relaciones entre particulares.

De fato, uno de los problemas contemporáneos del derecho, de mayor cambio y difícil de ser resuelto, se dice al respecto a las relaciones entre particulares, espacio donde siempre se aplico el principio de la autonomía de la voluntad, sin límites, obstáculo o cualquier intervención por parte del Estado. En este sentido, la cuestión que emerge es verificar y decidir en que medida los derechos fundamentales funcionan como límites a la autonomía privada. Dicho de otro modo, el Estado debe intervenir para legitimar el resultado de la actuación libre de los particulares o para asegurar que las esferas individuales sean protegidas por los derechos fundamentales. En esta última hipótesis el Estado interviene en la regulación de los derechos fundamentales con la intención de protegerlos.

Las respuestas a este dilema de hoy vivido por el Estado son dadas por el derecho constitucional y dependen de la interpretación que se hace de los preceptos contenidos en las Constituciones.

Como decorrência de la regla de supremacía constitucional, los principios generales del derecho constitucional positivo tiene aplicación sobre todos los de más ramos de la ciencia jurídica, inclusive el derecho privado²⁰³.

²⁰³ "Al situarse en la cúspide normativa las constituciones manifestarán una incidencia en todo el ordenamiento jurídico, inclusive en el Derecho privado, como consecuencia del principio de supremacía constitucional. De esta forma, será la Constitución la que albergará una serie de principios básicos rectores de la sociedad. La Constitución aparece así como germen principal

Por lo tanto, además de ocuparse con los aspectos de la estructura del Estado, las Constituciones contemporáneas pasaron a establecer límites del ejercicio del poder y a tratar reglamentaciones de la libertad y de los derechos fundamentales de las personas.

Con efecto, la Constitución representa para un país, hoy, la base normativa (reglas y principios²⁰⁴) de todas las relaciones que interesan al derecho, sean ellas públicas o privadas, y es exactamente así que sucede en las Constituciones brasileña y argentina: los intereses públicos y los intereses privados componen una visible unificación y sistematización orgánica.

Existe de un lado la tendencia de progresiva invasión de los más variados sectores de vida privada por el derecho público, en la igual medida en que sucede la injerencia del derecho privado en el derecho público. Por lo tanto, la idea según la cual la repartición entre derecho público y derecho privado es paralela a la distinción entre esfera pública y esfera privada está ultrapasada. En verdad, a propósito de la evolución histórica del Estado y de la Administración Pública, es incontestable a menos de que nunca, estado y sociedad forman compartimientos lagunas, separados uno del otro: la interpenetración o participación mutua es cada vez más intensa. Yves Madiot²⁰⁵ va mismo al punto de preguntar si hoy en día “no es todo mixto en derecho público y en derecho privado”, pues frecuentemente las reglas de derecho público y de derecho privado están estrechamente unidas.

La constitucionalización de los derechos no restó la importancia del derecho privado, al contrario, promovió sus reconstrucciones para asegurar su función social garantizar la aplicación de derechos fundamentales también en

del Ordenamiento, ya que en ella se encuentra la primera y más inmediata derivación normativa de los valores inspiradores del modelo organizativo social que guiarán todo el Ordenamiento jurídico inclusive, en las relaciones inter-individuales” (RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique. *Op. cit.*, p. 05).

²⁰⁴ El sistema jurídico del Estado de Derecho Democrático es un sistema normativo abierto de reglas y principios. Este punto de partida carece de “descodificación”: a) es un sistema jurídico porque es un sistema dinámico de normas; b) es un sistema abierto porque tiene una estructura dialógica, traducida en la disponibilidad y “capacidad de aprendizaje” de las normas constitucionales para captar el cambio de la realidad y estar abiertas a las concepciones cambiantes de la “verdad” y de la “justicia”; c) es un sistema normativo, porque la estructuración de las expectativas referentes a valores, programas, funciones y personas, es hecha a través de normas; y c) es un sistema de reglas y de principios, pues las normas del sistema tanto pueden revelarse sobre la forma de principios como sobre su forma de reglas (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1.289).

²⁰⁵ Yves Madiot *apud* ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p.156.

las relaciones entre particulares. Roberto Enrique Rodríguez Meléndez²⁰⁶ sintetiza ese fenómeno de la constitucionalización del derecho civil del siguiente modo:

Será la configuración del Estado como Social de Derecho, la que culmina en alguna forma con una evolución en la consecución de los fines de interés general, la que armoniza una acción mutua entre Estado y sociedad, y difuminará la dicotomía derecho-público, derecho-privado, lo cual no significa, que esta interacción y la consiguiente “diseminación” antes señalada, implique a su vez la desaparición de las respectivas categorías o ámbitos de público y privado: “Es decir, no puede interpretarse en el sentido de la completa confusión entre Estado y sociedad y la improcedencia de toda distinción funcional y técnica entre derecho público y privado” (manuscrito del original).

Ese proceso de constitucionalización del derecho privado promovió una mudanza de paradigma. En el pasado los presupuestos teóricos del constitucionalismo se asentaban en la tradición fundada en la idealización de una esfera de libertad frente al poder. Hoy, se tiende para el reconocimiento del efecto horizontal de los derechos fundamentales, o por lo menos su garantía constitucional frente a eventuales vulneraciones de esos derechos efectuados por particulares. No en tanto, es preciso reconocer que el derecho constitucional contemporáneo de ese inicio del siglo transitorio, ya que buena parte de las Constituciones en vigor aun no reconoce por medio de pronunciamiento expreso, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Las violaciones a los derechos fundamentales en las relaciones privadas no son frecuentes y mucho menos banales. La intimidad, la libertad de expresión y la igualdad²⁰⁷ son derechos fundamentales fácilmente vulnerables

²⁰⁶ RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique. *Op. cit.*, p. 06.

²⁰⁷ Por ejemplo: “un supermercado despide a una empleada, al enterarse de que esta no es de la misma religión que sus patronos, y ésta reclama ante los tribunales competentes una violación al derecho a la libertad de pensamiento y de religión; un centro comercial invoca, como facultad inherente a su propiedad, el exigir la salida de personas que han penetrado en ella para difundir verbalmente y por escrito ideas de carácter político, y estos ciudadanos a su vez señalan que su expulsión de esta propiedad sería una violación de su derecho a la libertad de expresión amparada por la Constitución; una mujer alega que en la selección y promoción de trabajadores dentro de una empresa privada, se sigue un proceso a través del cual se discrimina a las personas por razón de género, mientras que la empresa justifica su selección fundamentándose en la libertad de contratación; los miembros de una institución ecológica inician acciones por la contaminación medio ambiental efectuada por determinadas empresas

en las relaciones privadas, por eso de la importancia y, más que eso, de la necesidad de que sean previstos, en todo ordenamiento jurídico, mecanismos de protección en caso de su violación, así cuando en las relaciones jurídicas entre particulares.

Los derechos humanos fundamentales son indivisibles²⁰⁸, pero para mejor entenderlos en la historia²⁰⁹ la doctrina los clasifico en tres generaciones o dimensiones²¹⁰:

privadas, mientras estas, a su vez alegan en los medios de comunicación la importancia de las fuentes de trabajo y la libertad de empresa; un menor de edad denuncia el maltrato psicológico a que es sometido por miembros de su familia y estos señalan su potestad para corregirlo y educarlo” (RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique. *Op. cit.*, p. 08).

²⁰⁸ La indivisibilidad de los derechos fundamentales fue discutida, a principio, en la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos, proclamada por la Conferencia de Derechos Humanos en Teerã el 13 de mayo de 1968. En las palabras de Antônio Augusto Cançado Trindade: “el divisor de aguas, en ese sentido, fue la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada en Teerã en 1968, dos años después a la adopción de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La Conferencia proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos, afirmando que la realización plena de los derechos civiles y políticos será imposible sin el gozo de los derechos económicos, sociales y culturales (TRINDADE, Antonio Augusto Cansado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. I. Porto Alegre: SAFE, 1997. p. 359). Proclamación de Teerã, 1968, ítem 13: “como los derechos humanos y la libertad fundamental son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el gozo de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La realización de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de buenas y eficientes políticas internacionales de desarrollo económico y social; [...]”. Consta en el décimo párrafo del preámbulo de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986, el que sigue: “preocupada con la existencia de serios obstáculos al desarrollo, así como a la completa realización de los seres humanos y de los pueblos, constituidos, entre otras, por la negación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y considerando que todos los derechos humanos y la libertad fundamental son indivisibles e interdependientes, y que, para promover el desarrollo, deben ser dadas atenciones igual y consideración urgente a la implementación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y que, por consiguiente, la promoción, el respeto y el gozo de ciertos derechos humanos y libertad fundamental no pueden justificar la negación de otros derechos humanos y libertad fundamental; Considerando que la paz y la seguridad internacional son elementos esenciales a la realización del derecho al desarrollo” (DERECHO INTERNACIONAL, Legislación. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Adoptada por la Resolución nº 41/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 04 de diciembre de 1986. Disponible en: <<http://www.cedin.com.br>>. Acesso em: 29 dez. 2010).

²⁰⁹ Esta clasificación de los derechos fundamentales fue refutada por parte de la doctrina, de entre ellos Antônio Augusto Cançado Trindade: “[...] la analogía de la sucesión generacional de derechos, del punto de vista de la evolución del derecho internacional en esta área, si quiera parece históricamente correcta; todo indica haber cierto descompás entre la evolución del derecho interno y en el derecho internacional, evolución esta que no se dio *pari passu*. Así, por ejemplo, en cuanto en el derecho interno o reconocimiento de los derechos sociales fue históricamente posterior al de los derechos civiles y políticos, en el plano internacional ocurrió lo contrario, conforme ejemplificado por las sucesivas y numerosas convenciones internacionales del trabajo, a partir del establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo - OIT”, en 1919 [la Organización Internacional del Trabajo fue criada por la Conferencia de Paz después de la Primera Guerra Mundial. Su Constitución se convirtió en la Parte XIII del

a) Características de la “primera dimensión de los derechos fundamentales”: son individuales, civiles, políticos y penales, y se divide en ramas, un ejemplo del derecho penal, del derecho civil y del derecho constitucional.

Vía de regla los doctrinadores conciben que los derechos definidos como de “primera dimensión” sirven para fortalecer la sociedad civil y la libertad de los individuos en la relación con los poderes del Estado. Dar acuerdo con la interpretación de Pietro de Jesús Lora Alarcón²¹¹, “este proceso de reconocimiento de la libertad del ser humano, plasmado en declaraciones o constituciones escritas, fue acompañado, desde 1770, por el raciocinio filosófico”, razón por la cual:

[...] es significativa la mención al pensamiento de Immanuel Kant [filósofo alemán 1724-1804] que, indubitadamente, va a tener una contribución generosa al entendimiento del concepto de vida humana. Y que, en cuanto política, jurídica y económicamente se trabaja el campo de la libertad humana, por otra parte, filosóficamente, Immanuel Kant abría el espacio al entendimiento del individuo como ser dotado de dignidad, el que genero, cuanto a los raciocinios sobre a libertad, una revolución en el pensamiento sobre la razón de la vida humana.

Esa evolución del concepto de derechos fundamentales es reconocido por el tratamiento del individuo como sujeto calificado como “digno”, apartándolo por lo tanto, de las “cosas”, teniendo en vista que “no deriva de una especial dimensión (indivisibilidad, racionalidad y *libero arbitrio*) si no que se desprende de una consideración ética”²¹².

Tratado de Versalles] (TRINDAD, Antônio Augusto Cansado. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 41).

²¹⁰ En este estudio, para fines didácticos, se adopta la expresión “dimensión de los derechos humanos” en el lugar de la clásica expresión “generaciones de derechos”, porque el termino “generación” significa “sobre posición”, siendo que en el caso en tela, no se trata de la sobre posición de una dimensión del derecho sobre otra, pero de dimensiones teórico-doctrinarias diferentes del mismo concepto de derechos fundamentales.

²¹¹ ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Patrimonio genético humano: y su protección en la Constitución Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004. p. 72-73.

²¹² La persona humana puede ser definida como aquel ser que tiene un fin en si mismo, y que, por eso, posee dignidad, lo que lo diferencia de las cosas, que tiene un fin fuera de si, que sirven como simple medio para fines ajenos y, por tanto, tiene precio (ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.*, p. 73).

La consagración de esa libertad en una primera dimensión, inaugura el carácter de subjetividad de ese tipo de derechos, actualmente definidos como “fundamentales”. Son derechos del particular, ya que indican y aseguran a la situación jurídica del individuo, un *status* jurídico material concretamente determinado aun que no ilimitado. En la concepción de Pietro de Jesús Lora Alarcón²¹³:

Asumidos como derechos subjetivos, los derechos fundamentales son derechos de defensa delante los poderes estatales. Como elemento de la orden colectiva, traducen una competencia negativa de los poderes estatales delante el status del individuo, aun que una positiva de respaldo a la concretización de ese mismo status.

Por lo tanto, la primera dimensión de derechos fundamentales, con destaque para los derechos del individuo, señala la separación entre Estado y no Estado, consagrando, así, el combate al absolutismo, la secularización del poder político y el capitalismo.

Los derechos fundamentales de primera dimensión, según Alexandre de Moraes,²¹⁴ “son los derechos y garantías individuales y políticos clásicos (libertad pública), surgidos institucionalmente a partir de la “Magna Charta”, de 1215”²¹⁵, pero que ganaron expresión moderna con John Locke (1632 - 1704), Adam Smith (1723-1790), y del francés Jean-Nicolas Pache (1746-1823), este último autor de la frase “Libertad, Igualdad y Fraternidad” (*Liberté, Egalité, Fraternité*), proclamada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, decurrente de la Revolución Francesa que ocurrió entre 05 de mayo de 1789 y 09 de noviembre de 1799. En las palabras de Marcono del Ó Catão²¹⁶ sobre el asunto:

La primera generación de derechos fundamentales corresponde a los derechos individuales y políticos y a la nacionalidad o “derechos de

²¹³ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.*, p. 77.

²¹⁴ MORAES, Alexandre de. 2003. *Op. cit.*, p. 59.

²¹⁵ INGLATERRA, Constitución (1215). “**Magna Charta**”. Otorgada por el entonces Rey João Sin Tierra, en Runnymede, cerca de Windsor, en el año de 1215. Disponible en: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

²¹⁶ EL CATÃO, Marcono do. **Biodireito**: trasplante de órganos humanos y derechos de personalidad. São Paulo: Madras, 2004. p. 67.

libertad”, típicos del Estado Liberal. Los derechos fundamentales de esa generación son caracterizados por el establecimiento, relativamente al Estado, de un deber de abstención, esto es, son derechos aseguradores de una esfera de acción personal propia, inhibidora de la acción estatal, de forma que el Estado los satisface por no actuar. La clasificación doctrinaria de los derechos fundamentales, cuanto a la prestación estatal, establece que tales derechos son negativos, pues determinan un no-hacer o una prestación negativa por parte del Estado²¹⁷.

Esencialmente, se puede afirmar que las democracias representativas modernas solo se tornaron posibles y sólidas en razón de la aceptación generalizada de los valores existentes en la primera dimensión de los derechos fundamentales del ser humano.

b) Características de la “segunda dimensión de los derechos fundamentales”: son colectivos, sociales y económicos.

Los derechos humanos de segunda dimensión nacen de la confrontación entre el pensamiento liberal y las ideas socialistas en el siglo XIX. Emergen con la acepción de un nuevo modelo de Estado, identificado en la doctrina como “Estado Social de Derecho”, que tuvo inicio en el comienzo del siglo XX en virtud de acontecimientos políticos impulsados por la necesidad de superación del anterior Estado Liberal²¹⁸.

²¹⁷ Ó CATÃO, Marcono do. *Op. cit.*, p. 67.

²¹⁸ Esos acontecimientos del siglo XX son los grandes conflictos mundiales, el genocidio nazi y la destrucción de ciudades japonesas por la bomba atómica promovida por los Estados Unidos de América, que representaron violaciones sistemáticas y desenfrenadas de los derechos del hombre y del ciudadano, movilizando gobiernos, entidades y movimientos sociales, en diferentes países, en la búsqueda de padrones aceptables de convivencia entre las naciones y en su interior. “El documento que sintetiza esas preocupaciones y que se constituye en la gran referencia hasta hoy es la ‘Declaración Universal de Derechos Humanos’, votada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas - ONU el 10 de diciembre de 1948. Esa declaración incorpora la primera y la segunda generación de los derechos, esto es, los derechos civiles y políticos formulados en las luchas contra el Absolutismo, en los siglos XVII y XVIII, y los derechos sociales, económicos y culturales, propuestos por los movimientos sindicales y populares durante los siglos XIX y XX” (ÉRNICA, Maurício; ISAAC, Alexandre; MACHADO, Ronilde Rocha. **O direito de ter direitos**. In: *Educarese*, Cuaderno “Ciudadanía - La Conquista de los Derechos, 07 de octubre de 2003. Disponible en: <http://www.educarede.org.br/educa/oassuntoe/index.cfm?pagina=interna&id_tema=7&id_subtema=4&cd_area_atv=1&vTitulo=Para%20Entender#maquina1>. Acesso em: 05 jan. 2011. p. 1).

Themistocles Brandão Cavalcanti²¹⁹ (1899 - 1980), refiriéndose a los denominados derechos fundamentales de segunda dimensión, surgidos en el inicio del siglo pasado, analizó que:

[...] el comienzo de nuestro siglo [siglo XX] vio la inclusión de una nueva categoría de derechos en las declaraciones y, aun más recientemente, en los principios garantes de la libertad de las naciones y de las normas de la convivencia internacional. Entre los derechos llamados sociales, se incluyen aquellos relacionados con el trabajo, el seguro social, la subsistencia, el amparo a la enfermedad, a la vejez etc.

Con efecto, la segunda dimensión de derechos fundamentales sucedió en el inicio del siglo XX:

Marcado por convulsiones bélicas, crisis económicas, cambios sociales y culturales y progreso técnico sin precedentes (pero no sin contradicciones), el siglo XX es, mucho más que el siglo anterior, la era de las ideologías y de las revoluciones. [...] Y, por tanto, un siglo en que el derecho público sufre poderosísimos embates y en que a la fase liberal del Estado constitucional se va a seguir una fase social²²⁰.

Aun de acuerdo con esta doctrina, frente a la vida precaria de los trabajadores del inicio del siglo XX, la sociedad paso a exigir una articulación en la esfera estatal y en el mundo jurídico constitucional, apreciadamente en los ámbitos de los derechos, libertad y garantía, emanados de los períodos de las revoluciones burguesas y que proclamaban la autonomía de las personas, y los nuevos derechos sociales, que rellenaban el vacío del Estado como constructor y conductor de condiciones materiales y culturales dignas para las personas. “Se paso a articular la igualdad jurídica, la igualdad social y la seguridad jurídica con seguridad social”²²¹.

Conforme Pietro de Jesús Lora Alarcón²²², después de la tercera década del siglo XX, los Estados, que antes eran liberales, comenzaron el proceso de consagración de los derechos sociales o derechos fundamentales de segunda

²¹⁹ Themistocles Brandão Cavalcanti *apud* MORAES, Alexandre de. 2003. *Op. cit.*, p. 59.

²²⁰ Jorge Miranda *apud* ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.*, p. 77.

²²¹ Jorge Miranda *apud* ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.*, p. 77.

²²² ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.*, p. 79.

generación, que traducen “una franca evolución en la protección de la dignidad humana”.

Así siendo, de forma diversa de lo que ocurrió con los derechos de primera dimensión, los nuevos derechos se presentan como “derechos de tener parte”, en el sentido de derechos individuales a la participación en prestaciones estatales, subordinadas a la reserva del que es posible ser cumplido por el Público en determinadas condiciones socioeconómicas. Esta afirmación expresa una natural dicotomía entre el derecho declarado y el posible de ser realizado²²³.

En la síntesis de Marcono del Ó Catão²²⁴, “la segunda generación o dimensión de derechos fundamentales equivale a los derechos sociales o derechos de igualdad, característicos del Estado Social”. En la opinión del referido autor, esos derechos son calificados, por la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, como un deber de prestación por parte del Estado, en una perspectiva de suplir carencias de la colectividad. Los derechos de esa dimensión, de acuerdo con la clasificación de los derechos fundamentales cuanto a la prestación estatal, son positivos, o sea, establecen un hacer o prestación positiva por parte del Estado.

c) Características de los derechos fundamentales de tercera dimensión: son trans-individuales y difusos, formados por las ramas del derecho ambiental, del derecho del consumidor, del derecho de la crianza y del adolescente, del derecho de adultos mayores, citándose, como ejemplo, el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, el derecho a alimentos de calidad, el derecho a la protección en decurrente de la edad etc.

En síntesis, delante de la expansión del Estado como ente regulador de las contradicciones sociales sobre la base de prestaciones positivas, características legadas de la segunda dimensión de derechos fundamentales, el pos-Segunda Guerra Mundial (1939-1945) vino acompañado del desarrollo de la organización de la comunidad internacional y el consecuente

²²³ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.*, p. 79.

²²⁴ Ó CATÃO, Marcono do. *Op. cit.*, p. 67.

agrupamiento de Estados autónomos y soberanos entre sí, dando origen a las organizaciones internacionales. De esa manera, ligada a la aparición de entidades como, por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo (con raíces en el inicio del siglo XIX), la Organización de las Naciones Unidas²²⁵ (1945), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF (creado en el día 11 de diciembre de 1946) y la Organización Mundial de la Salud (fundada en el 07 de abril de 1948), surge la protección internacional de los derechos humanos, o sea, “la promoción, por medios jurídico-internacionales, de la garantía de los derechos fundamentales relativamente al propio Estado de que cada uno es ciudadano”²²⁶.

Aun en esa época (segunda mitad del siglo XX), fueron editadas varias declaraciones con el fin de traducir los derechos no más para los “hombres” (sentido genérico), pero sin hacer referencia a sujetos específicos, como la mujer, la crianza, el adolescente, el adulto mayor, los portadores de necesidades especiales²²⁷.

Conforme Paulo Bonavides²²⁸, los derechos contenidos como de tercera dimensión son destinados al género humano, “en un momento expresivo de su afirmación como valor supremo en términos de existencialidad concreta”. En la

²²⁵ “La Organización de las Naciones Unidas, nació oficialmente el 24 de octubre de 1945, fecha de promulgación de la Carta de las Naciones Unidas, que es una especie de Constitución de la entidad, firmada en la época por 51 países, entre ellos Brasil. Es una institución internacional formada por 192 Estados soberanos, fundada después de la Segunda Guerra Mundial para mantener la paz y la seguridad en el mundo, fomentar relaciones cordiales entre las naciones, promover progreso social, mejores patrones de vida y derechos humanos. Los miembros son unidos en torno de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, un tratado internacional que enuncia los derechos y deberes de los miembros de la comunidad internacional. Las Naciones Unidas son constituidas por seis órganos principales: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Tutela, el Tribunal Internacional de Justicia y el Secretariado. Todos ellos están situados en la sede de la Organización de las Naciones Unidas, en Nueva York, con excepción del Tribunal, que queda en Haia, Holanda. unidos a la Organización de las Naciones Unidas ha organismos especializados que trabajan en áreas tan diversas como salud, agricultura, aviación civil, meteorología y trabajo - por ejemplo: la Organización Mundial de la Salud - OMS, Organización Internacional del Trabajo - OIT, Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional - FMI. Estos organismos especializados, juntamente con las Naciones Unidas y otros programas y fondos (tales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF), componen el Sistema de las Naciones Unidas” (ONU, Organización de las Naciones Unidas. **Conozca la ONU**. In: *Site Oficial das Naciones Unidas del Brasil*. [s.d]. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/conheca_onu.php>. Acesso em: 05 jan. 2011).

²²⁶ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.*, p. 80.

²²⁷ ÉRNICA, Maurício; ISAAC, Alexandre; MACHADO, Ronilde Rocha. *Op. cit.*, p. 1.

²²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 523.

constatación del citado autor, Karel Vasak²²⁹ identifica cinco derechos que se llama de “fraternidad”, o de “tercera generación”. Son ellos: el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente, el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad y el derecho de comunicación.

Por su vez, Etienne-Richard Mbaya²³⁰, entiende que los derechos de tercera dimensión se identifican como derechos de solidaridad, y en particular, se refieren al derecho al desarrollo, el cual se traduce en la esfera individual como el derecho al trabajo, a la salud y a una alimentación adecuada. De acuerdo con Marcono do Ó Catão²³¹:

La tercera generación o dimensión de derechos fundamentales corresponde a los derechos difusos, siendo también denominados de derechos de fraternidad o solidaridad, característicos de la protección internacional de los derechos fundamentales. Con efecto, en esa generación de derechos se conciben derechos cuyo sujeto no es más el individuo ni la colectividad, pero sin la humanidad. Son ejemplos de derechos de solidaridad el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente, el derecho de coparticipación del patrimonio común de la humanidad, el derecho a la autodeterminación de los pueblos y derecho a la comunicación.

Pietro de Jesús Lora Alarcón²³² asevera que la aparición de esa tercera dimensión de los derechos fundamentales evidencia una tendencia contemporánea:

[...] destinada a alargar la noción de sujeto de derechos y del concepto de dignidad humana, el que pasa a reafirmar el carácter universal del individuo delante de regímenes políticos y ideologías que puedan colocarlo en riesgo, bien como delante de toda una gama de progresos tecnológicos que pautan hoy la cualidad de vida de las personas, en términos de uso de informática, por ejemplo, o con amenazas concretas a la cotidianidad de la vida del ser en función de daños al medio ambiente o a la ventaja de las transnacionales y corporaciones que controlan la producción de bienes de consumo, el que se desdobra en la protección a los consumidores en la actual sociedad de masas. Con eso, nuevamente se modifica el status del

²²⁹ Karel Vasak *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 523.

²³⁰ Etienne-Richard Mbaya *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 523.

²³¹ Ó CATÃO, Marcono do. *Op. cit.*, p. 67.

²³² ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.*, p. 81.

ser humano delante del Estado, para el que es “mister” revigorar, entonces, la idea de dignidad humana como valor global y eje de conducción del análisis jurídica.

Para Alexandre de Moraes²³³, son derechos de tercera dimensión aquellos denominados de derechos de solidaridad o fraternidad, que engloban el derecho a un medio ambiente equilibrado, una saludable calidad de vida, al progreso, la paz, la autodeterminación de los pueblos y a otros derechos difusos, que son los intereses de grupos menos determinados de personas, siendo que entre ellas no hay vínculo jurídico o fáctico muy preciso.

Según Pietro de Jesús Lora Alarcón²³⁴ “algunos documentos, a la manera de declaraciones, se convierten en un estímulo para fundamentar en el plano estatal la aplicabilidad de tales derechos”, como ocurre, por ejemplo, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Una de las mayores referencias cuanto a ese espacio de derechos constituye la imagen jurídica de los llamados “derechos transindividuales”, o sea, aquellos que trascienden al individuo. Se comprenden, en esta definición, los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Infórmese que a par de la tradicional trilogía de las “generaciones de derechos”, nuevas dimensiones van siendo aumentadas: destacándose la teoría de la cuarta dimensión de los derechos fundamentales desarrollada por el constitucionalista brasileño Paulo Bonavides. En su opinión la cuarta dimensión de los derechos fundamentales es compuesta por el derecho a la información, a la democracia directa y al pluralismo, derechos esos que llevarían a una legítima globalización política²³⁵. Ya Pietro de Jesús Lora

²³³ MORAES, Alexandre de. 2003. *Op. cit.*, p. 59.

²³⁴ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el día 10 de diciembre de 1948, “consta de treinta artículos y constituyo más un avance histórico en la búsqueda de resguardar el derecho a la vida contando con un enfoque más integral, concordante con la aparición, para la época, de problemas referentes a la justicia social que a los pocos adquieren importancia universal, de donde emana la necesidad de buscar una nueva forma de relacionamiento entre los Estados, entre los individuos y entre estos y el Estado, con base en la solidaridad y en la fraternidad. Por eso, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclama los derechos fundamentales, y no simplemente los declara” (ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.*, p. 81).

²³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 524-525.

Alarcón²³⁶, después de un profundo análisis sobre la existencia o no de una nueva dimensión de derechos humanos, llamada de “cuarta dimensión de los derechos fundamentales”, concluye que:

Todo indica que nos encontramos delante de una cuarta dimensión de derechos fundamentales, y es la función del derecho, y primordialmente del derecho constitucional, amparar la vida, nuevamente y como siempre, en esta secuencia sin fin por la dignidad del ser humano. [...]. Así siendo, si en las décadas del posguerra, las principales modificaciones de sistemas éticos y jurídicos se dieron por influencia de los cambios de comportamiento, en este nuevo siglo esa fuente de novedades parece dislocada para el campo de la investigación y de la tecnología, como resultado de la transformación vertiginosa de la genética. Estamos, si, entonces, delante de una cuarta generación de derechos fundamentales²³⁷.

Esa amplitud del concepto de derechos fundamentales y su constante transformación provocaron una concepción de universalidad de los derechos humanos, razón por la cual no es más posible concebir un Estado Constitucional sin la existencia de derechos fundamentales. Por ese motivo, también, las Constituciones están en constante mutación, es que funcionan como instrumento jurídico que rige determinada sociedad, en determinado espacio de tiempo. Conforme Pietro de Jesús Lora Alarcón²³⁸:

Los derechos individuales pasaron a tener marca social, sin dejar de ser individuales, o sea, de retirar esa posibilidad de exigirse individualmente; los derechos pasaron también a una dimensión grupal, como derechos difusos o colectivos. Por eso, quizá el mayor mérito de toda esta evolución sea el carácter de la propia evolución que, de una conceptualización de derechos comprendidos en un catálogo cerrado, se transformo, dando lugar a una concepción abierta y progresiva de los derechos. En ese sentido, el ser humano busca una adecuación de su concepción jurídica, de la incorporación de nuevos derechos, que se agregan al rol de los ya existentes, a las nuevas necesidades criadas.

Por lo tanto, hoy el tema de los derechos fundamentales dejo de ser asunto de exclusiva aspiración liberal. Como consecuencia, la sociedad contemporánea asiste un fenómeno de universalización de esos derechos en

²³⁶ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.*, p. 100.

²³⁷ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.*, p. 100.

²³⁸ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Op. cit.*, p. 100.

paralelo a la universalización del derecho constitucional y a la constitucionalización del derecho privado. Todo eso tiene por objetivo la elevación de los derechos fundamentales para que su eficacia alcance también las relaciones privadas.

De hecho, las violaciones a los derechos fundamentales en las relaciones interprivadas pueden ser tanto o más perniciosas que aquellas efectuadas por agentes estatales. La propia discriminación de la palabra “privada” puede causar y perpetuar desigualdades sociales que no se encuentran justificativas razonables en el sistema jurídico contemporáneo, cuyas consecuencias son tan dañinas como aquellas causadas por la actividad Estatal.

Se destaca que si los individuos pueden necesitar de la protección del Estado porque los propios agentes estatales pueden transgredir algunos de sus derechos fundamentales en el ejercicio del poder del Estado, también pueden necesitar, naturalmente, de protección del Estado contra las violaciones de sus derechos fundamentales por el poder privado.

En este momento de la investigación, dada la delimitación del tema, se pasa a describir sobre las construcciones constitucionales acerca de la validez y la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares hasta entonces realizadas en Argentina y en Brasil.

3.1 MARCO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y BRASILEÑO A LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS

La opción por el estudio comparado del trato normativo sobre la eficacia de los derechos fundamentales en Argentina y en Brasil, para además del intercambio académico que ya justificaría, *de per sí*, el conocimiento sobre como los textos constitucionales de esos países tutelan los derechos humanos

en las relaciones privadas, está en la verificación de que se trata de Estados miembros del Mercado Común del Sur - Mercosur, cuya meta es promover la integración económica, política y social, siendo que cuanto más estrechas las relaciones jurídicas mayores tienden a ser los conflictos decurrentes. La dificultad de destaque en el deseo de integración es justamente la armonización entre el derecho interno de cada país con el derecho criado en el ámbito del Mercado Común del Sur - Mercosur y el derecho internacional de los derechos humanos.

Además, la discusión en torno de las relaciones entre los derechos fundamentales y el derecho privado exige la transposición de los límites del debate interno y se dilucidar el dilema por medio de la aplicación del método y de los procedimientos continuos de investigación comparada, tanto en el panorama histórico, cuanto teórico, en el caso, entre Argentina y Brasil.

3.1.1 La Constitución de la Nación Argentina y el tratamiento dispensado a los derechos fundamentales en la esfera privada

Desde la reforma constitucional realizada el 1994, esta explícitamente incorporada a la Constitución de La Nación Argentina la protección al texto constitucional y, consecuentemente, a los derechos fundamentales, tanto frente a autoridades estatales como a particulares. Consta en el artículo 43, párrafos 1º e 2º, *in verbis*:

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, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. - Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a

esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. [...] (Constitución Nacional argentina, de 1853, reforma de 1994).

Con la Reforma de 1994, son elevadas al nivel constitucional dos garantías de ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de los argentinos: las acciones de “Habeas Corpus”²³⁹ y de “Amparo”²⁴⁰, además de

²³⁹ “Habeas Corpus”: “La acción judicial sumaria por la cual se logra la libertad física de una persona cuando ella fuera restringida - o estuviera amenazada de serlo - ilegal o arbitrariamente por la autoridad’. A diferencia de la Acción de Amparo, el ‘Habeas Corpus’ puede ser solicitado por cualquier persona en nombre del detenido ya que exigir que fuese sólo el titular sería ilusorio el mecanismo. La finalidad de esta acción es poner a la persona a disposición del juez que le corresponde, o, en su caso, determinar su libertad. Es decir que protege a la persona de la privación arbitraria e ilegítima de la libertad” (RUSSO, Eduardo Ángel. **Derechos humanos e garantías**: el derecho al mañana. 2. ed. corregida y aumentada. Buenos Aires: Eudeba, 2008. p. 214). “Habeas Corpus’: esta acción tiene como bien jurídico protegido la libertad personal (física o deambulatorio) y reconoce remotos antecedentes tanto en el derecho comparado como en el derecho anterior a nuestra organización constitucional. Después de sancionada la Constitución de 1853, la primera reglamentación de esta garantía fue el artículo 20 de la Ley n° 48. Actualmente, se encuentra regulada por la Ley n° 23.098, sancionada en septiembre de 1984. La norma constitucional recoge los tres tipos de “Habeas Corpus” regulados en la Ley citada, pues de su texto se desprende que puede ejercitarse esta acción para hacer cesar una detención ilegal (“Habeas Corpus” reparador), para prevenir a quien se crea amenazado de sufrir una detención de esa especie (“Habeas Corpus” preventivo) o para corregir el agravamiento en las condiciones de detención (“Habeas Corpus” correctivo). Asimismo, se contempla esta garantía para proteger a las víctimas de una “desaparición forzada”, hecho que en nuestro pasado reciente tuvo una vigencia por todos conocida” (SABSAY, Daniel Alberto; ONAINDIA, José Miguel. *Op. cit.*, p. 164-165). La Constitución de La Nación Argentina, en su versión original, que data de 1853, no hizo referencia expresa al “Habeas Corpus”, por lo tanto hasta la reforma de 1949, que lo constitucionalizó en el artículo 29, el “Habeas Corpus” fue institución abalanzado por las Constituciones Provinciales y reglamentado por leyes nacionales y provinciales. El respaldo constitucional del “Habeas Corpus” en Argentina se dio inicialmente con los artículos 18 y 33, de la Constitución Nacional de aquel país: “artículo 18: ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”. “Artículo 33: las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. La reforma de 1949 trata de constitucionalizar o “Habeas Corpus” no “artículo 29: todo habitante podrá interponer por sí o por intermedio de sus parientes o amigos, recurso de “Habeas Corpus” ante la autoridad judicial competente, restricción o amenaza a la libertad de su persona. El tribunal, comprobada la violación, hará cesar la restricción o la amenaza”. Con la Reforma de 1994, o “Habeas Corpus” resto expreso en el párrafo 4° del “artículo 43: [...]: “cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas,

la incorporación de un nuevo mecanismo de defensa, denominado de “Habeas Data”²⁴¹.

Este actual artículo 43, de la Constitución de la Nación Argentina, asegura que toda persona puede imperar Acción de Amparo, cuyo procedimiento debe ser sumario, cuando no más existe otro medio judicial más idóneo contra todo acto o omisión de autoridad pública o de particulares, que de modo actual o eminente altere, restrinja, lesione o amenace con ilegalidad manifiesta, arbitrariedad o abuso de poder, derechos y garantías reconocidos en la Constitución, en algún tratado internacional o texto normativo interno²⁴².

De acuerdo con Daniel Alberto Sabsay y José Miguel Onaindia²⁴³, son llamadas de “garantías” los “procedimientos que el ordenamiento jurídico debe otorgar a los habitantes para tornar posible el goce de los derechos reconocidos”. Así siendo, sin las garantías, no sería posible construir un auténtico Estado de Derecho, en que las personas acabarían indefensas delante de las violaciones provenientes no apenas del Poder Estatal como también de otros particulares.

En las explicaciones de Miguel Ángel Divito²⁴⁴, las garantías constitucionales pueden ser directas e indirectas. Serían considerados como

la acción de ‘Habeas Corpus’ podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio”.

²⁴⁰ “Ha sido común conceptuar al Amparo como la acción destinada a tutelar los derechos y libertades que, por ser diferentes de la libertad corporal o física, escapan a la protección judicial por vía del ‘Habeas Corpus’” (CAMPOS, German J. Bidart. **Compendio de derecho constitucional**. Buenos Aires, Ediar, 2008. p. 209).

²⁴¹ El “Habeas Data” argentino es una acción judicial que puede ser iniciada por cualquier persona contra órganos públicos o privados titulares de datos o informaciones sobre sí, impidiendo preventivamente de publicarlos o retirándolos de circulación. Si los datos publicados fueran falsos, o reunidos con finalidades discriminatorias, la persona afectada podrá exigir su supresión rectificación, por exigir sigilo. Ejemplos: archivos policiales; de servicios de inteligencia estatal; datos personas de funcionarios de empresas etc., desde que no venga a restringir la libertad de prensa, valor también garantido por la Constitución Nacional argentina (artículo 14). “‘Habeas Data’: Constituye una novedad dentro de nuestro derecho y es un mecanismo de defensa frente al ‘poder informático’, que permite un avance sobre el derecho a la privacidad, reconocido en el artículo 19 de nuestra Constitución” (SABSAY, Daniel Alberto; ONAINDIA, José Miguel. *Op. cit.*, p. 169-170). “Artículo 19: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (Constitución de La Nación Argentina).

²⁴² CAMPOS, German J. Bidart. *Op. Cit.*, p. 210.

²⁴³ SABSAY, Daniel Alberto; ONAINDIA, José Miguel. *Op. cit.*, p. 164.

²⁴⁴ DIVITO, Miguel Ángel. **Constitución de la Nación Argentina comentada**. 5. ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2007. p. 32.

“garantías constitucionales directas” aquellos procedimientos judiciales que tienden a evitar, de modo directo, la violación de los derechos fundamentales o repararlos cuando ya producidos.

Prosigue el autor en un comentario explicó que la expresión “garantías constitucionales directas” puede ser empleada en dos sentidos: a) estricto, restringido: son los procedimientos judiciales sumarios o rápidos, que demoran muy poco tiempo para ser juzgados, a ejemplo del “Habeas Corpus” y de la Acción de Amparo; b) amplio: son todos los procedimientos judiciales, sumarios o no, que tiene por propósito evitar la violación de derechos fundamentales o repararlos, como, por ejemplo, a demanda y la excepción de inconstitucionalidad.

Ya las “garantías constitucionales indirectas”, aun según Miguel Ángel Divito²⁴⁵, corresponden a todos los principios e instituciones que de modo indirecto su objetivo es proteger los derechos fundamentales, como el principio de la distribución de poderes del Estado, la separación entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos; la independencia del Poder Judicial; entre otros²⁴⁶.

Los mecanismos constitucionales denominados de “Acción de Habeas Corpus” (amparo a la libertad de locomoción) y “Acción de Amparo” son garantías específicas destinadas a la protección de los derechos fundamentales, ya que consisten en procedimientos judiciales destinados al cumplimiento de ese fin en relación con los derechos determinados²⁴⁷.

En la interpretación de Rafael Saraz Jimena²⁴⁸, la reforma constitucional de 1994 además de inferir en el texto constitucional la “Acción de Amparo”, tanto en fase de autoridades estatales o particulares, amplio a legitimación para tales acciones, incorporando el denominado “Amparo Colectivo²⁴⁹” para casos

²⁴⁵ DIVITO, Miguel Ángel. *Op. cit.*, p. 32.

²⁴⁶ El artículo 18, de la Constitución de la Nación Argentina contiene una serie de garantías indirectas de seguridad personal.

²⁴⁷ SABSAY, Daniel Alberto; ONAINDIA, José Miguel. *Op. cit.*, p. 164.

²⁴⁸ JIMENA, Rafael Sarazá. *Op. cit.*, p. 170.

²⁴⁹ “[...] el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina incluye dos Amparos diferentes: uno, el contemplado en el párrafo primero, solamente relativo a personas directamente lesionadas en sus derechos individuales; otro, el del segundo párrafo, que tutela además expresamente los derechos de incidencia colectiva en general (incluyendo usuarios, consumidores, la competencia, el medio ambiente, la discriminación, etc.). El segundo párrafo,

de afrontamiento de derechos de incidencia colectiva, “entre los que se encuentran claramente derechos invocables frente a particulares (derechos de los consumidores y usuarios, derecho a la protección del medio ambiente, discriminación, defensa de la competencia)”²⁵⁰.

Para los argentinos, se comprende como “Acción de Amparo” la acción judicial iniciada por cualquier persona para solicitar al Poder Judicial la tutela sumaria (urgente) de cualquiera de sus derechos fundamentales (reconocidos por la Constitución, por un Tratado Internacional o por una Ley), violados o amenazados, en la forma actual o eminente, de modo ilegal o arbitrario, por acto u omisión de autoridad pública o de un particular.

La acción de Amparo argentina se encuentra legislada, en ámbito nacional, por la Ley nº 16.986, de 1966²⁵¹.

Acción de Amparo es aquella acción o recurso que va a tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos (proteger los derechos reconocidos constitucionalmente reconocidos, que son los derechos fundamentales). El nombre que este recurso judicial recibe en los diferentes Estados latino-americanos varia dependiendo del país. Por ejemplo, en Argentina, en Bolivia, en Ecuador, en Perú y en Venezuela se denomina de “Acción de Amparo”; ya los colombianos conocen la “Acción de Tutela”; en Brasil existe el “Mandato de Seguridad”; en Chile la expresión “Recurso de Amparo” hace alusión no al

al legitimar al defensor del pueblo y las diversas asociaciones expresamente está señalando que no se requiere aquí la lesión al derecho de una persona concreta, y con mayor razón que también están legitimados cuando tal lesión individual existe” (GORDILLO, Agustín. *Op. cit.*, p. XII-9).

²⁵⁰ “Respecto de la acción que se dirige a proteger los derechos de incidencia colectiva (antiguamente denominados ‘de tercera generación’ o ‘intereses difusos’) un dictamen de la Procuración General aceptado por la Corte, indicó que: “la Reforma de la Constitución Nacional de 1994, introdujo una modificación trascendente en relación a la Acción de Amparo, otorgándole una dinámica desprovista de aristas formales que obstaculicen el acceso a la jurisdicción, cuando están en juego garantías constitucionales, y ampliando la legitimación activa de los pretenses potenciales en los casos de incidencia colectiva en general, legitimando en este aspecto a las asociaciones, de las que no cabe excluir a las sindicales” (RUSSO, Eduardo Ángel. *Op. cit.*, p. 212).

²⁵¹ “Artículo 1: La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el ‘Habeas Corpus’” (ARGENTINA, Legislación. **Ley nº 16.986, de 1966**. Ley de Acción de Amparo. Buenos Aires, 18 de octubre de 1966. Boletín Oficial, 20 de octubre de 1966. Disponible en: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,LEGISLATION,ARG,,3dde1e3c4,0.html>>. Acceso en: 05 jan. 2011).

Mandato de Seguridad, pero al “Habeas Corpus”, figurando como una especie de recurso de protección de la libertad; en España también se llama “Recurso de Amparo”, en el sentido de protección de los derechos fundamentales; en México existe el “Juzgamiento de Amparo”, cuya principal diferencia de los demás países es que el resultado de la sentencia solo afectará las partes que intervinieron en el proceso.

El mismo artículo 43, en los párrafos 3º y 4º, agrega el “Habeas Data”, que tiene como sujeto pasivo, además del Estado, los bancos de datos privados, al lado del ya existente “Habeas Corpus”:

Artículo 43: [...] - Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. - Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de “Habeas Corpus” podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio (Constitución Nacional argentina, de 1853, reforma de 1994).

Como se ve, la parte final del párrafo 4º, del artículo 43, de la Constitución Nacional argentina, de 1853, en la reforma de 1994, trae dos subespecies de Acción de Amparo: o “Amparos Específicos”: o “Habeas Data” y el “Habeas Corpus”.

Cuanto al “Habeas Data”, también denominado de “Amparo Informático” o “Amparo Informativo”, el Constituyente argentino derivado (reforma de 1994) previó expresamente que:

[...] pueda ejercitarse la acción para tomar conocimiento de los datos referidos al accionante y de su finalidad, que consten no solo en registros o bancos de datos públicos, sino también en registros o bancos de datos privados “destinados a proveer informes”²⁵² (Manuscrito del original).

²⁵² JIMENA, Rafael Sarazá. *Op. cit.*, p. 170.

Así, el derecho de autodeterminación informativa es oponible, en Argentina, no apenas frente a los poderes públicos, como también a los particulares, siendo que la propia Constitución Nacional prevé un “Proceso de Amparo” específico para proteger tal derecho²⁵³.

3.1.2 **El tratamiento normativo de la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada dado por la Constitución Federal Brasileña**

En el Brasil, la Constitución Federal de 1988 no hace cualquier referencia a la Acción de Amparo frente a particulares.

También no consta en sus dispositivos ningún texto que discrimine expresamente la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Por lo tanto, el artículo 5º, párrafos 1º y 2º, de la Constitución Federal de 1988²⁵⁴ confirman aplicación inmediata a las normas constitucionales (incluyendo en su concepto los principios y las reglas) definidoras de los

²⁵³ “El 04 de octubre de 2000 se sancionó la Ley n° 25-326 de Protección de Datos Personales que ‘tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados, destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad con lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional’. También las disposiciones de la ley son aplicables, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal. La Ley define a los ‘datos sensibles’ como aquellos ‘datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual’. Respecto de este tipo de datos se establece que ‘ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles’. Y que ‘solo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por Ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares” (RUSSO, Eduardo Ángel. *Op. cit.*, p. 213-214).

²⁵⁴ Artículo 5º: [...]. Párrafo 1º: las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tiene aplicación inmediata. Párrafo 2º: los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otras consecuencias del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte (Constitución Federal de 1988).

derechos fundamentales, potencializando, sobremanera, la eficacia de esos derechos, que también alcanzaron la condición de “cláusula pétrea”, a la luz del párrafo 4º, del artículo 60, de la Constitución Federal de 1988²⁵⁵.

Partiendo de la primicia de que “las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata” (párrafo 1º, del artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988), se puede decir que el Constituyente de 1988 adoptó la teoría de la efectución máxima de los derechos fundamentales, abarca la horizontalidad y la verticalidad de los derechos fundamentales.

Con efecto, todos los derechos fundamentales de los brasileños poseen eficacia plena, siendo que las normas que tratan de esos derechos son auto-aplicables y de vigencia automática. Con todo, el Constituyente de 1988 no especificó si los derechos fundamentales podrían ser opuestos apenas contra el Estado o también contra particulares.

Por tanto, la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas en Brasil permanece en el área de las teorías, más precisamente la “teoría de la eficacia vertical de los derechos fundamentales”.

De eso infiere se que si no hay texto normativo expreso en ese sentido, también no existen prohibiciones, situación que abre espacio a la interpretación doctrinaria e jurisprudencial en sentido de garantizar que los derechos fundamentales sean tutelados, independientemente si se trata de relación entre el Estado y un particular o entre particulares sin el Estado.

Así, como el mandamiento constitucional no presenta ninguna restricción cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales, es posible extraer la interpretación de que los derechos fundamentales poseen eficacia horizontal, o sea, son aplicables en las relaciones jurídicas privadas.

De lo expuesto se infiere que no existen grandes resistencias al reconocimiento de una eficacia de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, salvo algunas teorías que niegan tal eficacia, pero con

²⁵⁵ Artículo 6º: [...]. Párrafo 4º: no será objeto de deliberación la propuesta de enmienda pendiente a abolir: I - la forma federativa de Estado; II - el voto directo, secreto, universal y periódico; III - la separación de los poderes; y IV - los derechos y garantías individuales” (Constitución Federal de 1988).

insignificante adición tanto en la doctrina y jurisprudencia brasileña cuanto argentina.

La problemática del efecto horizontal de los derechos fundamentales o eficacia frente a terceros de los mismos (*Drittwirkung der Grundrechte*) consiste fundamentalmente en saber si [e en que medida] los derechos fundamentales vinculan las relaciones jurídicas privadas²⁵⁶.

La discusión, por tanto, está menos en lo referido reconocimiento y más en la medida en que se opera la eficacia de los derechos fundamentales en ámbitos privados, esto es, “entre aquellos que abogan una eficacia directa (*unmittelbare Drittwirkung*) y otros que defienden una eficacia solamente indirecta (*mittelbare Drittwirkung*)”²⁵⁷.

Es para tratar de ese asunto que en el apartado siguiente son indagadas las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la eficacia de los derechos fundamentales en Argentina y en Brasil

3.2 LA CUESTIÓN DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS DESDE LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE ARGENTINA Y BRASIL

La protección de los derechos humanos contra las personas privadas se ha expandido rápidamente en las últimas décadas, en los países latinoamericanos, tanto en grado de las Constituciones como de las leyes ordinarias.

²⁵⁶ ESCALANTE, Mijail Mendoza. **Los efectos horizontales de los derechos fundamentales em el ordenamiento constitucional peruano**. In: DURÁN, Manuel Carrasco; ROYO, Francisco Javier Pérez; MARTÍNEZ, Joaquín Urías; BECERRA, Manuel José Terol (coordinadores). *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, v. 1, p. 1377-1392, 2006. p. 1377.

²⁵⁷ VALE, André Rufino do. *Op. cit.*, p. 10.

Como visto en las secciones anteriores, los ordenamientos jurídicos brasileño y argentino rigen, o por lo menos, tratan de alguna manera, de los efectos horizontales de los derechos humanos.

En este momento de la investigación la intención es indagar cómo las Tribunales Constitucionales de los países en análisis interpretan los derechos fundamentales en las relaciones privadas y cómo se aplican en las relaciones jurídicas de subordinación.

3.2.1 **El efecto horizontal de los derechos humanos y su alcance en la jurisprudencia y en la doctrina argentina**

En Argentina, los mecanismos internos de protección de los derechos humanos surgen principalmente del propio texto de la Constitución, que data de 1853, pero añade nuevos derechos y garantías de acuerdo con la reforma de 1994.

El objeto “efecto horizontal de los derechos fundamentales” es receptado y garantizado como parte del bloque del constitucionalismo social por la reforma de 1994, de conformidad con el artículo 43, en virtud del cual cualquier persona privada puede actuar en contra de otra cuando un hecho manifiestamente ilegal de esta última lesionar un derecho garantizado por la Constitución o reconocido por un tratado de derechos humanos. Desde entonces, o efecto horizontal de los derechos humanos constitucionalmente asegurados tiene plena validez y aceptación en este país; son autoaplicables en la medida en que integran el “ius cogens” o “derecho común de los pueblos” y resultan vinculante para los estados y también horizontalmente entre lo privado²⁵⁸.

²⁵⁸ “Erga omnes”: sem contextualização, uma obrigação que se assume “frente a todos” é uma obrigação “erga omnes”. Já em se tratando de obrigações “erga omnes” no âmbito do direito internacional, caracteriza-se por conter dois elementos essenciais: a) são obrigações contraídas ante toda a comunidade internacional; e b) incorporam valores essenciais à comunidade internacional (tutelam direitos humanos essenciais), sendo este o caráter que

Por otra parte, la inclusión de “nuevos derechos y garantías” para la reforma de 1994 al ordenamiento jurídico interno en la Argentina, también se incorpora al menos tres principios que se destacan por su uso y aplicación, que tienden a garantizar no sólo la validez de las normas, pero su aplicación efectiva: el principio de “ius cogens”, el principio “pro homine” que conduce a un diálogo entre las distintas fuentes normativas²⁵⁹ y el principio de no discriminación²⁶⁰. Conforme Adolfo Sánchez Alegre:

En el año 1994 se reforma la Ley Suprema, incorporándose en la primera parte, junto al capítulo primero que trata sobre las declaraciones, derechos y garantías, un segundo capítulo denominado “nuevos derechos y garantías”. En él se incorporan como derechos fundamentales los derechos políticos, el derecho a un ambiente sano y apto para el desarrollo humano y los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios. Junto a estos derechos, se establecen como garantías, la acción de amparo, el “Habeas Corpus” y el “Habeas Data”. El amparo en Argentina puede interponerse contra todo acto u omisión emanado de una autoridad pública o de un particular “que en forma actual o inminente lesione,

justifica que todos os Estados tenham um interesse jurídico em seu cumprimento. Desse modo, a expressão “frente a todos” se traduz por “frente a toda a comunidade internacional”, ou seja, incorpora valores essenciais para a comunidade internacional. “Ius cogens”: de modo similar às obrigações “erga omnes”, o “ius cogens” incorpora valores fundamentais à comunidade internacional, tão importantes que se impõem mesmo sem o consentimento dos Estados, que no direito internacional é fator condicionante à validade das normas. “[...] las normas de ‘ius cogens’, al igual que en los ordenamientos internos, suponen un límite a la autonomía de la voluntad; como se ha señalado, constituyen, sin duda alguna, el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos” (CASADO RAIGÓN, Rafael. **Notas sobre el “ius cogens” internacional**. España: Córdoba, 1991, p. 11).

²⁵⁹ Princípio ou regra de interpretação “pro homine”: significa que existe uma comunicação entre normas para se aplicar aquela que melhor assegura o direito, ou seja, no plano material, o enfoque dos direitos humanos, que são formados por três grupos normativos (Constituição interna, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e as legislações ordinárias) impõe uma comunicação horizontal entre eles (sem hierarquia). Dito de outro modo, pelo princípio ou regra de interpretação “pro homine”, no plano material de aplicação dos direitos humanos não pode existir hierarquia, porque sempre será aplicável aquela norma que mais amplia a satisfação plena de um direito, um direito ou uma liberdade. Assim sendo, no sentido material, não é a posição hierárquica ou o *status* da norma que tem mais valor, mas o seu conteúdo, preponderando, sempre aquele texto normativo que mais assegura, na prática, o direito. Destarte, se no caso de assegurar direitos prevalece a norma ampliadora do direito pleiteado, na hipótese de restrições ao gozo de determinado direito, aplica-se a norma que menos restringe.

²⁶⁰ “[...] o princípio de não discriminação é insuscetível de ser construído a partir dele próprio ou de uma direta referência ao homem. É sempre um consectário ou reflexo do princípio da igualdade, como seja entendido e positivado, ao qual se prende umbilicalmente. [...]”. “A mim se afigura que a coluna mestra dessa construção hermenêutica, em matéria do princípio de não discriminação, é o ter-se presente, sempre, que o tratamento desigual só se legitima quando dele resulta maior igualdade em termos substanciais” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **O princípio de não discriminação**. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, nº 11. Salvador, set./nov./2007, p. 1;3).

restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías” reconocidos por la Constitución Nacional, por un tratado o por una ley nacional. En este caso, el juez está facultado a declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Esta acción procede también “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”²⁶¹.

De acordo com Daniel Alberto Sabsay e José Miguel Onaindia²⁶², são chamadas de “garantias” os “procedimientos que el ordenamiento jurídico debe otorgar a los habitantes para tornar posible el goce de los derechos reconocidos”. Assim sendo, sem as garantias, não seria possível construir um autêntico Estado de Direito, eis que as pessoas acabariam indefesas diante das violações provenientes não apenas do Poder Estatal como também de outros particulares.

Nas explicações de Miguel Ángel Divito²⁶³, as garantias constitucionais podem ser diretas e indiretas. Seriam considerados como “garantias constitucionais diretas” aqueles procedimentos judiciais que tendem a evitar, de modo direto, a violação dos direitos fundamentais ou repará-los quando já produzidos.

Prossegue o autor em comentário explanado que a expressão “garantias constitucionais diretas” pode ser empregada em dois sentidos: a) estrito, restringido: são os procedimentos judiciais sumários ou rápidos, que demoram muito pouco tempo para serem julgados, a exemplo do “Habeas Corpus” e da Ação de Amparo; b) amplo: são todos os procedimentos judiciais, sumários ou não, que tem por escopo evitar a violação de direitos fundamentais ou repará-los, como, por exemplo, a demanda e a exceção de inconstitucionalidade.

Já as “garantias constitucionais indiretas”, ainda conforme Miguel Ángel Divito²⁶⁴, correspondem a todos os princípios e instituições que de modo

²⁶¹ ALEGRE, Adolfo Sánchez. **Mecanismos de protección de derechos humanos en la República Argentina**. In: *La Comunidad Internacional*, artículos y noticias del mundo. [s.d.]. Disponível em: <<http://usuarios.lycos.es/cominternacional/index.html>>. Acesso em: 20. nov. 2008. p. 1.

²⁶² SABSAY, Daniel Alberto; ONAINDIA, José Miguel. *Op. cit.*, p. 164.

²⁶³ DIVITO, Miguel Ángel. **Constitución de la Nación Argentina comentada**. 5. ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2007. p. 32.

²⁶⁴ DIVITO, Miguel Ángel. *Op. cit.*, p. 32.

indireto visam proteger os direitos fundamentais, como o princípio da distribuição de poderes do Estado, a separação entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos; a independência do Poder Judiciário; dentre outros²⁶⁵.

Os mecanismos constitucionais denominados de “Ação de Habeas Corpus” (amparo à liberdade de locomoção) e “Ação de Amparo” são garantias específicas destinadas à proteção dos direitos fundamentais, já que consistem em procedimentos judiciais destinados ao cumprimento desse fim em relação com os direitos determinados²⁶⁶.

Na interpretação de Rafael Saraz Jimena²⁶⁷, a reforma constitucional de 1994 além de inserir no texto constitucional a “Ação de Amparo”, tanto em face de autoridades estatais ou particulares, ampliou a legitimação para tais ações, incorporando o denominado “Amparo Coletivo²⁶⁸” para casos de afrontamento de direitos de incidência coletiva, “entre los que se encuentran claramente derechos invocables frente a particulares (derechos de los consumidores y usuarios, derecho a la protection del medio ambiente, discrimination, defensa de la competencia)”²⁶⁹.

Para os argentinos, compreende-se como “Ação de Amparo” a ação judicial iniciada por qualquer pessoa para solicitar ao Poder Judiciário a tutela sumária (urgente) de qualquer de seus direitos fundamentais (reconhecidos

²⁶⁵ O artigo 18, da Constitución de la Nación Argentina contém uma série de garantias indiretas de segurança pessoal.

²⁶⁶ SABSAY, Daniel Alberto; ONAINDIA, José Miguel. *Op. cit.*, p. 164.

²⁶⁷ JIMENA, Rafael Sarazá. *Op. cit.*, p. 170.

²⁶⁸ “[...] el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina incluye dos Amparos diferentes: uno, el contemplado en el párrafo primero, solamente relative a personas directamente lesionadas en sus derechos individuales; otro, el del segundo párrafo, que tutela además expresamente los derechos de incidencia colectiva en general (incluyendo usuarios, consumidores, la competencia, el medio ambiente, la discriminacion, etc.). El segundo párrafo, al legitimar al defensor del pueblo y las diversas asociaciones expresamente está señalando que no se requiere aquí la lesión al derecho de una persona concreta, y con mayor razón que también están legitimados cuando tal lesión individual existe” (GORDILLO, Agustín. *Op. cit.*, p. XII-9).

²⁶⁹ “Respecto de la acción que se dirige a proteger los derechos de incidencia colectiva (antiguamente denominados ‘de tercera generación’ o ‘intereses difusos’) un dictamen de la Procuración General aceptado por la Corte, indicó que: “la Reforma de la Constitución Nacional de 1994, introdujo una modificación trascendente en relación a la Acción de Amparo, otorgándole una dinámica desprovista de aristas formales que obstaculicen el acceso a la jurisdicción, cuando están en juego garantías constitucionales, y ampliando la legitimación activa de los pretenses potenciales en los casos de incidencia colectiva en general, legitimando en este aspecto a las asociaciones, de las que no cabe excluir alas sindicales” (RUSSO, Eduardo Ángel. *Op. cit.*, p. 212).

pela Constituição, por um Tratado Internacional ou por uma Lei), violados ou ameaçados, na forma atual ou iminente, de modo ilegal ou arbitrário, por ato ou omissão de autoridade pública ou de um particular.

A Ação de Amparo argentina se encontra legislada, em âmbito nacional, pela Lei nº 16.986, de 1966²⁷⁰.

Ação de Amparo é aquela ação ou recurso que visa tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos (proteger os direitos reconhecidos constitucionalmente reconhecidos, que são os direitos fundamentais). O nome que este recurso judiciário recebe nos diferentes Estados latino-americanos varia dependendo do país. Por exemplo, na Argentina, na Bolívia, no Equador, no Perú e na Venezuela se denomina de “Ação de Amparo”; já os colombianos conhecem a “Ação de Tutela”; no Brasil existe o “Mandato de Segurança”; no Chile a expressão “Recurso de Amparo” faz alusão não ao Mandato de Segurança, mas ao “Habeas Corpus”, figurando como uma espécie de recurso de proteção da liberdade; na Espanha também se chama “Recurso de Amparo”, no sentido de proteção dos direitos fundamentais; no México existe o “Julgamento de Amparo”, cuja principal diferença dos demais países é que o resultado da sentença só afetará as partes que intervieram no processo.

O mesmo artigo 43, nos parágrafos 3º e 4º, agrega o “Habeas Data”, que tem como sujeito passivo, além do Estado, os bancos de dados privados, ao lado do já existente “Habeas Corpus”:

Artículo 43: [...] - Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. - Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de “Habeas

²⁷⁰ “Artículo 1: La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el ‘Habeas Corpus’” (ARGENTINA, Legislação. **Lei nº 16.986, de 1966**. Ley de Accion de Amparo. Buenos Aires, 18 de octubre de 1966. Boletín Oficial, 20 de octubre de 1966. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,LEGISLATION,ARG,,3dde1e3c4,0.html>>. Acesso em: 05 jan. 2011).

Corpus” podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio (Constitución Nacional argentina, de 1853, reforma de 1994).

Como se vê, a parte final do parágrafo 4º, do artigo 43, da Constituição Nacional argentina, de 1853, na reforma de 1994, traz duas subespécies de Ação de Amparo: ou “Amparos Específicos”: o “Habeas Data” e o “Habeas Corpus”.

Quanto ao “Habeas Data”, também denominado de “Amparo Informático” ou “Amparo Informativo”, o Constituinte argentino derivado (reforma de 1994) previu expressamente que:

[...] pueda ejercitarse la accion para tomar conocimiento de los datos referidos al accionante y de su finalidad, que consten no solo en registros o bancos de datos publicos, sino tambien en registros o bancos de datos privados “destinados a proveer informes”²⁷¹ (grifo do original).

Assim, o direito de autodeterminação informativa é oponível, na Argentina, não apenas frente aos poderes públicos, como também aos particulares, sendo que a própria Constituição Nacional prevê um “Processo de Amparo” específico para proteger tal direito²⁷².

Em relação ao “Habeas Corpus”, enquanto subespécie de Ação de Amparo, já se firmou convencimento, na Argentina, de que atualmente também é possível interpor esse tipo de Amparo Específico contra atos de particulares,

²⁷¹ JIMENA, Rafael Sarazá. *Op. cit.*, p. 170.

²⁷² “Em 04 de octubre de 2000 se sancionó la Ley nº 25-326 de Protection de Datos Personales que ‘tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados, destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad con lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional’. También las disposiciones de la ley son aplicables, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal. La Ley define a los ‘datos sensibles’ como aquellos ‘datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual’. Respecto de este tipo de datos se establece que ‘ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles’. Y que ‘solo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interes general autorizadas por Ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedanser identificados sus titulares” (RUSSO, Eduardo Ángel. *Op. cit.*, p. 213-214).

haja vista que a Ação de Amparo prevista na Constitución de La Nación Argentina em vigor pode ser interposta contra atos ou omissões tanto de autoridades públicas como de particulares²⁷³.

Destaca-se, por fim, que com a reforma de 1994, restou inclusa na Constitución de La Nación Argentina a previsão contida no artigo 25²⁷⁴, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o denominado Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969²⁷⁵, de que toda pessoa tem direito

²⁷³ “La consideracion de que en este nuevo artículo 43, de la Constitucion, se configura el ‘Habeas Corpus’ como una subespecie del amparo hace que se entienda, al menos por un sector de la doctrina, que la prevision de la Ley reglamentaria nº 23.098 que restringia a nivel federal la posibilidad de ‘Habeas Corpus’ a los relativos a actos u omisiones de una autoridad publica esta derogada, y que actualmente es tambien posible interponerlo frente a actos de particulares, puesto que, como se ha visto, el amparo previsto en la Constitucion puede interponerse contra actos u omisiones tanto de autoridades como de particulares” (JIMENA, Rafael Sarazá. *Op. cit.*, p. 171).

²⁷⁴ “Artigo 25 (proteção judicial): 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso” (INTERNACIONAL, Legislação. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José)**. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2011).

²⁷⁵ “Artigo 13 (liberdade de pensamento e de expressão): 1 - Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2 - O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3 - Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4 - A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5 - A lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. Artigo 14 (direito de retificação ou resposta): 1 - Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2 - Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3 - Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial”

a um recurso simples e rápido perante o Poder Judiciário que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais.

Desde a reforma de 1994, a jurisprudência argentina vem aceitando de forma pacífica a interposição de “Ações de Amparo” frente a pessoas não estatais, normalmente contra grandes empresas concessionárias de serviços públicos privatizados.

Trata-se da “Ação de Amparo por Ato de Particular” definida por Miguel Angel Divito²⁷⁶ como “garantía de todos los derechos fundamentales respecto de actos u omisiones de particulares”, que na ordem jurídica nacional argentina está prevista no artigo 43, parágrafo 1º, da Constitución de La Nación Argentina, e regulamentada pelos artigos 321, inciso 2 e 498, ambos do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina em vigor.

Contudo, essa inserção constitucional é algo recente, embora a jurisprudência já vinha reconhecendo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas pelo menos desde a década de cinquenta do século passado, quando por meio de um recurso inominado analisado e julgado pela Corte Suprema da Argentina na década de cinquenta, conhecido como “Caso Kot²⁷⁷”, que a jurisprudência daquele país abria as portas à possibilidade de

([Convenção Americana de Direitos Humanos \(Pacto de San José\)](#), de 22 de novembro de 1969).

²⁷⁶ DIVITO, Miguel Ángel. *Op. cit.*, p. 35.

²⁷⁷ Pelo interesse e importância para este estudo, passa-se a reproduzir literalmente o inteiro teor do processo argentino do conhecido “Caso Kot”: “Samuel Kot (1958), 05 de septiembre de 1958, Fallos 241:291 (amparo contra actos de particulares): la empresa Samuel Kot SRL era propietaria de una fábrica que había sido tomada por sus empleados como consecuencia de un conflicto laboral. Luego de intentar una denuncia por usurpación que terminó con el sobreseimiento de los empleados, interpuso un ‘recurso de amparo’ invocando afectación de ‘las garantías a la libertad de trabajo - artículo 14 -; a la propiedad - artículo 17 -; a la libre actividad - artículo 19 -, de la Constitución Nacional’. La Corte acogió el planteo ampliando la jurisprudencia amparista que había proclamado el año anterior en ‘Siri’, aclarando que si bien en aquella oportunidad la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública y no de actos de particulares, ‘tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional’. Admitido que existe una garantía tácita o implícita - dijo la mayoría de la Corte - que protege los diversos aspectos de la libertad individual (artículo 33, Constitución Nacional), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas. En disidencia, Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte dijeron que las ‘garantías constitucionales’ para cuyo resguardo puede decirse que existe el remedio de amparo eran únicamente ‘los derechos públicos subjetivos que el hombre tiene frente al Estado’, y advirtieron enfáticamente sobre el peligro y la inseguridad que podrían derivarse del criterio amplio de la mayoría. Dictamen del Procurador General - Suprema Corte: El presente recurso de amparo se funda en los mismos hechos que han dado lugar a la instrucción de la causa ‘Houssay, Abel F. A. representando a Kot, Samuel S.R.L. denuncia Kot, Juan’ en la que dictaminó también el día de la fecha. Aquí, sin embargo, se hace especial hincapié en lo

resuelto en Fallos: 239, 459 para fundar de ese modo la intervención de los tribunales del crimen en la cuestión de que se trata, aun al margen del proceso penal antes mencionado. Y bien, lo decidido en el recurso planteado por Angel Siri no es, a mi juicio, de aplicación al sub iudice. Allí, lo mismo que en los casos jurisprudenciales a que expresamente se refirió V. E. para destacar su apartamiento de la doctrina tradicional hasta entonces observada (Fallos, 168, 15; 169, 103), se pedía amparo, no contra un hecho realizado por particulares, sino contra un acto arbitrario de la autoridad para el que no existía remedio expreso en la legislación a pesar de que comportaba la violación de garantías individuales aseguradas por la Constitución Nacional. Como se observa, pues, la situación es fundamentalmente distinta: en primer lugar, porque aquí no se trata de dejar sin efecto un acto de la autoridad, puesto que los obreros ocuparon la fábrica por su propia cuenta; y en segundo término porque, al contrario de lo que ocurría en el caso citado, la legislación del Estado en cuya jurisdicción se produjo el hecho de autos prevé un remedio procesal específico para solucionar situaciones como la que se plantea en este recurso: me refiero concretamente al interdicto de recobrar o de despojo arbitrado por el artículo 599 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires a favor de quienes hayan sido despojados con violencia o clandestinidad de la posesión o tenencia de una cosa. Por ello, y sin perjuicio de señalar la confusión que derivaría de la admisión de recursos de amparo no legislados para solucionar situaciones que las normas procesales vigentes ya contemplan de modo expreso, observo que hacer lugar a la pretensión del recurrente importaría tanto, a mi juicio, como dejar implícitamente sin efecto una institución procesal bonaerense -la del artículo 599 citado - que no ha sido tachada en esta causa de inconstitucional. En consecuencia, opino que corresponde desestimar el recurso del que se me ha corrido vista. - Buenos Aires, 24 de Julio de 1958. Ramon Lascano. Fallo de la Corte Suprema: Vistos los autos: 'Kot, Samuel SRL s / Recurso de Corpus', en los que a fs. 15 se ha concedido el recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara III de Apelaciones en lo Penal de La Plata de fecha 8 de julio de 1956, de cuyos antecedentes resulta: La firma Samuel Kot SRL, propietaria de un establecimiento textil situado en la calle Arias 228 de Villa Lynch, partido de San Martín, Provincia de Buenos Aires, mantiene desde el 21 de marzo ppdo un conflicto con su personal obrero. La huelga de este personal fue primeramente declarada ilegal por la delegación San Martín del Departamento Provincial del Trabajo con fecha 28 de marzo, por lo cual la firma patronal dispuso la concurrencia de los obreros a su trabajo dentro de las 24 horas, con excepción de los delegados Arón Fistein y Aníbal Villamayor. Un mes y medio más tarde, el presidente del Departamento Provincial del Trabajo declaró nula aquella resolución de la Delegación San Martín e intimó a ambas partes a reanudar el trabajo. La empresa se negó a reincorporar a los obreros que había despedido y entonces éstos y otros compañeros ocuparon la fábrica el día 9 de junio y se mantienen en ella hasta ahora; los patrones pueden entrar al establecimiento y sacar objetos dejando constancia escrita, mas se impide la entrada al personal de administración y a los capataces (fs.27, 27 vta., 29, 30, 31, 32, etc, del expte. K 21 - XIII -). Desde el día de la ocupación, 'el establecimiento no realiza labor alguna' de suerte que 'la fábrica está totalmente paralizada' (informe policial de fs. 36 del citado expediente). El mismo día de ocupación de la fábrica, el socio gerente de la empresa, don Juan Kot, formuló denuncia por usurpación ante la comisaría de Villa Lynch (San Martín) y reclamó la entrega del inmueble, iniciándose el sumario correspondiente. Estando en trámite las actuaciones, fueron requeridas telefónicamente por el juez penal de La Plata - el día 16 de junio -, quien, después de avocar el conocimiento del sumario, resolvió dos días después -el 18 de junio- sobreseer definitivamente en la causa 'en cuanto al hecho de la ocupación del inmueble de la calle Arias 228 de la localidad de Villa Lynch, partido de San Martín y no hacer lugar al pedido de desocupación de la misma'. El fundamento de esta resolución consistió, en lo esencial, en que habiendo sido ocupado el inmueble a causa de la existencia de un conflicto colectivo de trabajo entre la mencionada empresa y su personal obrero, 'es evidente que en la especie esa ocupación no tiene por objeto el despojo de la posesión de esa cosa inmueble, con ánimo 'de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad' (artículo 2.351, Código Civil), sino que lo ha sido en función de la existencia de ese conflicto laboral' (fs.54/56). Apelada esta resolución por el apoderado de la empresa, y luego de diligenciarse algunas medidas para mejor proveer dispuestas por la Cámara 3ª de Apelaciones en lo Penal de La Plata, ésta 'por sus fundamentos' confirmó el sobreseimiento definitivo que había sido objeto del recurso (auto de fecha 8 de julio, fs.88). Contra esta sentencia, el interesado dedujo recurso extraordinario el que, concedido por el tribunal a quo, ha sido declarado improcedente por esta Corte en el día de la fecha. El mismo día de la sentencia de la Cámara, pero antes de dictarse (fs.4), el

apoderado de la empresa se presentó ante la misma Cámara deduciendo 'recurso de amparo' a fin de obtener la desocupación del inmueble: invocó la sentencia de esta Corte, de fecha 27 de diciembre de 1957, recaída en el 'Caso Siri', 'las garantías a la libertad de trabajo - artículo 14 -; a la propiedad - artículo 17 -; a la libre actividad - artículo 19 -, de la Constitución Nacional', que estarían afectadas, e hizo presente que la situación que planteaba era de 'una gravedad extraordinaria. Al acto delictuoso de la ocupación de una fábrica y la deposición de sus legítimos propietarios, se suman los constantes pedidos de amparo que por mi parte vengo repitiendo ante las autoridades policiales y administrativas y que formalizo con este escrito' (fs.1/3). El mismo día, la Cámara de Apelación antes mencionada desechó el recurso planteado con el fundamento de que el recurso de 'Habeas Corpus', 'como ha resuelto invariablemente este tribunal y lo tiene decidido la más autorizada doctrina, tiene por objeto esencial la protección de la libertad personal o corporal y no puede hacerse extensivo a la protección de otros derechos que se pretenden vulnerados. Tales derechos deben ejercitarse conforme a los respectivos procedimientos creados por las leyes de la materia (cfr. Corte Federal, Fallos, 216, 606; J. A., 1950-III, 486, entre otros); fs.6. Contra esta sentencia, el interesado interpuso recurso extraordinario, el cual, concedido por la Cámara de Apelación, llega ahora a la decisión de esta Corte. Y Considerando: Que, ante todo, corresponde apartar el fundamento expresado por el tribunal a quo para desechar la pretensión del interesado. Este no dedujo recurso de habeas corpus, sino de amparo, invocando los derechos constitucionales de la libertad de trabajo, de la propiedad y de la libre actividad, o sea, dedujo una garantía distinta a la que protege la libertad corporal y que, a semejanza del hábeas corpus, procura asimismo una protección expeditiva y rápida que emana directamente de la Constitución. Esta Corte lo ha declarado así en la sentencia de fecha 27 de diciembre del año ppdo en la causa 'Siri, Angel' (Fallos, 239, 450), con fundamentos que se dan aquí por reproducidos en todo lo pertinente. Que si bien en el precedente citado la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública y no de actos de particulares, tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional. Admitido que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (artículo 33, Constitución Nacional), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas. Es verosímil presumir que, en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública. En el tiempo en que la Constitución fue dictada, frente al individuo solo e inerte no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado. Pero los constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino, más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y, aun, eternos: la protección de la libertad. Esto último es lo que resulta del inequívoco y vehemente espíritu liberal de la Ley Suprema, aquello otro lo que se comprueba objetivamente en los textos constitucionales mismos. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada - que es, desde luego, la del habeas corpus y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc. - por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos. Las circunstancias concretas de esta causa constituyen por sí solas un ejemplo significativo. Aun menos admisible es el distingo a que antes se ha hecho referencia, considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social de estos últimos 50 años. 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 poderío 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 nueva fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales. Si, en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional

de los derechos humanos frente a tales organizaciones colectivas, nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución y, con ella, la del orden jurídico fundamental del país. Evidentemente, eso no es así. La Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios. Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción: 'Las leyes disponen para lo futuro', dice el artículo 3° del Código Civil, con un significado trascendente que no se agota, por cierto, en la consecuencia particular que el precepto extrae a continuación. Con mayor fundamento, la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fué dictada la Constitución. Entre esos grandes objetivos, y aun el primero entre todos, está el de 'asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino' (Preámbulo). Con respecto a la protección de la libertad corporal, la interpretación amplia es la que surge del pertinente precepto de la ley suprema: 'Nadie puede ser [...] arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente', dice el artículo 18 con fórmula muy general, lo que significa establecer que, no tratándose de esa única hipótesis estricta, toda privación ilegítima de la libertad personal, sin distinción alguna acerca de quien emana, autoriza el amparo de la Constitución. Esta amplitud del hábeas corpus es la que corresponde a la tradición del recurso en el derecho angloamericano - fuente inmediata del nuestro, a través de la Carta de los Estados Unidos del Norte - y, si bien ha sido indebidamente restringido por la mayoría de los códigos procesales - que han tomado por ratio lo que era sólo ocasio -, es la que corresponde a la letra y al espíritu de la Constitución. Así lo reconocen diversos tratadistas de nuestro derecho: 'La ley no debe dar una garantía limitada, una protección parcial, diremos así, contra los actos de determinados poderes. Contra todos los poderes, incluso el Judicial, contra los avances de los particulares, en cuanto afectan las garantías individuales, debe ella tener el mismo imperio e igual eficacia' (JOFRÉ, Tomás. Manual de procedimiento criminal, Bs. As., 1914, n°164). Esta crítica del eminente jurista, exacta con respecto a la ley de procedimiento, no alcanza al texto amplio de la Ley Suprema. Entre las Constituciones de provincias, es digna de señalar la de Entre Ríos, que conserva expresamente el alcance tradicional del 'Habeas Corpus', extendiéndolo, aún, a la protección de cualquiera de las garantías establecidas en la Constitución Nacional o Provincial o las leyes (artículo 25). La misma amplitud corresponde reconocer al recurso de amparo, que esta Corte, en el precedente antes mencionado (Fallos, 239, 459), extrajo de la sabia norma del artículo 33 de la Constitución. Sin una reserva que, expresa o implícitamente, emane de los preceptos constitucionales y que imponga una inteligencia restringida del recurso de amparo, la interpretación amplia es la que mejor consulta los grandes objetivos de la Ley Suprema y las genuinas finalidades de aquellas garantías. Lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados. Dichas garantías no atienden unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales. La Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes 'los beneficios de la libertad', y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos. En el mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 10 de diciembre de 1948, establece en su artículo 8°: 'toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley'. Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces

restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia - lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio - a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. Pero, guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional. De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación. En el caso de autos, se trata de la ocupación material de una fábrica por parte del personal obrero, determinada exclusivamente por un conflicto de carácter laboral con la empresa. Los ocupantes no han invocado ni pretenden tener ningún derecho a la posesión o detención de la fábrica. Según sus manifestaciones expresas y concordantes, la ocupación obedece al conflicto existente con la empresa patronal y se mantienen en el inmueble 'sin ejercer violencia alguna, y defendiendo de esa manera su trabajo y a la espera de una resolución definitiva' (fs.29,30,31 y ss de la causa k 21). Ahora bien, la acción directa, o sea 'el aseguramiento o la satisfacción de una pretensión por autoridad propia' (Enneccerus-Nipperdey, Derecho civil. Parte general, vol. II, & 223, Barcelona, 1935), no está consagrada por nuestra legislación salvo en los casos de legítima defensa o de estado de necesidad, que presuponen indispensablemente la circunstancia de que el agente no pueda obtener en tiempo el auxilio de la autoridad. Con respecto a la posesión de las cosas, es un caso particular de aquellas defensas el legislado por el artículo 2.470, del Código Civil. Pero ni este Código ni otra ley alguna de nuestro ordenamiento reconocen a nadie, sin mediar aquellas situaciones de excepción, la facultad de recurrir por sí mismo a las vías de hecho para asegurar o defender lo que estima su derecho, mantenerse en ellas ante la pasiva presencia de la autoridad pública. Ningún precepto legal confiere esa facultad a los obreros o a cualquier otro sector del pueblo argentino. No se trata de negar o discutir la existencia del derecho de huelga ni poner en duda la legitimidad de las reclamaciones de los obreros en el conflicto que mantienen con la empresa patronal, aspectos absolutamente extraños a la instancia extraordinaria de esta Corte en la ocasión presente. Lo que aquí se afirma es la obvia conclusión de que todos los ciudadanos están sometidos a las leyes y que ninguno puede invocar en su favor derechos supra legales, es decir, derechos que existirían por encima y con prescindencia de las normas que integran el derecho positivo argentino. No otra cosa significa decir, desde el punto de vista del imperio de la ley, que una comunidad humana exista como estado de derecho. De las circunstancias de esta causa y, en particular, de las declaraciones expresas de los obreros que ocupan la fábrica, surge de modo manifiesto e indudable la ilegitimidad de esa ocupación. Nada hay, por tanto, en este solo aspecto de la ocupación, que corresponda diferir a los procedimientos ordinarios establecidos por las leyes para la dilucidación de los aspectos de fondo del conflicto gremial y de los derechos de las partes. Nada hay tampoco que requiera ser debatido en una acción real o en un interdicto posesorio. Aun en la hipótesis de que los obreros tuvieran toda la razón y la empresa ninguna, sería siempre verdad que la ocupación de la fábrica por aquéllos es ilegítima, como vía de hecho no autorizada por nuestras leyes. También es manifiesto el agravio serio e irreparable que resulta de esta situación para los propietarios de fábricas y aun para los intereses generales. La ocupación de los obreros dura desde hace casi tres meses, y desde entonces la fábrica está 'totalmente paralizada' (expte. K 21, informe de fs. 36), sin que pueda saberse qué tiempo tardará aún para que el conflicto sea resuelto por las autoridades competentes ni cuál es el estado de los procedimientos respectivos. La magnitud del agravio y su carácter irreparable son, así, patentes. Que, como surge de las consideraciones que anteceden, se hallan reunidas en este caso las condiciones necesarias para la procedencia del recurso de amparo deducido. Los hechos de la causa revelan de modo indudable que existe una restricción ilegítima de los derechos constitucionales invocados por el recurrente: desde luego, el de propiedad; también, y sobre todo, el de la libertad de trabajo, pues lo ocupado por los obreros no es un inmueble baldío o improductivo, sino una fábrica en funcionamiento y mediante la cual el propietario ejerce su actividad económica de fabricante. En estas condiciones, no es juicioso pretender que el afectado reclame la devolución de su propiedad por los procedimientos ordinarios: si cada vez que, a raíz de un conflicto, muchas personas ocupan materialmente una fábrica, un instituto privado de enseñanza o cualquier otro establecimiento, los propietarios no tuvieran más recurso, para defender sus derechos

constitucionales, que deducir un interdicto posesorio o de despojo, con múltiples citaciones a estar a derecho para todos y cada uno de los ocupantes, con la facultad de éstos de designar sus propios abogados, de contestar traslados y vistas, de ofrecer y producir pruebas, etc., cualquiera comprende a qué quedaría reducida la protección de los derechos que habrían concedido las leyes y de qué modo habría quedado subvertido el orden jurídico del país. En situaciones como las mencionadas, que es también la de estos autos, la protección judicial de los derechos constitucionales no tolera ni consiente semejantes dilaciones. Por ello, habiendo dictaminado el Sr. Procurador General, se revoca la sentencia apelada de fs. 5. Haciendo uso de la facultad que acuerda a esta Corte el artículo 16, parte 2ª, de la Ley 48, y habida cuenta de las constancias existentes en el expte. K. 21, XIII, de las que resulta haberse oído a los ocupantes del inmueble del que trata la causa, se hace lugar al recurso de amparo deducido a fs. 1/3. En consecuencia, y sin más trámite, líbrese oficio por Secretaría al Sr. comisario de Villa Lynch, provincia de Buenos Aires, a fin de que proceda de inmediato, con habilitación de días y horas, a entregar al Sr. Sabatino Kot, representante de 'Samuel Kot SRL', el establecimiento textil situado en la calle Arias n° 228, Villa Lynch, partido de San Martín libre de todo ocupante.

- Alfredo Orgaz - Benjamin Villegas Basavilbaso - Aristobulo D. Araoz de Lamadrid (en disidencia) - Julio Oyhanarte - (en disidencia) - Juan Carlos Beccar Varela. DISIDENCIA DE LOS DRS ARISTOBULO D. ARAOZ DE LAMADRID Y JULIO OYHANARTE: La firma Samuel Kot SRL, propietaria de un establecimiento textil situado en la calle Arias 228 de Villa Lynch, partido de San Martín, Provincia de Buenos Aires, mantiene desde el 21 de marzo ppddo un conflicto con su personal obrero. La huelga de este personal fue primeramente declarada ilegal por la delegación San Martín del Departamento Provincial del Trabajo con fecha 28 de marzo, por lo cual la firma patronal dispuso la concurrencia de los obreros a su trabajo dentro de las 24 horas, con excepción de los delegados Arón Fistein y Aníbal Villamayor. Un mes y medio más tarde, el presidente del Departamento Provincial del Trabajo declaró nula aquella resolución de la Delegación San Martín e intimó a ambas partes a reanudar el trabajo. La empresa se negó a reincorporar a los obreros que había despedido y entonces éstos y otros compañeros ocuparon la fábrica el día 9 de junio y se mantienen en ella hasta ahora; los patrones pueden entrar al establecimiento y sacar objetos dejando constancia escrita, mas se impide la entrada al personal de administración y a los capataces (fs.27, 27 vta., 29, 30, 31, 32, etc, del expte. K 21 -XIII-). Desde el día de la ocupación, 'el establecimiento no realiza labor alguna' de suerte que 'la fábrica está totalmente paralizada' (informe policial de fs. 36 del citado expediente). El mismo día de ocupación de la fábrica, el socio gerente de la empresa, don Juan Kot, formuló denuncia por usurpación ante la comisaría de Villa Lynch (San Martín) y reclamó la entrega del inmueble, iniciándose el sumario correspondiente. Estando en trámite las actuaciones, fueron requeridas telefónicamente por el juez penal de La Plata - el día 16 de junio - , quien, después de avocar el conocimiento del sumario, resolvió dos días después - el 18 de junio - sobreseer definitivamente en la causa 'en cuanto al hecho de la ocupación del inmueble de la calle Arias 228 de la localidad de Villa Lynch, partido de San Martín y no hacer lugar al pedido de desocupación de la misma'. El fundamento de esta resolución consistió, en lo esencial, en que habiendo sido ocupado el inmueble a causa de la existencia de un conflicto colectivo de trabajo entre la mencionada empresa y su personal obrero, 'es evidente que en la especie esa ocupación no tiene por objeto el despojo de la posesión de esa cosa inmueble, con ánimo 'de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad' (artículo 2.351, Código Civil), sino que lo ha sido en función de la existencia de ese conflicto laboral' (fs.54/56). Apelada esta resolución por el apoderado de la empresa, y luego de diligenciarse algunas medidas para mejor proveer dispuestas por la Cámara 3ª de Apelaciones en lo Penal de La Plata, ésta 'por sus fundamentos' confirmó el sobreseimiento definitivo que había sido objeto del recurso (auto de fecha 8 de julio, fs.88). Contra esta sentencia, Samuel Kot SRL interpuso el recurso extraordinario sobre el que debe pronunciarse esta Corte. Considerando: 1) Que en el caso de 'Angel Siri', el Tribunal declaró la existencia, en el derecho público argentino, de una acción o recurso de amparo destinado a tutelar las llamadas 'garantías constitucionales'. La doctrina que en tal oportunidad quedó establecida, tuvo por fundamento la afirmación de que dichas 'garantías constitucionales' existen y protegen al hombre por el solo hecho de hallarse consagradas en la Ley Fundamental, de modo que deben hacerse efectivas, en cada caso concurrente, aun cuando no medien leyes reglamentarias. Por lo tanto, para que los principios entonces expuestos sean aplicables, es necesario que se produzca la restricción o vulneración de una 'garantía constitucional'. Si esta primaria exigencia no se cumple, ninguna razón autoriza a poner en funcionamiento los mecanismos defensivos que aquella doctrina

presupone. 2) Que no todos los derechos de que una persona puede ser titular están incluidos en el concepto jurídico de 'garantía constitucional'. Para que un derecho individual revista este carácter, es preciso, en principio, que se trate de un derecho público subjetivo reconocido al hombre frente al poder público. En términos generales, únicamente los derechos que poseen esta naturaleza hállanse dotados de jerarquía constitucional y comprendidos dentro de los artículos 14 y 17 de la Ley Fundamental, que el recurrente cita. Y ello, en virtud de que, por constituir verdaderas e insalvables limitaciones a la autoridad estatal, contribuyen a formar la esencia del estado de derecho y hacen parte de su definición. Tal es la razón por la que Alberdi, en el artículo 20 de su proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, se ocupa de las libertades del hombre llamándolas 'garantías de derecho público'. En mérito al principio señalado, asimismo, una reiterada jurisprudencia tiene resuelto que las 'garantías constitucionales' no son sino restricciones a la acción de los gobiernos, tendientes a impedir la extralimitación de los poderes públicos, y han sido dadas a los particulares contra las autoridades (Fallos, 134 :37; 138, .71; 141, 65; 174, 178; 183, 190). No se trata, por supuesto, de considerar a las libertades del hombre como otros tantos obstáculos que circundan al Estado, que lo comprimen, que le niegan la posibilidad de desarrollar una actividad positiva encaminada a la conquista del bien social. Caracterizar la libertad como limitación a la autoridad, significa que las acciones que el poder público emprenda llevan ínsita la idea de que la libertad del hombre es el presupuesto de la autoridad, lo que convierte en constitucionalmente inválido todo acto que conduzca a su aniquilamiento o desvirtuación. En suma, las 'garantías constitucionales' para cuyo resguardo puede decirse que existe el remedio de amparo, tal como lo caracterizó la doctrina del caso 'Siri', son los derechos públicos subjetivos que el hombre tiene frente al Estado. Por ello, justamente, esa doctrina posee alta significación política; expresa una de las premisas de la forma democrática de gobierno y su vigencia resulta imprescindible a fin de lograr que el acrecentamiento de las funciones del Estado moderno, que se inclina a ser cada vez en mayor grado un Estado positivo y asume tareas económico-sociales de magnitud creciente, se realice sin desmedro de las libertades públicas, a las que debe servir. 3) Que el bien jurídico invocado en la especie, carece de la entidad constitucional requerida para que le sea aplicable la doctrina sub examine. En efecto, lo alegado en autos no es más que el desconocimiento de atributos inherentes al derecho de dominio, según se infiere con certeza del escrito presentado con fecha 8 de agosto ppdo., en que se formula agravio por la ocupación de la fábrica y la prohibición de acceso a los propietarios. El que está en discusión, pues, no tiene carácter de derecho público subjetivo ni de 'garantía constitucional'; es simplemente un derecho subjetivo privado, de los que se originan en las relaciones entre particulares (Fallos, 176 : 363), de donde se infiere que la doctrina a que el recurrente quiere acogerse es por completo extraña al tema litigioso. Cuando un particular lesiona el derecho privado de otro, como se dice que habría acontecido en la especie, su acto no es inconstitucional; tampoco vulnera 'garantías constitucionales' ni es susceptible del remedio de amparo que -según la doctrina antes vista- resguarda esas garantías. Por el contrario, trátase de un acto ilícito y sujeto a las previsiones de la legislación ordinaria, las que deben efectivizarse de acuerdo con las normas procesales pertinentes, cuyo dictado incumbe privativamente a las provincias. Jurídicamente hablando, pues, todo derecho del hombre muestra una configuración que podría llamarse bifronte; uno de sus lados mira hacia el Estado y presenta al derecho revestido de la calidad de 'garantía constitucional'; el otro lado, en cambio, mira hacia los terceros particulares y, desde él, el derecho es específicamente derecho privado. De este principalísimo aspecto conceptual, se ha ocupado el profesor de la Universidad Católica del Sacro Cuore, G. Balladore Palliere, quien, refiriéndose a la libertad religiosa y los derechos de inviolabilidad personal y de propiedad, consagrados por las constituciones modernas, escribe: 'Es de hacer notar que los derechos que examinamos son tutelados sólo en cuanto a su posible violación por parte del Estado o de los entes públicos... En la práctica, un individuo tiene tanto interés en que su libertad no sea violada por un policía como por un particular. Pero de esta segunda hipótesis no se ocupa la Constitución. La defensa de los derechos de la libertad ante los posibles atentados de los particulares, corresponde a otras normas contenidas en la legislación ordinaria; el texto constitucional se preocupa sólo de su defensa contra la autoridad pública' (Diritto costituzionale, 1957, p. 332). Esta concepción jurídica, que nace con los inicios del Estado moderno, lejos de ser inactual, está presente en las más recientes expresiones del derecho público contemporáneo, por cuanto, como más arriba se dijo, es uno de los elementos constitutivos del estado de derecho. Así, la Comisión para la reorganización del Estado, designada en Italia por el Ministero per la

Costituyente, entre las conclusiones que presentara en mayo de 1946 y que influyeron decisivamente sobre los redactores del texto constitucional, definió las aquí llamadas 'garantías constitucionales' como verdaderos derechos públicos subjetivos, con el alcance ya visto (Relazione all'Assemblea Costituente, 1946, t. 1, p. 79 y ss., informe preparado por C. Mortati. Ver en el mismo sentido: G. Jellinek, *Teoría general del Estado*, 1943, p. 340 y 641; C. A. Colliard, *Les libertés publiques*, 1950, p. 434; A. de Cupis, *I diritti della personalità*, 1950, p. 86 y siguientes). 4) Que conforme a lo expuesto, la doctrina del caso 'Siri' no guarda relación directa ni inmediata con la situación jurídica planteada en autos. Para que pudiera hacerse extensiva a esta última, habría que modificarla en su esencia y sostener que el amparo no es un medio defensivo implícito en la Ley Fundamental para la tutela de 'garantías constitucionales', sino una acción sumarísima creada por los jueces, al margen de toda norma legal autoritativa, con el fin de posibilitar la defensa procesal de todos los derechos individuales imaginables, incluso los meros derechos privados existentes en el orden de las relaciones entre particulares, como lo son el dominio y sus atributos. He aquí el aspecto central del problema, que precisa ser subrayado. En el caso 'Siri' se resolvió un conflicto entre la libertad y la autoridad, en amparo de la primera, cuya custodia esta Corte estimó indeclinable. Mientras tanto, lo que ahora se pide es que el más Alto Tribunal de la Argentina inaugure una doctrina y cree una acción que, inevitablemente, servirá para que el enfrentamiento de dos derechos privados sea resuelto en perjuicio de uno de ellos. 5) Que semejante extensión no puede ser judicialmente aceptada sin causar grave daño a principios y preceptos de observancia ineludible. 6) Que, ante todo, el otorgamiento de amparo en casos como el que se juzga, desvirtuaría la naturaleza jurídica del instituto en cuestión, según ella aparece configurada por la legislación y la doctrina contemporáneas, de las cuales se desprende, por vía de principio prácticamente uniforme, que hay amparo de la libertad contra actos emanados de autoridades públicas, pero no contra los que provengan de sujetos particulares (en la Argentina: Constituciones de Entre Ríos y Santiago del Estero; ley 2494 de Santa Fe y Constitución de 1921 de la misma provincia. En el extranjero: Constituciones de Brasil, México, Guatemala, Honduras, Panamá, Nicaragua, Italia, República Federal Alemana, Baviera, España de 1931, Austria de 1920, etcétera. Ver además: R. Bielsa, *Estudios de derecho público*, 1952, t. III, p. 401; J. A. González Calderón, *Comisión de estudios constitucionales*, 1957, t. II, p. 36 y 39; Federación Argentina de Colegios de Abogados, *Quinta Conferencia Nacional de Abogados*, 1941, p. 66 y ss., declaración ponencia adicional y, especialmente, discurso del miembro informante, doctor A. Walter Villegas). Y si es posible, por vía de hipótesis, que el legislador amplíe la esfera de acción del amparo, extendiéndolo a las violaciones cometidas por personas privadas, lo que de ningún modo puede admitirse es que los jueces, sobre la base de supuestos principios implícitos en la Constitución, tengan la misma potestad ampliatoria. 7) Que ello, asimismo, estaría en oposición a la doctrina jurisprudencial norteamericana referente al writ of mandamus, con el que habitualmente se compara al remedio de amparo. De modo uniforme y sin excepciones, los tribunales de Estados Unidos han decidido que el mencionado writ existe respecto de los actos de un oficial público, (officer) o de una corporación pública o semipública en tanto que no opera contra actos de particulares ni se extiende a las relaciones privadas entre individuos (Suprema Corte de Estados Unidos, caso 'Rorick v. U. S. Sugar Co.', *Federal Reporter, Second Series*, t. 120, p. 418, y fallos de los tribunales de Georgia, W. Virginia, Wisconsin, Missouri, S. Dakota, California, Oklahoma, etc., citados en el *Corpus Iuris Secundum*, 1948, t. 55, p. 451 y siguientes). 8) Que, por lo demás, es preciso advertir que las facultades de uso y goce que se dicen infringidas, gozan de minuciosa y adecuada protección legal. El argumento, enfáticamente planteado por el recurrente, de que la denegación del amparo peticionado dejaría a su derecho desprotegido, debe ser examinado como asunto de legislación y no de pura teoría. Cabe preguntar, pues: ¿es exacto que sin el amparo -concebido como 'protección constitucional' - el dominio y sus atributos quedarían, jurídicamente, en estado de indefensión? La respuesta negativa surge sin esfuerzo. Si por algo se caracteriza el derecho positivo del país es por la forma precisa y completa en que ha previsto la defensa procesal de las facultades jurídicas que el apelante dice le han sido violadas. Hablar de omisión o de indiferencia legislativa es, por lo menos, equivocado, ya que el examen más rápido y superficial revela la existencia de un nutrido conjunto de provisiones normativas en la materia (artículo 2.490, Código Civil; artículo 29, inciso 2, Código Penal; disposiciones procesales sobre interdictos posesorios y acción de desalojo; etcétera). Ante esta circunstancia, de cualquier cosa puede hablarse menos de inexistencia e insuficiencia de una tutela jurisdiccional predispuesta por el legislador. Si el recurso en consideración se rechazara, el dominio y sus

atributos - que se alegan - distarían mucho de quedar desprotegidos, por cuanto el amparo que se pide no supone otra cosa, en definitiva, que colocar una nueva acción de origen judicial junto a los múltiples procedimientos sumarios establecidos por la ley. Por lo tanto, aunque fueran invocables los artículos 14 y 17 de la Constitución, de todos modos tendría fuerza obligatoria el principio de que las 'garantías constitucionales', cuando han sido reglamentadas, deben ejercitarse en la forma y dentro de los términos prescriptos por las leyes de procedimiento, que son de orden público y de cumplimiento inexcusable (Fallos, 159:69). 9) Que esta es la doctrina que rige el caso y no la que el recurrente reclama. Si algo no puede afirmarse con verdad, es que en el derecho argentino falta una amplia y expeditiva tutela jurisdiccional ofrecida por la ley al dominio y sus atributos. Por consiguiente, siendo innegable que ella existe, ¿por qué razón esencial debería concederse el amparo? La respuesta no parece difícil, ciertamente. El amparo debería concederse no por inexistencia, sino por una supuesta ineficacia de aquella tutela. Y ante esta comprobación, se hace forzoso reiterar que al juzgador le está vedado pronunciarse sobre el acierto del Congreso, o de una legislatura, en la elección de los medios que estimó aptos para el logro de los fines legales (Fallos, 153, 111; 181,264 ; 196, 295).10) Que, por lo demás, el remedio procesal eficaz, aparte haber existido, ha sido empleado por el recurrente. En efecto, éste compareció ante la justicia ordinaria de la provincia de Buenos Aires, y basándose en jurisprudencia reiterada, así como tácitamente en los artículos 29, inciso 2 del Código Penal y 80 del respectivo Código de Procedimiento, requirió la inmediata desocupación del inmueble (fs.17 y 49 del expte. K. 21). Es claro que el resultado fue negativo por cuanto los jueces de la causa, en ejercicio de facultades propias e irreversibles, desecharon la petición; pero, de todos modos, la circunstancia indicada revela una de las peculiaridades más notables de este litigio. El recurso expeditivo previsto por la ley para la tutela del derecho, estuvo a disposición del propietario y fue utilizado sin éxito. De donde se sigue que al amparo solicitado debería darse no porque haya faltado un régimen procesal adecuado, sino porque el empleo de éste resultó infructuoso. Si la justicia ordinaria de la provincia de Buenos Aires hubiera dispuesto la desocupación, no habría habido cuestión de amparo. La hay, únicamente, debido a que 'Samuel Kot SRL' reproduce, por una vía inexistente que quiere abrir valiéndose de la doctrina del caso 'Siri', la misma pretensión que ya le fuera rechazada en una de las instancias legalmente pertinentes. 11) Que la naturaleza de un instituto jurídico está supeditada, exclusivamente, a la reunión de los elementos que lo configuran y determinan su esencia. Por ello cualquiera sea el nombre que quiera dársele, lo que el recurrente intenta no es demanda ni recurso de amparo. Por su naturaleza y sus fines, es una especie de interdicto sumarísimo que el juzgador debería instituir y tramitar, sin audiencia de la contraparte, en reemplazo de los procedimientos ordenados por la ley. En el caso 'Siri', tantas veces citado, el amparo vino a suplir la omisión del legislador con respecto a ciertas 'garantías constitucionales'. Por el contrario, la sentencia a dictarse en el sub lite, si acogiera las pretensiones de 'Samuel Kot SRL', no sería supletoria sino sustitutiva, en el plano de la reglamentación procesal de los derechos privados: tendría contenido normativo y desplazaría normas expresas sancionadas por una legislatura provincial. 12) Que la decisión que otorgara amparo en casos como este, introduciría una absoluta inseguridad jurídica. Sin que se encuentren comprometidos los bienes de suprema jerarquía constitucional que dieron sentido a la doctrina del caso 'Siri', al hacerse lugar al recurso interpuesto estaría creándose una facultad absolutamente discrecional, no reglada, reconocida a todos los jueces del país, incluso a los jueces de paz legos que en muchas provincias existen; y esa facultad podría o debería ejercitarse en orden a los conflictos suscitados entre particulares con motivo del ejercicio de sus derechos privados, quedando las modalidades del procedimiento - audiencia, prueba, apelación - también deferidas al libre arbitrio de los jueces. Las consecuencias que de ello derivarían son imprevisibles, pero indudablemente riesgosisimas. A título ilustrativo, recuérdese los desapasionados juicios de Vallarta, quien, ya a fines del siglo pasado, cuando examinó el recurso de amparo vigente en México, dejó escrita esta frase, como una advertencia: 'jueces ha habido que han hecho del amparo un arma política para herir a sus enemigos'. Téngase presente, además, que un procedimiento semejante al que en estos autos se discute, el writ of injunction, llegó a ser en Estados Unidos 'un instrumento usado por los tribunales para la huelga en los conflictos del trabajo' (M. E. y G. O. Dimock, American government in action, 1947, p. 772), al extremo de que, para eliminar tan nociva manifestación del discrecionalismo judicial, debió incluirse previsiones especiales en la ley Norris-La Guardia del año 1932. Frente a estas reveladoras constataciones que nos brinda la experiencia ajena, más que nunca parece oportuno reproducir aquí la regla sobria y comprometedora que, desde

proteção dos indivíduos contra atos ou omissões contrários aos direitos fundamentais ocorridos entre particulares, mesmo sem a existência de lei alguma na ordem federal.

O referido “Caso Kot” aborda de forma direta uma situação de violação de direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos na Argentina, quais sejam, os direitos de liberdade de trabalho, propriedade e livre atividade, por atos de particulares, que são os trabalhadores que em decorrência de um conflito laboral ocuparam a fábrica da família Kot, impedindo o acesso dos administradores e funcionários, de modo que restou paralisada toda a atividade fabril, afirmando a possibilidade de se invocar direitos fundamentais entre particulares “y extendiendo la protection del amparo, que procede frente a actos mamfiestamente ilegales o arbitrarios que infrinjan un derecho constitucional, a las violaciones producidas por otros particulares”²⁷⁸.

antiguo, se impusieron los jueces argentinos: ‘la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes’ (Fallos, 155:240). 13) Que en cuanto a la libertad de trabajo, también invocada en el recurso, las consideraciones que preceden tienen valor decisivo. Por otra parte, habida las circunstancias de la causa, la violación de esa libertad, si hubiera ocurrido, sería, en todo caso, un efecto secundario o accesorio derivado de la privación de la cosa. Es obvio, pues, que las acciones o interdictos previstos por la ley para obtener la restitución son igualmente idóneos para hacer cesar el daño, que según asevera el propietario, habriase causado a su libertad de trabajo. 14) Que, por último, la impugnación referente al artículo 19 de la Constitución, debe desecharse, ya que no se advierte que ese precepto guarde relación con lo decidido por el tribunal ‘a quo’. Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara improcedente el recurso extraordinario concedido a fs. 15. - Aristobulo D. Araoz de La Madrid y Julio Oyhanarte” (ARGENTINA, Jurisprudência. **Fallos nº 241:291**. Caso Samuel Kot - Amparo contra Actos de Particulares. Corte Suprema de Justicia de La Nación - República Argentina. Jueces: Aristobulo D. Araoz de La Madrid y Julio Oyhanarte. Prensa oficial, 05 de septiembre de 1958, p. 291-313. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=111561>>. Acesso em: 10 jan. 2011).

²⁷⁸ “Alguns autores argentinos citam as sentenças da Corte Suprema Argentina dos casos “Siri” e “Kot” como se em ambas “se tratara el tema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y, concretamente, el riesgo que para los derechos fundamentales supone la acumulación de poder material y económico por parte de consorcios, asociaciones profesionales y grandes empresas. Sin embargo, sólo la segunda de las citadas sentencias se refiere a esa cuestión, puesto que en la sentencia del ‘Caso Siri’ la violación de los derechos fundamentales, la libertad de prensa, se había producido por una acción estatal, concretamente el cierre y ocupación de un periódico por parte de la Policía, extremo éste que es resaltado en la propia sentencia del ‘Caso Kot’. El nexo común entre una y otra sentencia estriba en que en la primera de ellas, la Corte Suprema creó la denominada ‘Acción de Amparo’, innovación jurisprudencial cuyo efecto principal fue el hacer extensivo el procedimiento sumario previsto para el ‘Habeas Corpus’ a la protección de otros derechos fundamentales protegidos en la Constitución, distintos de la libertad corporal, aspecto procesal éste en el que la sentencia del ‘Caso Kot’ sigue el precedente sentado por la del ‘Caso Siri’. La Corte se basó en la existencia de una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual y que se asienta en el artículo 33 de la Constitución Nacional” (JIMENA, Rafael Sarazá. *Op. cit.*, p. 166).

No “Caso Kot” em análise, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina tratou de diferenciar os direitos subjetivos públicos (relações entre Estado e indivíduo) dos direitos subjetivos privados (relações entre indivíduo e indivíduo), sob a justificativa de que os direitos possuem certo conteúdo sujeito à configuração jurisprudencial, ou seja, podem ser identificados por meio do exercício de interpretação, mesmo não estando positivado expressamente em nenhum texto normativo, especialmente nos casos onde o conteúdo desses direitos é vulnerável às transgressões.

Destaca-se o fato de que no “Caso Kot” foi verificada a possibilidade, devido à conjuntura do modelo contemporâneo de Estado, da existência de grupos de poder privados que poderiam, a exemplo do Estado, violar direitos fundamentais nas relações com outros particulares, principalmente quando estes se encontram numa situação de subordinação.

Na interpretação dos juízes da Corte Suprema de Justiça a Constituição Nacional argentina não poderia desamparar essas relações entre particulares apenas por não haver preceito legal expresso nesse sentido, nem mesmo impor que quem tivesse algum de seus direitos mais caros violado tivesse que, necessariamente, recorrer à defesa lenta e custosa dos procedimentos ordinários, entendendo ser possível recorrer mediante a sumária Ação de Amparo.

Como constata Rafael Sarazá Jimena²⁷⁹, “en plena década de los 50, cuando en Alemania hacía poco que se había comenzado a formular la teoría de la ‘Drittwirkung’, la Corte Suprema Argentina llega a conclusiones similares a las de los padres de la ‘Drittwirkung’”.

Na interpretação de Allan R. Brewer-Carías y José de Jesús Naveja Macías²⁸⁰, no Caso Samuel Kot, a Corte Suprema da Nação Argentina:

[...] admitió el amparo contra actos de particulares, habiéndose sostenido que nada hay en la letra ni el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los derechos constitucionales está circunscrita a los ataques que provengan sólo del Estado, puesto

²⁷⁹ JIMENA, Rafael Sarazá. *Op. cit.*, p. 168.

²⁸⁰ BREWER-CARÍAS, Allan R.; MACÍAS, José de Jesús Naveja. **La situación general de la acción de amparo contra particulares en el derecho latinoamericano.** In: *Revista Trilogía*, nº 4, p. 1-6. Buenos Aires, nov. 2007. p. 2.

que, sostuvo el Alto Tribunal, lo que se tiene principalmente en vista, no es tanto el origen de la lesión a los derechos constitucionales como éstos en sí mismos, pues no se atiende a los agresores como a los derechos agredidos.

Conforme Daniel Alberto Sabsay e José Miguel Onaindia²⁸¹, a Ação de Amparo é uma construção doutrinária porque originária da interpretação constitucional realizada pela Corte Suprema de Justicia de la Nación, nos famosos “leading cases” “Caso Siri”²⁸² (1957) e “Caso Kot” (1958), cuyas decisiones admitiram, em decorrência da inexistência de norma processual específica para regulamentar a matéria, a existência de uma ação destinada à tutela dos direitos não alcançados pelo “Habeas Corpus”, que é uma espécie de garantia de direitos bastante restrita.

Na época muito se discutiu a respeito e os julgadores chegaram à conclusão de que “los preceptos constitucionales y la experiencia institucional del país reclaman de consuno el deber de asegurar el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho”²⁸³.

Existe uma diferença básica entre o “Caso Siri” e o “Caso Kot”. No “Caso Siri” a pretensão foi proteger o direito de liberdade de imprensa frente a uma violação do Poder Público. Já no “Caso Kot” o julgador admitiu a Ação de Amparo contra uma violação de direitos fundamentais proveniente de particulares.

Ressalta-se que depois do “Caso Kot” não apenas a Corte Suprema da Nação como também os Tribunais argentinos passaram a admitir, de modo

²⁸¹ SABSAY, Daniel Alberto; ONAINDIA, José Miguel. *Op. cit.*, p. 164.

²⁸² “Caso Siri”, 1957, t. 239, p. 459-467: “El actor Angel Siri era director y propietario del diario ‘Mercedes’, que había sido clausurado por la policía de la provincia de Buenos Aires. Ante ello interpuso un habeas corpus para que la justicia dispusiera su reapertura. Habiendo comprobado la base fáctica de que la medida se había dictado sin justificación, la mayoría de la Corte (votó en disidencia el juez Carlos Herrera) afirmó que ‘los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas’; y basándose en ese principio admitió la acción. De esta forma surgió el instituto procesal del amparo, aunque ese nombre no fue formulado por el actor ni se alude a él en este fallo” (ARGENTINA, Jurisprudência. **Fallos nº 239:459** (Caso Angel Siri - Amparo contra Actos del Estado). Corte Suprema de Justicia de La Nación - República Argentina. Juez: Carlos Herrera. Prensa oficial, 27 de diciembre de 1957, p. 459-467. Disponível em:

<<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=107087>>. Acesso em: 10 jan. 2011. p. 459).

²⁸³ ARGENTINA, Jurisprudência. **Fallos nº 239:459** (Caso Angel Siri - Amparo contra Actos del Estado). *Op. cit.*, p. 459 e 463.

reiterado e de forma uniforme, a procedência da Ação de Amparo contra atos de particulares²⁸⁴.

Seguindo uma linha evolutiva, após o reconhecimento e adesão jurisprudencial da aplicabilidade de direitos fundamentais às relações privadas, em 1966 foi aprovada, na Argentina, a Lei nº 16.986, conhecida como “Ley de Accion de Amparo”, dizendo que:

[...] la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el “Habeas Corpus” (artículo 1º, de la Ley nº 16.986, de 1966).

Esta Lei nº 16.986, de 18 de outubro de 1966 foi instituída para regulamentar a Ação de Amparo contra os Atos do Estado que foi criada pela jurisprudência por meio da sentença do “Caso Siri”.

O artigo 1º da Lei nº 16.986, de 18 de outubro de 1966, que se fundamentou diretamente no artigo 33, da Constitución de la Nación Argentina, concede a Ação de Amparo exclusivamente contra os atos ou omissões da autoridade pública que porventura viessem a infringir direitos fundamentais²⁸⁵, com o que excluía a possibilidade de exercer a Ação de Amparo, na forma da Lei nº 16.986, de 18 de outubro de 1966, contra os atos de particulares, de modo contrário ao que reconheceu a sentença do “Caso Kot”.

Tempos depois, agora sim, a Ação de Amparo foi estendida também aos particulares, feito que aconteceu por meio dos artigos 321, inciso 2²⁸⁶, e 498²⁸⁷,

²⁸⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R.; MACÍAS, José de Jesús Naveja. *Op. cit.*, p. 2.

²⁸⁵ “Artículo 33: las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” ([Constituição Nacional argentina, de 1853, versão reformada em 1994](#)).

²⁸⁶ [Artigo 321, do Código Processual Civil e Comercial da Nação Argentina em vigor](#): “Artículo 321 ([Proceso Sumarísimo](#)): Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498: [...]. 2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela

da Lei nº 17.454, de 18 de agosto de 1981, que reformou o Código Processual Civil e Comercial da Nação Argentina²⁸⁸:

[...] la Ley nº 17.454 introdujo en el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial, inciso 2, el proceso sumarísimo para el amparo contra actos u omisiones de particulares que lesionen derechos o garantías reconocidos implícita o explícitamente por la Constitución Nacional²⁸⁹.

Porém, ao nível constitucional, como virto, apenas a reforma de 1994 é que acabou por incorporar explicitamente a Ação de Amparo, tanto contra atos de autoridades públicas como de particulares. Para tanto, o Constituinte Derivado argentino criou um segundo capítulo na primeira parte do texto da Constitución de la Nación Argentina, intitulado “novos direitos e garantias”, composto pelos artigos 36 ao 43.

Conforme a verificação de Daniel Alberto Sabsay e José Miguel Onaindia²⁹⁰:

La cláusula constitucional prevé las dos formas de amparo reguladas en nuestra legislación y exige para su admisibilidad formal la inexistencia de otro medio judicial hábil para hacer cesar la violación,

inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección. [...] (modificado por La Ley nº 25.488, de 22 de noviembre de 2001, artículo 2º - artículo sustituido)”.
²⁸⁷ **Artigo 498 do mesmo texto normativo:** “Capítulo II (Proceso Sumarísimo - artículo 498). Artículo 498 (tramite): En los casos en que se promoviese juicio sumarísimo, presentada La demanda, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si correspondiese que la controversia se sustancie por esta clase de proceso. Si así lo decidiese, el trámite se ajustará a lo establecido para el proceso ordinario, con estas modificaciones: 1) Con la demanda y contestación se ofrecerá la prueba y se agregará la documental. 2) No serán admisibles excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni reconvención. 3) Todos los plazos serán de tres días, con excepción del de contestación de demanda, y el otorgado para fundar la apelación y contestar el traslado memorial, que será de cinco días. 4) Contestada la demanda se procederá conforme al artículo 359. La audiencia prevista en el artículo 360 deberá ser señalada dentro de los diez días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo. 5) No procederá la presentación de alegatos. 6) Sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias. La apelación se concederá en relación, en efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo (modificado por la Ley nº 25.488, de 22 de noviembre de 2001, artículo 2º - artículo sustituido)”.

²⁸⁸ ARGENTINA. Legislación. **Lei nº 17.454, de 1981**. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires, 18 de agosto de 1981. Boletín Oficial, 27 de agosto de 1981. Disponible: <<http://www.iberius.net/es/AisManager?Action=ViewDoc&Location=getdocs:///DocMapCSDOC S.dPortal/2664>>. Acceso em: 08 jan. 2011.

²⁸⁹ RUSSO, Eduardo Ángel. *Op. cit.*, p. 211.

²⁹⁰ SABSAY, Daniel Alberto; ONAINDIA, José Miguel. *Op. cit.*, p. 166.

restricción ilegítima o peligro que impida el goce y ejercicio de un derecho.

O Constituinte Reformista de 1994 inspirou-se na redação do artigo 1º, da Lei nº 16.986²⁹¹ para estabelecer a categoria dos atos que podem ser objeto de Ação de Amparo, no sentido de que a lesão ao direito pode provir, inclusive, de uma omissão (não fazer) que acarrete uma restrição ilegítima.

É importante salientar, também, que na forma prevista na Constitución de la Nación Argentina, artículo 43, a Ação de Amparo pode ser serve não apenas para garantir o exercício de direitos de hierarquia constitucional, mas também daqueles contemplados em Tratados Internacionais e leis internas.

Por fim, em razão da estrutura federal da República Argentina, algumas de suas Províncias acabaram regulando processos que em muito se aproximavam à Ação de Amparo, inclusive contra particulares, contudo, interessa para este estudo apenas o tratamento dado às normas de direitos fundamentais na Constitución de la Nación Argentina.

A decisão da Corte Suprema da Argentina posterior à reforma de 1994 à Constitución de la Nación Argentina em vigor, normalmente citada como marco jurisprudencial de referência sobre efeitos horizontais dps direitos fundamentais nas relações jurídicas de subordinação, como acontece, por exemplo, nas relações de trabalho²⁹² ou de consumo²⁹³, é um uma decisão de 18 de

²⁹¹ “Artículo 1º: la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el ‘Habeas Corpus’” (Lei nº 16.986, de 1966).

²⁹² De ressaltar que a especial necessidade de proteção do trabalhador tem duplo fundamento: o primeiro está no fato de o empregado ser dependente, subordinado às ordens do empregador, situação que afeta a pessoa do trabalhador, que se sente diminuído em relação ao patrão; e o segundo lastreia-se na dependência econômica do empregado que, embora não necessária conceitualmente, apresenta-se, na grande maioria dos casos, pois em regra um indivíduo somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro quando se vê obrigado a isso para obtenção de seus meios de vida. O direito do trabalho nada mais faz do que procurar limitar os inconvenientes resultantes dessa dependência pessoal e econômica.

²⁹³ Na relação de consumo o consumidor subordina-se ao produtor, “não somente pela sua inexperiência ou inaptidão técnica, mas em decorrência de uma necessidade de consumo. É exatamente este atrelamento de poder que justifica certos casos de tutela especial do consumidor, como, por exemplo, no que tange às cláusulas injustas dos contratos de adesão” (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O conceito jurídico de consumidor**. In: *Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça*, 1988. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 fev. 2011). No Brasil, dentre os valores fundamentais, a

diciembre de 2007 sobre accidente do trabalho, conhecida como “Caso Silva” (Fallos: 330:5345)²⁹⁴.

Na ocasião, os julgadores Don Carlos S. Fayt y Don Enrique Santiago Petracchi defenderam a tese de que os direitos humanos reconhecidos nos instrumentos internacionais não apenas impõem obrigações ao Estado, como também aos particulares, ainda mais quando se trata de relações jurídica de subordinação como no caso de acidente do trabalho.

Como fundamentação normativa ao reconhecimento da aplicação das regras de direitos fundamentais nas relações privadas, os julgadores citam o artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; o Preámbulo, primer párrafo, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948; la Convención Europea de Derechos Humanos adotada pelo Conselho de Europa em 1950, em vigor desde 1953; y la Convencion Americana sobre Derechos Humanos suscrita na conferência especializada interamericana sobre direitos humanos ocorrida em San José da Costa Rica, de 07 a 22 de novembro de 1969.

Consta no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948). Do primeiro parágrafo do preâmbulo da Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, extrai-se:

Constituinte de 1988 elegeu o princípio da dignidade humana como valor preponderante. Com o intuito garantir esse valor supremo, em todos os seus aspectos, a Constituição Federal de 1988 assegurou sua efetividade também no campo das relações de consumo, inserindo, no inciso XXXII, do artigo 5º, o mandamento de que, *in verbis*: “artigo 5º: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]”. Elevou-se, portanto, a defesa do consumidor ao *status* de direito fundamental. Aqui verifica-se a preocupação do constituinte de 1988 com as relações de consumo e em garantir a tutela daqueles considerados “vulneráveis” nessa relação. A tutela do consumidor tem função valorativa porque faz parte do *rol* de direitos e garantias fundamentais albergados pela Constituição Federal de 1988, cujos princípios devem servir de bússola para a interpretação de seu texto normativo.

²⁹⁴ ARGENTINA, Jurisprudência. **Fallos nº 330:5345**. (Caso Silva - Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A.). Corte Suprema de Justicia de La Nación - República Argentina. Jueces: Don Carlos S. Fayt y Don Enrique Santiago Petracchi. Buenos Aires, 18 de diciembre de 2007. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp>. Acesso em: 10 abr. 2011.

Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948).

Graças à Convención Europea de Derechos Humanos, modificada depois da entrada em vigor de diversos protocolos adicionais²⁹⁵, em especial o de nº 11, de novembro de 1998, com 59 artigos, e que estendeu sobremaneira os direitos e libertades até então existentes, os Estados signatários, atualmente, se obrigam a garantir a todas as pessoas submetidas à sua jurisdição, os direitos e as libertades fundamentais que sanciona e, por decorrência, o efeito direto dos direitos que devem ser garantidos são tanto vertical (contencioso de direito público) como horizontal (contencioso de direito privado).

Destaca-se que os termos da Convención Europea de Derechos Humanos, por força do parágrafo 22, do artigo 75, da Constitución de la Nación Argentina em vigor²⁹⁶, formam parte da legalidade que o juiz argentino deve respeitar. Do corpo da decisão em comento (Fallos nº 330:5345) extrai-se que:

²⁹⁵ Até agora foram aprovados 14 protocolos adicionais à referida Convenção. Na primeira parte, a Convención Europea de Derechos Humanos em vigor elenca os direitos e as libertades fundamentais que devem ser reconhecidos a todo indivíduo sujeito à jurisdição dos Estados membros firmantes, enquanto a segunda parte é dedicada à atividade da Corte Europeia e às modalidades de recursos de sua competência.

²⁹⁶ “Artículo 75: corresponde al Congreso: [...]. 22 - aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional” (Constitución de la Nación Argentina).

Es más que oportuno destacar que esta doctrina ha encontrado en el derecho del trabajo un campo de singular desarrollo y aplicación, tal como lo ilustra, entre otros ejemplos, la jurisprudencia de la Sala Social de la Corte de Casación francesa, en cuanto, sobre la base del artículo 8º de la citada Convención Europea, resolvió litigios que ponían en juego, en el marco de un contrato de trabajo, por un lado, la libertad de elección del domicilio personal y familiar del empleado frente a una determinada cláusula de dicho contrato, y, por el otro, la protección de la vida privada y familiar de éste en el supuesto de un despido por falta grave.

Os julgadores reconheceram que “la obligación de los que utilizan los servicios a la preservación de quienes los prestan” deve se realizar “en los términos de las leyes respectivas”, porém, enfatizam “entre éstas, el primer lugar es ocupado, naturalmente, por La Constitución Nacional”, que ao enunciar direitos e garantias fundamentais o faz “para que éstos resulten efectivos, no ilusorios, máxime si lo puesto en juego es, como aquí ocurre, un derecho humano” (Fallos nº 330:5345). Assim, concluem que:

[...] mediante la exclusión reparadora en juego, la LRT ha desarticulado un sistema construido a través de los años y de duras experiencias históricas, que impone al empleador responsabilidad por las condiciones en que se presta el trabajo bajo su dependencia, como modo de asegurar que se respeten los derechos universalmente reconocidos al trabajador (Fallos nº 330:5345).

Por fim, dispõe o artigo 1º, parágrafo 1º, da Convencion Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, lo siguiente:

Artículo 1º: Obligación de Respetar los Derechos. 1 - Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2 - Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Em geral, na Argentina, a doutrina e a jurisprudência tem interpretado que a Argentina, signatária do direito internacional dos direitos humanos, tem a obrigação normativa de respeitar os direitos e liberdades que consagra em sua

Constituição Nacional e de garantir o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades a todas as pessoas que estão sujeitas à sua jurisdição.

Para cumprir essa obrigação de garantia de direitos fundamentais o Estado argentino tem obrigação “erga omnes” de proteger todos os seus jurisdicionados, cuja obrigação geral se impõe não apenas em relação com o poder estatal, mas também à atuação de terceiros particulares.

Todavía, sem prejuízo disso, no direito interno argentino o tema relacionado aos efeitos horizontais dos direitos fundamentais se encontra claramente resolvido desde a reforma constitucional de 1994, quando o artigo 43 passou a dispor o que segue:

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, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio (Constitución de la Nación Argentina)

Significa dizer que qualquer pessoa particular pode acionar contra qualquer particular se um ato deste último lesiona com ilegalidade manifiesta um direito reconhecido como tal por um tratado internacional.

Conclui-se, então, que a doutrina e a jurisprudência argentina, principalmente depois da reforma constitucional de 1994, além de

reconhecerem cabalmente o efeito horizontal dos direitos fundamentais, adotam a tese da autoaplicabilidade direta: eficácia imediata (“Unmittelbare Drittwirkung”) dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Ademais, a dimensão horizontal não ignora a vertical, nem mesmo se sobrepõe a ela, ao revés, pretende agregar valores aos preceitos tradicionais, ainda mais porque existe uma origem comum entre a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, na medida em que afloram quando se verifica um desnível entre os sujeitos da relação jurídica.

3.2.2 La eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada en la doctrina y en la jurisprudencia brasileña

No Brasil existe uma forte corrente doutrinária, encabeçada por Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com fundamento na aplicação imediata das normas de direitos e garantias fundamentais constitucionais, assegurada pelo parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal brasileira de 1988 (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”). De acordo com Adolfo Sánchez Alegre:

[...] se ha analizado por la doctrina [brasileira] si alguno de los procesos de protección de los derechos fundamentales puede ser dirigido frente a actos de particulares. Mientras que algún autor entiende que el “Habeas Corpus”²⁹⁷, solo puede dirigirse frente a

²⁹⁷ Na verificação de José Ernani de Carvalho Pacheco, a locução “Habeas Corpus”, originária do latim, é a justaposição de dois vocábulos que, traduzindo literalmente, significam “tome o corpo”. “Habeas” é ter, possuir, tomar; “Corpus” é corpo. Esta expressão, quando qualificada por mandado judicial, é instituto da mais alta tradição jurídica, ocupando as primeiras hierarquias no ordenamento dos povos livres. No Brasil, trata-se de uma garantia constitucional de um direito, o direito de ir, vir ou permanecer. É um “remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder” (PACHECO, José Ernani de Carvalho. “**Habeas Corpus**”: prática, processo e jurisprudência. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1995, p. 13). Em outras palavras, é “remédio jurídico que visa tutelar a liberdade de locomoção do indivíduo contra violência ou coação ilegal da autoridade” (ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro**.

quien ejerce una función pública, pues si la privación de libertad es realizada por un particular, se trata de un delito y puede exigirse la intervención de la policía y no promoverse un “Habeas Corpus”, para otros no puede realizarse distinción alguna en cuanto al carácter de aquel contra el que se dirige este proceso especial, pues la Constitución no hace referencia alguna a autoridad, como por el contrario si acontece con el Mandado de Segurança²⁹⁸. Por ello, procedería el “Habeas Corpus” cuando la coacción por parte del particular se produjese en hospitales, haciendas, colonias de trabajos, etc. En el Mandado de Segurança (que se asemejaría más a un proceso de amparo genérico, referido a cualquier derecho y no solamente al de libertad de movimiento como es el caso del “Habeas Corpus”), si que prevé el artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988 una restricción de la legitimación pasiva, pues habría que dirigirla contra una autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones de poder público. Pero en base a este último inciso se ha posibilitado el ejercicio de esta acción frente al rector de una universidad particular o el director de una escuela privada²⁹⁹.

São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993, p. 443). Como se vê, o “Habeas Corpus” é um remédio jurídico destinado a tutelar, de maneira rápida e imediata, a liberdade de locomoção. Consiste em uma verdadeira garantia constitucional para amparar o direito à liberdade ambulatoria (a propósito, o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988). A Constituição Federal de 1988 proclama a garantia, mas é através da atividade jurisdicional que ela se concretiza. Como se trata de uma garantia pertinente ao direito de ir e vir, o instituto do “Habeas Corpus” foi encartado no diploma processual penal, que se encarregou de determinar os procedimentos para que este remédio seja aplicado de forma a garantir direitos. Vale salientar que, através do “Habeas Corpus”, se garante a liberdade individual, na acepção restrita da liberdade de locomoção. Assim, deverá ser utilizado sempre que a liberdade esteja exposta a cerceamento, quer nos direitos à faculdade de ir, permanecer ou vir, quer na inviolabilidade da segurança. A finalidade do “Habeas Corpus” é a proteção da liberdade de locomoção, a liberdade de ir e vir, natural e primária, atingida ou ameaçada por ato ilegal ou abusivo, ou seja, garantir a liberdade individual, devidamente enunciada no artigo 5º, “caput”, e inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988.

²⁹⁸ O Mandado de Segurança é definido por José Cretella Júnior “a ação civil de conhecimento, de rito sumaríssimo, pela qual todo aquele que, por ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública, sofra violação de direito líquido, certo e incontestável, não amparável por ‘Habeas Corpus’, ou tenha justo receio de sofrê-la, tem o direito de suscitar o controle jurisdicional do ato ilegal editado, ou a remoção da ameaça coativa, a fim de que se devolva, ‘in natura’, ao interessado aquilo que o ato lhe ameaçou tirar ou tirou” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários às leis do Mandado de Segurança**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1994, p. 18). Para Hely Lopes Meirelles o Mandado de Segurança é o “meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão em capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual, próprio, líquido e certo, não amparado por ‘Habeas Corpus’, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data. 16. ed. São Paulo: Malheiros. 1995, p 23). A Constituição Federal de 1988, artigo 5º, incisos LXIX e LXX, trata do Mandado de Segurança, trazendo o seguinte: “artigo 5º: [...] LXIX - conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘Habeas Corpus’ ou ‘Habeas Data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX - o Mandado de Segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; [...]” (Constituição Federal de 1988).

²⁹⁹ JIMENA, Rafael Sarazá. *Op., cit.*, p. 172.

A temática envolvendo eficácia horizontal dos direitos fundamentais se mantém atual e de grande relevância fática e jurídica no Brasil, principalmente quanto aos critérios de eficácia, aplicabilidade e de identificação de contra quem são oponíveis.

Ademais, se trata de um tema bastante recente no Brasil, ainda pouco discutido, e por uma questão de legado jurídico, pouco aplicado, eis que muito recentemente o Brasil conheceu o Código Civil de 2002 que acabou por reafirmar a constitucionalização o direito privado, além de limitar o princípio da autonomia da vontade que por muito tempo reinou absoluta.

De fato, os instrumentos tipicamente protetivos dos direitos fundamentais, como o “Habeas Corpus”, o Mandado de Segurança, o “Mandado de Injunção³⁰⁰” e a “Ação Popular³⁰¹”, somente são passíveis de

³⁰⁰ O Mandado de Injunção está previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988. É tido como uma garantia trazida pela Constituição Federal promulgada em 1988, que traz o seguinte enunciado: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Trata-se de um remédio constitucional que pode ser impetrado pelos titulares dos direitos, liberdades ou prerrogativas carentes de normas regulamentadoras exigidas pela Constituição Federal de 1988. São dois os pressupostos para o Mandado de Injunção: a) que não exista norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa; e b) que o impetrante seja beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa. A função do Mandado de Injunção é fazer valer um direito previsto na Constituição Federal de 1988, cujo exercício é inviabilizado pela falta de regulamentação. Por isso, a norma criada pelo Poder Judiciário possui apenas efeito entre as partes apenas (‘inter partes’) e não ‘erga omnes’, haja vista que a função típica do Poder Judiciário não é a de legislar, muito menos em caráter geral e abstrato. É o “remédio constitucional mandamental colocado à disposição de pessoa física ou jurídica (de direito público ou privado) e figuras despersonalizadas (espólio etc.) com o objetivo de criar a norma jurídica regulamentadora do direito do impetrante por intermédio do Estado-juiz para a satisfação do pedido. Produz efeitos sobre o caso concreto, sem valor ‘erga omnes’. Poderá excepcionalmente ser estendido a uma coletividade. Atua sobre a obrigação de fazer ou não fazer. E será ordem endereçada a quem tiver o dever de praticar o ato e de arcar com as conseqüências econômicas. E somente no caso de desobediência ou mesmo de resistência daquele que tem o dever legal de prestar é que o juiz adiantará a satisfação ao impetrante. Diz respeito à violação de direitos constitucionais por ausência de norma regulamentadora” (OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Mandado de Injunção**: da inconstitucionalidade por omissão - enfoques trabalhistas, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.36).

³⁰¹ A Ação Popular foi inserida na Constituição Federal de 1988 por meio do inciso LXXIII, do artigo 5º: “qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação Popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. A Ação Popular é regulada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Na definição de Diógenes Gasparini, a Ação Popular “é o instrumento judicial posto à disposição de qualquer cidadão para invalidar atos e outras medidas da Administração Pública e de suas autarquias, das entidades da Administração indireta ou das entidades subvencionadas pelos cofres públicos, ilegais e lesivos aos respectivos patrimônios, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Está prevista no inciso LXXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988

manejo quando a pretensão é impugnar atos atribuídos ao Poder Público (relação vertical - entre indivíduo e Estado). Mesmo quando se trata de Mandado de Segurança, que pode ser dirigido a entidades privadas, como instituições de ensino superior, por exemplo, trata-se de uma exceção que na prática não foge à regra, na exata medida em que a legitimação para utilização do Mandado de Segurança, nessas hipóteses, reside na natureza pública dos serviços prestados, que são autorizatárias da Administração Pública.

Como se constata, a partir de uma análise comparativa entre o arcabouço normativo do Brasil e da Argentina, no Brasil não existe nenhuma figura processual parecida com a “Ação da Amparo” que pode ser utilizada tanto para proteger um direito frente a uma violação do Poder Público como para proteger um direito violado por particulares.

No entanto, apesar da ausência da previsão constitucional de um instrumento de garantia de efetivo exercício de direitos fundamentais nas relações privadas, é preciso enfatizar que o legislador constituinte originário não teve a intenção de afastar os direitos fundamentais das relações privadas, principalmente porque a Constituição Federal de 1988 traz em seu texto, de forma explícita ou não, inúmeros dispositivos voltados à proteção dos direitos fundamentais, cuja efetividade está dirigida ao correto cumprimento por parte dos particulares³⁰².

e regulada pela Lei Federal nº 5.717, de 1965, no que não afronta aquela [...]” (GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 749). Nas lições de Hely Lopes Meirelles, a Ação Popular “é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos - ou a estes equiparados - ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos. É um instrumento de defesa do dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga (artigo 153, parágrafo 3º)” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ação Popular**. 10. ed. São Paulo: RT, 1985, p. 81-82).

³⁰² Por exemplo, o artigo 195 prescreve que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais que define. Também o artigo 205 afirma que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, que deve ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. De igual maneira, o artigo 225, que trata do meio ambiente, estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder

Também no âmbito infraconstitucional existem muitos exemplos de submissão de relações tipicamente privadas aos direitos fundamentais, como acontece com as relações de trabalho e as relações de consumo que, no ordenamento jurídico brasileiro, se sujeitam obrigatoriamente aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Mais que isso, o direito ao trabalho³⁰³ é definido como um direito social, portanto direito fundamental da segunda dimensão; o direito do consumidor³⁰⁴ é um direito difuso classificado como de terceira dimensão dos direitos fundamentais.

Nas relações trabalhistas tem-se o princípio protetivo, de fundamental importância na elaboração e aplicação da norma jurídica trabalhista. De acordo com esse princípio, a relação individual entre cada trabalhador e seu empregador tem seu fundamento no contrato de trabalho, que é a relação de direito privado e o Estado intervém nessa relação para proteger o trabalhador, mediante um estatuto de direito público. As duas normas, a regulamentação pelas partes do contrato individual do trabalho e o direito protetor do trabalho, têm como fundamento imediato cada trabalhador e, unidos, formam o direito individual do trabalho.

O princípio da proteção do trabalhador informa que o direito do trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte vulnerável na relação empregatícia: o trabalhador, visando retificar ou atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho³⁰⁵.

Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

³⁰³ “Artigo 6º: são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Constituição Federal de 1988).

³⁰⁴ “Artigo 170: a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Parágrafo único: é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (Constituição Federal de 1988).

³⁰⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 197-198).

De acordo com Mauricio Godinho Delgado³⁰⁶, o princípio da proteção trabalhista repercute em todos os segmentos do direito individual do trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo especial do direito. Enfatiza que existe visível predominância, no direito do trabalho, de regras essencialmente protetivas, garantidoras da vontade e interesses trabalhistas.

É preciso destacar que a aplicação do princípio da proteção no âmbito do direito do trabalho, não reflete quebra da isonomia dos contratantes, mas se traduz em perfeita aplicação da igualdade substancial das partes, já que não basta à igualdade jurídica para assegurar a paridade dos contratantes, tanto nas relações de direito material quanto processual. Foi justamente com a finalidade de igualar os desiguais³⁰⁷ que surgiu o princípio da proteção no âmbito do direito do trabalho.

O princípio de proteção pode se concretizar, segundo Américo Plá Rodrigues³⁰⁸ no princípio do *in dubio, pro operário* ou *pro misero*, na regra da aplicação da norma mais favorável e na regra da condição mais benéfica. Porém, Mauricio Godinho Delgado³⁰⁹ entende que a noção de proteção do trabalho e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação trabalhista, idéia inerente ao princípio protetor, não se desdobra apenas nas dimensões citadas por Plá Rodrigues, mas “abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do direito individual do trabalho”. Assim, esse princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem este ramo jurídico especializado, ou seja, seria a própria razão da existência do direito do trabalho.

Por meio do princípio de proteção do trabalho, a sociedade reconhece no trabalhador a parte mais frágil na relação, como ilustra o *caput* do artigo 468, da Consolidação das Leis do Trabalho:

³⁰⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 198.

³⁰⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 72 e ss.

³⁰⁸ PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993. P. 24.

³⁰⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 198.

Artigo 468: nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia³¹⁰.

A Constituição Federal de 1988, nos termos do seu artigo 7º³¹¹ garante aos trabalhadores o patamar civilizatório mínimo que o poder constituinte originário reputou indispensável à valorização do labor humano, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988³¹²).

Esta mesma Constituição Federal de 1988 consagrou também a defesa do consumidor em várias passagens do seu texto, elevando a defesa do consumidor ao “status” de direito fundamental³¹³ e determinando de modo taxativo³¹⁴ que o legislador ordinário elaborasse um diploma normativo de proteção ao consumidor, que acabou concretizado na forma da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como “Código de Proteção e Defesa do Consumidor”³¹⁵.

Reafirmando sua pretensão, o legislador expressou, no artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que “o Congresso Nacional,

³¹⁰ BRASIL, Legislação. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Constituição das Leis do Trabalho - CLT. Disponível em: <http://www.dji.com.br/decretos_leis/1943-005452-clt/clt.htm>. Acesso em: 07 fev. 2011.

³¹¹ “Artigo 7º: são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] (Constituição Federal de 1988).

³¹² “Artigo 1º: a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (Constituição Federal de 1988).

³¹³ Artigo 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]”.

³¹⁴ “Artigo 48: o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, anexo à Constituição Federal de 1988). Artigo 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (Constituição Federal de 1988). Artigo 150, parágrafo 5º: “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. Artigo 170, inciso V: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] “defesa do consumidor”.

³¹⁵ BRASIL, Legislação. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 16 fev. 2011.

dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Proteção e Defesa do Consumidor”.

Além disso, de forma diversa do que acontecia nas constituições anteriores, o legislador constituinte originário situou-se na linha de desenvolvimento do direito moderno ao dispor, no inciso XXXV, do artigo 5º, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” permitindo ao legislador infraconstitucional incluir, nessa garantia constitucional, os direitos coletivos e difusos, dentre eles, a tutela do consumidor.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, adequado aos primados constitucionais que condensam os valores sociais mais caros, trouxe significativas mudanças ao ordenamento jurídico brasileiro, disponibilizando princípios modernos e inovadores de defesa da sociedade, além de instituir instrumentos ágeis e efetivos de tutela do consumidor. Quer-se dizer que o legislador do referido Código se preocupou em fornecer mecanismos no sentido de facilitar o amplo acesso dos consumidores à tutela jurisdicional.

Tudo isso em decorrência do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Como o direito do consumidor é composto por normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais do consumidor, isto é, são normas de direitos sociais, têm aplicação imediata (artigo 5º, LXXVII, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988), ou seja, quanto à interpretação, não é mais possível fazer distinções entre princípios jurídicos (normativos) e princípios políticos (classicamente chamados de programáticos), eis que as normas definidoras de direitos sociais revelam eficácia, limitando a atividade legislativa e estatuinto para a Justiça e a Administração Pública o modo de o Código de Proteção e Defesa do Consumidor ser compreendido e aplicado.

De fato, numa sociedade de consumo em massa, é difícil afastar posição desfavorável de vulnerabilidade do consumidor enquanto tal, razão pela qual o legislador consumerista brasileiro, valendo-se de uma apurada técnica legislativa, criou um sistema jurídico aberto, embasado em cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que são chamadas de “normas de sobredireito”. O

estatuto consumerista assume o papel de norma geral das relações de consumo, cabendo aos demais direitos uma função eminentemente residual.

A jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição Federal de 1988 na resolução de litígios privados, independentemente da natureza jurídica da relação. Há que se fazer, entretanto, uma importante ressalva: os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tratam, em sua maioria, de casos envolvendo relações trabalhistas.

Nas demais relações jurídicas entre pessoas privadas há poucos julgados que mencionam expressamente a questão de direitos fundamentais, embora se reconheça que os Tribunais brasileiros, ainda que indiretamente, utilizam preceitos constitucionais no caso concreto vinculando particulares aos direitos fundamentais, em questões envolvendo principalmente o Código de Defesa do Consumidor, para afastar a onerosidade excessiva de determinado contrato, ou ainda, julgar nula determinada cláusula.

Mesmo assim, apenas mais recentemente é que se passou a aceitar a aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil, a começar por aquelas caracterizadas pelo elemento “subordinação”.

Vejam-se alguns exemplos apresentados por ordem cronológica.

Em 1995, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a submissão de operárias de uma indústria de vestuário à revista íntima, embora admitida por adesão ao contrato de trabalho, fere a garantia constitucional da intimidade:

Ementa: I - Recurso extraordinário: legitimação da ofendida - ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público (STF, Súmulas nº 210 e 448). II - Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo,

dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então³¹⁶.

Também o caso da exclusão de associado de cooperativa sem direito de defesa, julgado em 1996:

Ementa: Defesa. Devido processo legal. Inciso LV do “rol” das garantias constitucionais. Exame. Legislação comum. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. Cooperativa. Exclusão de associado. Caráter punitivo. Devido processo legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa³¹⁷.

Outro julgado do Supremo Tribunal Federal de destaque neste tema é o do Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, de 1997, que versou sobre a discriminação de empregado brasileiro em relação ao francês na empresa “Air France”, mesmo realizando atividades idênticas:

Ementa: constitucional. Trabalho. Princípio da igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: estatutos do pessoal desta: aplicabilidade ao trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. Constituição Federal de 1967, artigo 153, parágrafo 1º; Constituição Federal de 1988, artigo 5º, *caput*. I - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no

³¹⁶ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 160.222/RJ**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Sepúlveda Pertence. Julgado em: 11 de abril de 1995. Publicado no DJ de 01 de setembro de 1995.

³¹⁷ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 158.215/RS**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Marco Aurélio. Julgado em: 30 de abril de 1996. Publicado no DJ de 07 de junho de 1996, p. 19830.

Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: Constituição Federal de 1967, artigo 153, parágrafo 1º; Constituição Federal de 1988, artigo 5º, *caput*). II - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do Supremo Tribunal Federal: Ag nº 110.846 (AgRg)/PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV - Recurso conhecido e provido³¹⁸.

Um dos primeiros casos em que o Supremo Tribunal Federal foi instigado a se manifestar especificamente sobre a temática da eficácia dos direitos fundamente nas relações privadas, que não dizia respeito às relações trabalhistas, foi em 2005, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ. De fato, o Supremo Tribunal Federal já havia apreciado a questão em outros processos, mas nunca se posicionado abertamente sobre o tema:

Ementa: sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I - Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II - Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades

³¹⁸ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 161.243/DF**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Carlos Velloso. Julgado em: 29 de dezembro de 1996. Publicado no DJ de 19 de dezembro de 1997, p. 00057.

fundamentais. III - Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal.aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, Constituição Federal de 1988). IV. Recurso extraordinário desprovido³¹⁹.

Na ocasião, a União Brasileira de Compositores - UBC interpôs recurso extraordinário visando à reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que invalidou seu ato de exclusão de associado ao argumento de que a recorrente não teria respeitado o princípio constitucional da ampla defesa. A recorrente justificou que, no caso, não se aplicaria o referido princípio já que não se tratava de órgão da Administração Pública.

A relatora Ellen Gracie, seguida em suas idéias pelo ministro Carlos Velloso, deu provimento ao recurso argumentando que as associações privadas possuem autonomia para elaboração de suas regras e, neste compasso, os indivíduos que nela ingressariam tinham de aderir a estas normas, ademais em se considerando o cumprimento do estatuto, não haveria se falar em anulação da exclusão do associado.

Para dar seu voto, a ministra Ellen Gracie buscou inspiração na doutrina americana da “state action” que, como visto, nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, não admitindo, destarte, qualquer

³¹⁹ BRASIL, Jurisprudência. **Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora Ellen Gracie. Julgado em: 11 de outubro de 2005. Publicado no DJ de 27 de outubro de 2006. p. 00064.

vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais. Segundo essa teoria adotada nos Estados Unidos da América, os direitos fundamentais constantes na Constituição Norte-Americana (“Bill of Rights”) fixam limites somente para o Poder Público e não oferecem aos particulares direitos oponíveis a outros particulares, exceto na 13ª Emenda que proibiu a escravidão.

Já o ministro Gilmar Mendes entendeu de forma contrária, no que foi acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, citando como fundamento de sua decisão a teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privada. O ministro Gilmar Mendes justificou a adoção da teoria da aplicabilidade direta pelo caráter público e geral da atividade. Os ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello que o acompanharam no voto, consideraram legítima a aplicação da teoria da aplicabilidade direta pelos mesmos motivos, reconhecendo que os direitos fundamentais projetam-se por igual numa perspectiva de ordem estritamente horizontal.

Foi esta a tese que acabou prevalecendo na decisão em apreço, já que a maioria dos ministros votaram pelo reconhecimento da plena legitimidade da aplicação direta das garantias fundamentais da cláusula constitucional do “due process of law” no tocante ao processo de exclusão do associado da entidade de direito privado.

O Superior Tribunal de Justiça também adotou a teoria da eficácia imediata, no julgamento do “Habeas Corpus” nº 12547/DF, como Relator o Ministro Ruy Rosado Aguiar. Tratava-se do caso de prisão civil por dívida, decorrente de alienação fiduciária:

Ementa: “Habeas Corpus”. Prisão Civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade

contratual e aos dispositivos da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC sobre o fim social da lei e obediência aos bons costumes³²⁰.

Restou decidido no sentido da transposição direta do princípio vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada por se tratar relação desigual de poder entre uma grande corporação empresarial e um particular, porque similar à desigualdade que se estabelece entre o indivíduo e o Estado.

Esses são alguns dos principais casos consagrados na doutrina e na jurisprudência que envolvem o questionamento a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, aos quais o Poder Judiciário entendeu como razoável a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Contudo, mesmo que não sejam poucos os julgados envolvendo direitos fundamentais e direito privado, o Supremo Tribunal Federal, que é a Corte Constitucional brasileira, não se filiou a determina doutrina e/ou teoria, tendo se limitado à resolução dos conflitos, sem mencionar a questão complexa envolvendo a aplicação de preceitos constitucionais ao litígio de particulares.

Denota-se, destarte, a inquietação que o tema eficácia horizontal dos direitos fundamentais ainda gera no Brasil.

Nesta seara, pode-se concluir que a autonomia privada, cujas limitações encontram-se na ordem jurídica, não pode ser exercida com prejuízo aos direitos e garantias de outros entes, mormente aqueles positivados em sede constitucional, vez que a autonomia de vontade não adjudica aos indivíduos, no âmbito de seu encontro e desempenho, a faculdade de violar ou ignorar as restrições impostas pela Constituição Federal, cuja eficácia e força normativa igualmente se impõem, aos entes privados, no domínio de suas relações particulares, em sede de liberdades fundamentais.

Como se vê, a temática envolvendo eficácia horizontal dos direitos fundamentais se mantém atual e de grande relevância fática e jurídica no Brasil, principalmente quanto aos critérios de eficácia, aplicabilidade e de identificação de contra quem são oponíveis.

³²⁰ BRASIL, Jurisprudência. “Habeas Corpus” nº 12.547/DF. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 31 de maio de 2000. Publicado no DJ de 12 de fevereiro de 2001. p. 115.

Apesar do reconhecimento jurisprudencial no Brasil e constitucional na Argentina, ainda não se conseguiu garantir o esperado efeito horizontal dos direitos fundamentais, principalmente nas relações de consumo e do trabalho.

A discussão sobre a problemática do efeito horizontal dos direitos humanos fundamentais, bem como sua eficácia frente a terceiros, num estudo comparado entre Argentina e Brasil, teve por escopo confirmar a hipótese de que os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos devem ser direta e imediatamente aplicáveis, em decorrência da força normativa que se traduz na sua vigência efetiva na concretização dos direitos fundamentais.

Entretanto, é importante não perder de vista que por mais que o Poder Social, representado pelo empregador privado ou pelo fornecedor, por exemplo, se aproxime do Poder Público no tocante à necessidade de proteção do mais fraco que com ele se relacione, os dois não são assimiláveis. Significa dizer que o particular, por mais influente que seja, continua sendo titular de direitos fundamentais.

Isso tudo para dizer que será inevitável que o julgador se com algumas zonas cinzentas, nas quais não restará tão evidente qual dos litigantes estará com a razão. São nestes casos difíceis (“hard cases”) que entra em cena o postulado da ponderação. Destarte, o que deverá nortear o grau ou a medida da aplicação direta das normas constitucionais será este instrumento metódico de argumentação e decisão, o que permitirá harmonizar a ordem jurídica nas hipóteses em que dois ou mais princípios constitucionais estiverem em rota de colisão.

4 **LOS CRITERIOS RECOMENDADOS PARA ENCAUSAR LA SOLUCIÓN PROPUESTA**

Neste capítulo a pretensão é discutir acerca dos critérios de eficácia, aplicabilidade e de identificação de contra quem são oponíveis os efeitos horizontais dos direitos fundamentais, com o escopo de confirmar a hipótese de que os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos devem ser direta e imediatamente aplicáveis, em decorrência da força normativa que se traduz na sua vigência efetiva na concretização dos direitos fundamentais.

4.1 **LOS CRITERIOS DE EFICACIA Y APLICABILIDAD EN LO QUE SUGIERE ROBERT ALEXY**

No Brasil, a partir do mandamento constitucional de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (parágrafo 1º, do artigo 5º), a interpretação primeira é no sentido de que a Constituição Federal de 1988 aderiu à teoria da efetivação máxima dos direitos fundamentais, englobando não apenas a verticalidade (Estado e particular) mas também a horizontalidade (particular e particular) dos direitos fundamentais.

No entanto, a corrente doutrinária que adota essa teoria, a exemplo de Robert Alexy, que se manifesta contrário à tese do Tribunal Constitucional Federal alemão que vem adotando a teoria da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais, reconhece que nem sempre é possível utilizar a teoria da eficácia horizontal direta, haja vista que o conteúdo de alguns direitos

fundamentais não tem natureza de eficácia plena, mas, contida ou mesmo limitada³²¹.

Considerando, destarte, a natureza principiológica dos direitos fundamentais³²², a busca pela efetividade plena dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados legitima a conjugação das teorias da eficácia horizontal direta e indireta.

De acordo com Robert Alexy³²³, via de regra a discussão sobre a polêmica acerca da eficácia irradiante dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares, parte da premissa de que apenas uma das teorias é correta, ou seja, ou a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é direta ou indireta. No seu pensar, esta suposição é falsa, argumentando que apenas um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa e, neste sentido, adequada.

³²¹ “Quanto à aplicabilidade, as normas constitucionais são classificadas pela doutrina em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada: ‘no Brasil, autores da melhor linhagem elaboraram cortes parciais que iluminaram aspectos específicos do tema. O estudo sistemático pioneiro na matéria deve-se a José Afonso da Silva, em notável monografia escrita em 1968 e reeditada em 1982, cuja ênfase recaía na eficácia das normas constitucionais. Lastreando-se na lição de Rui Barbosa, assentou o eminente Professor da Universidade de São Paulo que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos. Em seguida, elaborou, sob inspiração da doutrina italiana, sua célebre classificação tricotômica das normas constitucionais, dividindo-as em: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático), em geral dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos. De acordo com essa formulação, normas de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação. Normas de eficácia contida são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas prevêm meios normativos (leis integradoras, conceitos genéricos etc.) que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade. Por último, normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema” (BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 212-213).

³²² “Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental” (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 112).

³²³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 514.

O modelo sugerido por Robert Alexy³²⁴ possui três níveis: dos deveres do Estado, dos direitos frente ao Estado e das relações jurídicas entre sujeitos de direito privado. Enfatiza que entre estes três níveis não existe uma relação de graduação, mas uma relação de implicação recíproca.

Para Robert Alexy³²⁵ a teoria de efeito mediato está situada no nível dos deveres do Estado. Citando parte da decisão do Caso Lüth, o citado autor explica que por força de mandamento constitucional, o juiz tem que julgar se as normas materiais de direito civil a serem por ele aplicadas não são influenciadas pelo direito fundamental da forma descrita; se isso ocorrer, então ele precisa observar a modificação do direito privado que resulta desta influência junto à interpretação e aplicação daquelas normas. Este seriam, então, o sentido da vinculação do juiz cível aos direitos fundamentais. Se o falhar na aplicação destes critérios e se sua sentença se basear na inobservância desta influência constitucional sobre as normas de direito civil, ele irá não somente infringir o direito constitucional objetivo, na medida em que ignorará o conteúdo da norma de direito fundamental (enquanto norma objetiva), mas também violará, por meio de sua decisão e uma vez investido do poder público, o direito fundamental a cuja observância pelo Judiciário o cidadão também tem o direito subjetivo constitucional.

O segundo nível da sua teoria integradora é o dos direitos frente ao Estado, relevantes para sua influência em terceiros. Esclarece que o fato de que na interpretação e aplicação das normas de direito civil o juiz deva ter em conta a ordem valorativa dos direitos fundamentais não diz, todavia, que se viola este dever lesiona direitos fundamentais na forma de direitos subjetivos:

Uma eficácia indireta expressa a idéia de irradiação dos direitos fundamentais no âmbito privado por meio das disposições legais que regem o direito civil, mormente as chamadas cláusulas gerais, e imputa a violação de direitos fundamentais, no caso concreto, ao julgador que, chamado a resolver uma demanda civil baseada em direitos fundamentais, não decide de maneira correta sobre a eficácia desses direitos na esfera privada. A eficácia opera indiretamente, ou

³²⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 515.

³²⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 516.

seja, pela mediação de um órgão do Estado (legislador, juiz), que está vinculado diretamente aos direitos fundamentais³²⁶.

No terceiro nível se trata dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os sujeitos privados, que para Robert Alexy³²⁷ deve ser de efeito imediato em terceiros. Nas explicações de André Rufino do Vale³²⁸:

[...] uma eficácia direta representa a incidência imediata, sem concretizações intermediárias, dos direitos fundamentais, como direitos subjetivos, frente a violações procedentes de sujeitos privados. [...], a doutrina da eficácia imediata reivindica a aplicação da norma constitucional como razão primária e justificadora de uma determinada decisão.

Segundo Vieira de Andrade³²⁹, aqueles que se filiam à teoria da eficácia horizontal direta ou imediata pretendem dar maior proteção aos indivíduos nas relações com empresas privadas e indivíduos mais poderosos, revelando sensibilidade especial às relações de desigualdade que se multiplicam no mundo do trabalho, da política, da vida social e mesmo da vida familiar. Para isso, apelam para o forte pendor socializante da Constituição Federal de 1988 e à necessidade de que os poderes públicos assegurem efetivamente a todos os níveis a igualdade e a justiça social, intervindo e organizando, estabelecendo imperativos, disciplinando e proibindo.

Em suma, neste pensar a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais será direta sempre que o enunciado e sua natureza o permitirem, caso contrário será indireta. Destarte, o tipo de direito fundamental e o modo como se configura a relação jurídica privada serão determinantes para a delimitação de uma eficácia mediata ou imediata, ou seja, de uma prevalência da autonomia privada ou do direito fundamental em questão. Tudo

³²⁶ VALE, André Rufino do. ***Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas.*** In: *Revista de Direito Público, Doutrina Brasileira*, nº 9, p. 51-74., jul./ago./set., 2005. p. 61.

³²⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 520.

³²⁸ VALE, André Rufino do. *Op. cit.*, p. 61.

³²⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. ***Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares.*** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 284-285.

se resume, desse modo, “na ponderação entre autonomia privada e direito fundamental³³⁰”.

No Brasil existe uma forte corrente doutrinária no sentido da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com fundamento na aplicação imediata das normas de direitos e garantias fundamentais constitucionais, assegurada pelo parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal brasileira de 1988 (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).

Em sentido contrário estão Luiz Guilherme Marinoni, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni³³¹:

[...] a eficácia direta ou imediata não exclui a eficácia horizontal mediata ou indireta. Na verdade, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser mediada pela lei e, assim, deve ser indireta ou mediata. Apenas quando o legislador se omite, negando vida ao direito fundamental - e então há que se pensar na supressão da omissão -, é que se tem de admitir a sua eficácia direta sobre os particulares.

No mesmo sentido se posicionam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins³³²:

[...] no ordenamento jurídico brasileiro, vale como regra geral que o destinatário dos deveres correspondentes aos direitos fundamentais é o Estado, tanto no sentido do dever de abstenção como no sentido do dever de ação mediante prestações. Os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais (o direito fundamental à vida corresponde à punição do homicídio etc.). No mais, os direitos fundamentais desenvolvem como aludido um efeito de irradiação na interpretação da legislação comum, principalmente de cláusulas gerais.

Porém, na opinião de Daniel Sarmiento, um dos pioneiros juristas brasileiros em desenvolver estudo específico e aprofundado sobre a matéria

³³⁰ VALE, André Rufino do. *Op. cit.*, p. 62.

³³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 84.

³³² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008. p. 113.

em questão³³³, aqui citado por Luis Marcello Bessa Maretti³³⁴ a Constituição Federal de 1988 adotou a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, haja vista que não consta, no corpo constitucional nenhum texto que “sugira a idéia de vinculação destes direitos apenas ao Estado, ou ainda, e forma indireta e mediata aos particulares”, ao contrário disso, com exceção de alguns direitos cujo destinatário é o Estado, na maioria dos demais casos o Constituinte de 1988 não estabeleceu “nenhuma limitação no pólo passivo das liberdades públicas que afastasse os particulares”.

A teoria da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais também é aceita pelo Supremo Tribunal Federal, como se verificou no Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, cuja decisão foi no sentido da possibilidade de aplicação da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Destarte, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o espaço de autonomia privada garantido pela Constituição Federal de 1988 não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais.

Entende-se, juntamente com José Joaquim Gomes Canotilho³³⁵, que “o problema da eficácia dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas”, já que a questão da eficácia horizontal se insere no âmbito da função de proteção dos direitos fundamentais, independentemente de onde vêm a lesão, se do Estado ou de pessoas privadas individuais ou coletivas.

³³³ Daniel Sarmiento defendeu seu doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob orientação de Ricardo Lobo Torres, em junho de 2003. Wilson Steinmetz, orientado por Clèmerson Merlin Clève, defendeu sua tese também de doutoramento na Universidade Federal do Paraná, alguns meses antes, em fevereiro do mesmo ano (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais e relações entre particulares**. In: *Revista Direito GV*, v. 1, nº 1, p. 173 - 180. São Paulo, maio de 2005. p. 174).

³³⁴ Daniel Sarmiento *apud* MARETTI, Luis Marcello Bessa. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2624, 7 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17348>>. Acesso em: 07 nov. 2010. p. 1.

³³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1.289 e ss.

Destarte, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais para ser entendida com presteza, deve levar em consideração a pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de maneira a permitir soluções diferenciadas e adequadas, “consoante o referente de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto”³³⁶. A busca de soluções diferenciadas deve ter em consideração, de um lado a especificidade do direito privado e de outro o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica em sua totalidade.

Ademais, inegavelmente, apesar do sentido oposto da tese da aplicação direta e da tese da aplicação indireta dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, existem elementos comuns às duas teorias: os direitos fundamentais não são oponíveis apenas contra o Estado; a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a aceitação de uma vinculação direta quando se trata de uma relação privada similar a relação entre Estado particular (relação de subordinação).

De fato, os direitos fundamentais existem para assegurar ao indivíduo liberdade e autonomia e devem ser invocados sempre que houver lesão a bens jurídicos, independentemente de ser ou não o Estado o autor da lesão ou ameaça.

Ademais, os direitos fundamentais, comportam valores de ordem objetiva em razão do princípio da unidade da ordem jurídica, cujos efeitos normativos devem atingir o ordenamento jurídico como um todo e não apenas dispositivos ou situações pontuais.

Apesar das diferenças peculiares entre as teorias da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, ambas admitem uma vinculação direta quando se tratar de uma relação jurídica em que uma das partes privadas é detentora de Poder Social, que se assemelha, na prática, ao Poder Estadual, vale dizer, quando se configurar uma clara relação de desnível capaz de afetar a paridade da relação jurídica, como acontece, por exemplo, no direito do trabalho e no direito do consumidor.

No ordenamento jurídico brasileiro, embora a Constituição Federal de 1988 não tenha recepcionado de forma expressa a vinculação e a

³³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1.289.

aplicabilidade dos direitos fundamentais aos particulares, como ocorre na Constituição Argentina, não existe argumento suficientemente forte para sustentar a negativa de uma eficácia horizontal, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais que não possuam como destinatários apenas os poderes públicos.

No contraponto, a Constituição Federal de 1988 reconhece a autonomia privada como um dos elementos basilares do direito privado elevado ao patamar de princípio constitucional, como se extrai do artigo 5º, inciso II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), podendo inclusive ser verificada nos dispositivos que tratam da dignidade humana, da liberdade e da livre iniciativa.

A questão não está na concepção da autonomia privada como princípio constitucional, mas na identificação dos limites dessa autonomia. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet³³⁷:

Não se deve esquecer que, pelo menos no âmbito das relações negociais, os particulares não atuam, em princípio, por força de uma delegação ou autorização do Estado (legislador), mas, sim, em virtude de uma decisão autônoma, no âmbito de sua autonomia privada e do direito geral de liberdade, que apenas é reconhecida e objeto de regulação e proteção por parte do legislador.

Com efeito, é perfeitamente possível, no cenário jurídico brasileiro, a aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, sem que isso venha a eliminar o princípio da autonomia da vontade. Se for verificado um conflito, numa relação contratual, o princípio constitucional da autonomia privada da vontade e um direito fundamental, haverá uma colisão entre dois direitos fundamentais, cuja solução deverá ser buscada por meio da ponderação de valores na busca de equilíbrio de modo que os direitos sejam protegidos da forma mais ampla possível, visto que numa relação jurídica entre particulares, ambas as partes titulares de direitos fundamentais que devem ser respeitados com o máximo de esforços.

³³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.138.

Por isso, adota-se o modelo híbrido de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas na forma proposta por Robert Alexy, cuja premissa inicial é a de que até agora, a polêmica sobre os efeitos jusfundamentais entre particulares se desenvolveu “como se uma das três construções tivesse que ser a correta. Esta suposição é falsa³³⁸”, já que cada uma delas acentua corretamente alguns aspectos das “complicadas relações jurídicas que caracterizam os casos de efeitos perante terceiros”, apesar de que os seguidores de cada qual consideram que seus argumentos constituem a solução mais completa e correta. Segundo Robert Alexy, apenas um “modelo que abarque todos los aspectos puede ofrecer una solución completa y, en este sentido, adecuada”³³⁹.

De acordo com a tese apresentada e defendida por Robert Alexy, perfeitamente aplicável tanto na Argentina quanto no Brasil, existem três níveis eficaciais dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, cuja relação entre eles não se dá por graus, mas por “implicação recíproca”: dos deveres do Estado; dos direitos frente ao Estado e das relações jurídicas entre sujeitos de direito privado.

No primeiro nível os deveres do Estado correspondem à teoria da eficácia indireta, sendo que as normas de direitos fundamentais são princípios constitucionais objetivos e, como tais, valem para todos os âmbitos do direito, situação que implica na obrigação do Estado de levá-las em consideração tanto na legislação como na jurisprudência civil.

No segundo nível estão os direitos de defesa e proteção do particular frente ao Estado. Este nível de eficácia se aproxima, segundo Robert Alexy³⁴⁰, da teoria do alemão Jürgen Schwabe, na medida em que proíbe qualquer ação particular que viole direito fundamental, caso contrário ficaria juridicamente descoberto o direito substancial de proteção a que tem direito todo cidadão.

No terceiro nível da eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem-se como base teórica dois argumentos: de que os direitos dos cidadãos perante o Estado não são os mesmos direitos oponíveis a outros cidadãos; e que a

³³⁸ ALEXY, Robert. 1993. *Op. cit.*, p. 515.

³³⁹ ALEXY, Robert. 1993. *Op. cit.*, p. 515-516.

³⁴⁰ ALEXY, Robert. 1993. *Op. cit.*, p. 516.

eficácia direta não pode ser obtida pela simples mudança de destinatário dos direitos fundamentais, poisque nas relações entre pessoas privadas as normas de direito fundamental ostentam uma eficácia diferenciada.

Como decorrência da junção desses níveis de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é que surge a necessidade de uma eficácia imediata:

[...] existen los tres niveles. Cada uno de ellos se refiere a un aspecto de la misma cosa. Cual de ellos sera elegido en cada caso en la respectiva fundamentación jurídica es una cuestión de funcionalidad. Pero, ninguno de ellos puede pretender primacia sobre los demás³⁴¹.

Conforme aduz André Rufino do Vale³⁴² sobre o assunto:

[...] a eficácia imediata se apresenta quando o Estado exerce sua tarefa de observar os princípios objetivos do ordenamento jurídico na concretização do direito privado, seja por meio do legislador, ou do juiz. Em outro nível, observa-se o desenvolvimento de efeitos nas relações privadas pelos direitos de defesa e proteção perante o Estado, que está obrigado a não intervir na esfera de liberdade privada dos cidadãos, assim como protegê-los de violações de direitos levadas a efeito por terceiros. Num terceiro âmbito, observa-se, nas relações entre sujeitos privados, o surgimento de direitos subjetivos diretamente das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, revelando-se a eficácia imediata.

De fato não se pode afirmar que as doutrinas da eficácia direta e indireta da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas não se excluem, ao contrário, se complementam porque partilham dos mesmos pressupostos gerais de garantir o equilíbrio de poderes entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário; a segurança jurídica e, principalmente, a incidência dos direitos fundamentais na seara das relações privadas.

Seguindo-se essa linha de ponderação, pode-se afirmar que os critérios de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas de subordinação são extraídos da junção de todas as teorias existentes, porque

³⁴¹ ALEXY, Robert. 1993. *Op. cit.*, p. 521-522.

³⁴² VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 16.

em essência não são contraditórias, mas complementares. Com efeito, o embate doutrinário sobre o tema resulta imporduciente. Assim, se existir uma regulação legal sobre determinada situação, esta não pode simplesmente ser desprezada em nome de uma pretensa vinculação direta a preceitos constitucionais, exceto se o aplicador do direito consiga desenvolver uma argumentação tão robusta que tenha força suficiente para derrubar um texto aprovado pelo Poder Legislativo.

Neste pensar, a incidência dos direitos fundamentais no setor privado pode ocorrer por meio de lei como defendem os partidários da eficácia indireta, sem qualquer problema, porém, não se pode impor esse procedimento como regra indispensável (pré-requisito), eis que um direito não pode resultar desprotegido por falta de preceito legal específico, mormente quando existem textos constitucionais que asseguram a concretização de direitos que define como fundamentais para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ocorrer, pois isto resultaria numa completa subversão da sistemática axiológico-material da Constituição Federal de 1988.

4.2 DERECHOS FUNDAMENTAIS EN LAS RELACIONES PRIVADAS DESDE LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

As questões envolvendo a aplicação e eficácia dos direitos humanos nas relações privadas atingem proporções internacionais, como se verifica a partir da jurisprudência sobre a matéria no sistema norte-americano.

Num estudo prévio de algumas decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é possível verificar que ocorreu um processo evolutivo que vai desde a adoção de um entendimento semelhante do defendido pela teoria da “state action”, dos Estados Unidos da América, até a aceitação da teoria da aplicação direta e

Como exemplo do primeiro estágio, ou seja, de que os direitos fundamentais valem apenas para proteger os indivíduos dos desmandos do Poder Estatal, mas não contra particulares, sob a égide da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969³⁴³, tem-se os casos: Velásquez “versus” Honduras, de 1987³⁴⁴; Godínez “versus” Honduras, de 1987³⁴⁵; Paniagua “versus” Guatemala, de 1998³⁴⁶; e Caso Blake “versus” Guatemala, de 1998³⁴⁷.

Nos Casos Velásquez “versus” Honduras e Godínez Cruz “versus” Honduras, ambos com Sentença de 26 de junho de 1987³⁴⁸, restou decidido

³⁴³ Vide parágrafo 1º, do artigo 1º: “Parte I (Deveres dos Estados e Direitos Protegido) - Capítulo I (Enumeração de Deveres) - Artigo 1º (Obrigação de respeitar os direitos): 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...]” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969).

³⁴⁴ CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez “versus” Honduras**. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie “C”, nº 1. Disponible: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acceso: 23 jun. 2011.

³⁴⁵ CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Godínez Cruz “versus” Honduras**. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie “C”, nº 3. Disponible: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acceso: 23 jun. 2011.

³⁴⁶ CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) “versus” Guatemala**. Sentencia del 08 de marzo de 1998. Serie “C”, nº 37. Disponible: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acceso: 23 jun. 2011.

³⁴⁷ CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Blake “versus” Guatemala**. Sentencia del 24 de enero de 1998. Serie “C”, nº 36. Disponible: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acceso: 23 jun. 2011.

³⁴⁸ “2. Al presentar el caso, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante ‘la Convención’ o ‘la Convención Americana’). La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decida si hubo violación, por parte del Estado involucrado, de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención en perjuicio del señor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez y solicitó que la Corte disponga ‘se reparen las consecuencias de la situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y se otorgue a la parte o partes lesionadas una justa indemnización’” (Sentencia de 26 de junio de 1987, Caso Velásquez Rodríguez “versus” Honduras). “1. El presente caso fue sometido a la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante ‘la Comisión’) el 24 de abril de 1986. Se originó en una denuncia (nº 8097) contra Honduras recibida en la Secretaría de la Comisión el 09 de octubre de 1982. 2. Al someter el caso, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante ‘la Convención’ o ‘la Convención Americana’). La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decida si hubo violación, por parte del Estado involucrado, de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención en perjuicio del señor Saúl Godínez Cruz y solicitó que la Corte disponga ‘se reparen las consecuencias de la situación que ha configurado la vulneración de esos derechos

que um fato ilícito que viola direitos fundamentais, mesmo que não seja diretamente imputável ao Estado, ou por ser ato de um particular ou porque não foi possível identificar o autor da transgressão, pode acarretar a responsabilidade do Estado não pelo fato ilícito em si mesmo, mas pelo descumprimento da “obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción” (párrafo 91 da Sentencia de 26 de junio de 1987, Caso Velásquez Rodríguez “versus” Honduras; parágrafo 93 da Sentencia de 26 de junio de 1987, Caso Godínez Cruz “versus” Honduras).

A Corte Interamericana de Derechos Humanos, na Sentença de 08 de março de 1998, Caso Paniagua “versus” Guatemala, analisou se o Governo da Guatemala violou as obrigações prescritas no artigo 1º, parágrafo 1º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, de respeitar e garantir os direitos que contém, pois o referido instrumento normativo exige a determinação e a identificação dos responsáveis pela violação dos direitos fundamentais e a imposição de castigos adequados dos culpados, assim como a indenização e a reparação das vítimas ou seus familiares.

Com fundamento no artigo 1º, parágrafo 1º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, na Sentença em comento, a Corte Interamericana de Direitos humanos considerou que o Governo de Guatemala está obrigado a organizar o Poder Público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o pleno exercício dos direitos fundamentais, “independientemente de que los responsables de las violaciones de estos derechos sean agentes del poder público, particulares, o grupos de ellos” (párrafo 174 da Sentencia de 08 de março de 1998, Caso de la “Panel Blanca” - Paniagua Morales y otros - “versus” Guatemala):

175. Las violaciones del derecho a la libertad y seguridad personales, a la vida, a la integridad física, psíquica y moral y a las garantías y protección judiciales, que han sido establecidas son imputables a Guatemala, que tiene el deber de respetar dichos derechos y garantizarlos. En consecuencia, Guatemala es responsable por la

y se otorgue a la parte o partes lesionadas una justa indemnización” (Sentencia de 26 de junio de 1987, Caso Godínez Cruz “versus” Honduras).

inobservancia del artículo 1.1 de la Convención, en relación con las violaciones declaradas a los artículos 4º, 5º, 7º, 8º y 25 de la misma (Sentencia de 08 de marzo de 1998, Caso de la "Panel Blanca" - Paniagua Morales y otros - "versus" Guatemala).

Na jurisprudência do Caso Bleke "versus" Guatemala restaram signadas as bases para os efectos dos direitos fundamentais nas relações privadas. Na ocasião o magistrado brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade apresentou "Voto Razonado" contra la sentencia judicial del fondo por entender que:

[...] dicha Sentencia, a pesar de los considerables esfuerzos de la Corte exigidos por las circunstancias del caso, aunque esté conforme al "derecho stricto sensu", a mi juicio deja de consagrar la unidad propia de toda solución jurídica y de atender plenamente al imperativo de la realización de la "justicia" bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [...] solamente a través de la "transformación del derecho" existente se logrará realizar plenamente la justicia en circunstancias como las planteadas en el presente caso Blake de desaparición forzada de persona (grifo do original).

A transformação do direito, proposta por Antônio Augusto Cançado Trindade, refere-se à "consagración de obligaciones 'erga omnes' de protección, es decir, obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo". Entre os elementos a serem levados em consideração para este intento identifica e destaca os seguintes: a) a aplicabilidade direta das normas internacionais de proteção na seara do direito interno dos Estados e b) a adoção de meios que assegurem a fiel execução das sentenças dos tribunais internacionais de direitos humanos existentes. Nas exatas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, no corpo no parágrafo 28 de seu "Voto Razonado" en la Sentencia del 24 de enero de 1998, do Caso Blake "versus" Guatemala:

28. La consagración de obligaciones "erga omnes" de protección, como manifestación de la propia emergencia de normas imperativas del derecho internacional, representaría la superación del patrón erigido sobre la autonomía de la voluntad del Estado. El carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas del "jus cogens". No es razonable que el derecho contemporáneo de los tratados siga apegándose a un patrón del cual aquél propio buscó gradualmente liberarse, al consagrar el concepto de "jus cogens" en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados. No es razonable que, por la aplicación casi

mecánica de postulados del derecho de los tratados erigidos sobre la autonomía de la voluntad estatal, se frene - como en el presente caso - una evolución alentadora, impulsada sobre todo por la “*opinio juris*” como manifestación de la conciencia jurídica universal, en beneficio de todos los seres humanos.

Essa tese defendida por Antônio Augusto Cançado Trindade foi adotada por unanimidade no Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó versus Colombia, Sentencia del 18 de junio de 2002³⁴⁹:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos julgou que a obrigação geral de respeito aos direitos fundamentais previstos no já citado parágrafo 1º, do artigo 1º, da Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, para ser eficaz, se impõe não apenas contra os desmandos do Poder Estatal, mas também nas relações entre particulares:

11. Que, para tornar efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación, “*erga omnes*”, de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Esto significa, a juicio de la Corte, que dicha obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares, inclusive grupos armados irregulares de cualquier naturaleza. La Corte observa que dadas las características especiales del presente caso, y las condiciones generales del

³⁴⁹ CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Resolución de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 18 de junio de 2002**. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia - Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Disponible: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3306.pdf?view=1>>. Acceso: 23 jun. 2011.

conflicto armado en el Estado colombiano, es necesaria la protección, a través de medidas provisionales, de los derechos a la vida y a la integridad personal de todos los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó así como de las personas que tengan un vínculo de servicio con dicha Comunidad, a la luz de lo dispuesto en la Convención Americana y en el Derecho Internacional Humanitario.

Em seu “Voto Concurrente”, parágrafo 15, Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó versus Colombia, Sentencia del 18 de junio de 2002, el Juez Antônio Augusto Cançado Trindade assim se manifesta:

15. El razonamiento a partir de la tesis de la responsabilidad “objetiva” del Estado es, a mi juicio, ineluctable, particularmente en un caso de medidas provisionales de protección como el presente. Tratase, aquí, de evitar daños irreparables a los miembros de una comunidad, y a las personas que a ésta prestan servicios, en una situación de extrema gravedad y urgencia, que involucra acciones, armadas y otras, de grupos clandestinos y paramilitares, a la par de las acciones de órganos y agentes de la fuerza pública.

Desde 2003 a Corte Interamericana de Derechos Humanos passou a adotar em todas as suas manifestações a tese que reconhece lesões de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A confirmação desse entendimento se deu por meio da Opinião Consultiva nº 18, de 17 de setembro de 2003, solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos³⁵⁰ na qual se aceita a imputação aos particulares da violação dos direitos humanos. Essa consulta é considerada “caso de referência” sobre o assunto.

Dentre outras considerações não menos importantes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apresenta dois fundamentos que interessam para esta pesquisa:

a) todos os Estados membros da comunidade internacional devem respeitar e garantir os direitos fundamentais, sem qualquer discriminação. Significa dizer que o princípio da igualdade e não-discriminação é o imperativo do direito internacional geral, aplicável a todo Estado, “independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares”. Assim o Estado, tanto na esfera interna quanto internacional, por atos de seus prepostos ou de terceiros sob sua responsabilidade, não pode agir contra o princípio da igualdade e não-discriminação, em perjuízo de determinado grupo de pessoas³⁵¹ e

³⁵⁰ CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinión Consultiva OC nº 18, de 17 de septiembre de 2003**. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Disponible: <<http://www.derhumanos.com.ar/Opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%2018.htm>>. Acceso: 20 jun. 2011.

³⁵¹ “100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende "directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona" . El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de

b) o princípio da igualdade e não-discriminação, além de pertencer ao “jus cogens”, faz parte do direito internacional geral, é um princípio fundamental que permeia o ordenamento jurídico interno, não podendo ser contrariado³⁵².

A Opinião Consultiva nº 18, de 17 de setembro de 2003 passou a ser aplicada desde então pela Corte Interamericana de Derechos Humanos. Exemplo disso se extrai do parágrafo 85, da Sentença de 04 de julho de 2006, no Caso Ximenes Lopes “versus” Brasil³⁵³, “in verbis”:

85. A Corte, ademais, dispôs que a responsabilidade estatal também pode ser gerada por atos de particulares em principio não atribuíveis ao Estado. As obrigações “erga omnes” que têm os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção e de assegurar a efetividade dos direitos projetam seus efeitos para além da relação entre seus agentes e as pessoas submetidas a sua jurisdição, porquanto se manifestam na obrigação positiva do Estado de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos nas relações interindividuais.

Inegavelmente a Corte Interamericana de Derechos Humanos consagrou as obrigações “erga omnes” de proteção dos direitos fundamentais como manifestação da própria emergência de normas imperativas do direito internacional, fazendo surgir uma consciência jurídica universal que se tornou responsável pelos avanços no plano material no que versa sobre os direitos humanos.

igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas” (Opinión Consultiva OC nº 18, de 17 de septiembre de 2003).

³⁵² “101. En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens” (Opinión Consultiva OC nº 18, de 17 de septiembre de 2003).

³⁵³ CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Ximenes Lopes “versus” Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006.** Serie “C”, nº 149. Disponible: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acceso: 23 jun. 2011.

Destarte, a possibilidade de proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares vem sendo desenvolvida tanto desde uma perspectiva constitucional, como internacional. Parece inconteste que os direitos fundamentais regem todas as relações jurídicas, inclusive as particulares.

CONCLUSIÓN

Existem algumas teorias sobre os direitos fundamentais nas relações privadas que demonstram o Estado atual do conhecimento sobre o tema:

a) a teoria da ação estatal: desenvolvida no direito norte-americano, defende que não existe qualquer vinculação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição com as relações particulares;

b) a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada: desenvolvida pela doutrina alemã, e que se tornou a teoria dominante no direito germânico das décadas de cinquenta e sessenta. Os defensores dessa teoria sustentam que os direitos fundamentais devem ser aplicados no âmbito privado, porém negam a aplicação direta do direito constitucional, ou seja, entendem que compete ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, fixando limites para determinados direitos individuais e observando rigorosamente os limites estabelecidos pela Constituição para a imposição de restrições ou de limitações. Destarte, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas se daria por meio de mecanismos do direito civil e não através dos instrumentos do direito constitucional;

c) a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais: segundo essa teoria, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares se dá do mesmo modo que acontece nas relações do tipo Estado-cidadão, ou seja, sem a necessidade de intermediação do legislador privado;

d) a teoria dos deveres de proteção ou teoria dos imperativos de tutela: essa teoria surge como fruto do pensamento de parte da doutrina alemã moderna, apresentada como modelo de eficácia mais adequado que o da clássica teoria da aplicação mediata para solucionar a questão dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Os seguidores dessa tese defendem que o Estado, além de não violar direitos fundamentais, tem o dever de protegê-los de potenciais lesões e ameaças advindas de particulares. Defendem que as normas essenciais vinculam apenas o Estado, sendo que o

dever de proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas permanece vinculado ao direito privado, isto é, cabe ao legislador civil disciplinar o comportamento dos particulares visando à proteção dos direitos fundamentais. Destarte, quanto aos efeitos, essa teoria se assemelha com a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, pois que mantém a exigência da mediação do legislador privado;

e) a teoria da convergência estatista ou de imputação ao Estado: nesse pensar, o Estado é sempre responsável pela violação aos direitos fundamentais, mesmo que originadas ns relações interprivadas, sob o argumento de que a violação de um direito fundamental pelo particular só acontece porque o Estado ou permitiu ou não o impediu e, destarte, a responsabilidade pelos efeitos será do Estado; e

f) a teoria unitária, integradora ou modelo de três níveis (deveres do Estado, frente ao Estado e da relação privada): embora similar à teoria da eficácia direta, merece ser analisada em separado porque, mesmo a admitindo, não exclui a teoria da eficácia indireta e a teoria dos deveres de proteção. Ao revés, vai mais além para propor a integração desses modelos de eficácia, pois que cada um deles apresenta aspectos que não só podem como devem ser considerados para aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados.

Depois de perquirir em qual ou quais dos modelos de eficácia se incluem as Constituições brasileira e argentina, para verificar como e com que intensidade incidem os direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares nos respectivos direitos internos, bem como qual a interpretação da doutrina e da jurisprudência desses países sobre o tema, contata-se que prevalece tanto na doutrina quanto na jurisprudência desses países a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Na jurisdição ordinária são apresentandos, com certa frequência, problemas relacionados com a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porém os julgadores nem sempre aplicam a doutrina dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, vale dizer, de que os direitos fundamentais também valem e podem ser protegidos no âmbito das relações jurídicas entre particulares.

Este tópico destina-se à análise das soluções sobre a aplicação e eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas adotadas pelos tribunais constitucionais da Argentina e do Brasil, com o objetivo de identificar e propor criterios mínimos recomendados para causar a solução proposta, tendo como fundamento as teorias existentes sobre a matéria.

Por primeiro, relembra-se que a Corte Suprema de Justiça Argentina, no ano de 1958, em recurso de amparo contra atos particulares, no citado Caso Samuel Kot, adotou a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (“Unmittelbare Drittwirkung”).

Desde então a Corte Suprema de Justiça Argentina vem considerando que os direitos fundamentais nas relações entre particulares devem ser objeto do devido resguardo por meio de ações apropriadas que, nesses casos, permitiram a elaboração pretoriana da ação de amparo.

De fato, a necessidade de um remédio acessível à população em geral para a tutela dos direitos fundamentais fez com que fosse instituída a Lei nº 16.986, de 1966, conhecida como “Ley de Accion de Amparo” e, posteriormente, a incorporação da ação de amparo pelo artigo 43 da Reforma Constitucional Argentina de 1994, de modo que naquele país não mais é possível admitir que um direito fundamental não receba a devida proteção, independentemente se o dano resulte de uma relação entre o Estado e um particular ou entre particulares³⁵⁴.

Recentemente, em Sentencia del 07 de diciembre de 2010³⁵⁵, a Corte Suprema de Justiça Argentina analisou um conflito de relação de trabalho privada, decorrente de uma demissão de trabalhadores alegada pelos autores como “discriminatória” porque ocorreu “sin expresión de causa” logo depois de

³⁵⁴ Neste sentido: “La decisión unilateral de la empresa de dejar sin efecto las prestaciones médicas prometidas y negar para lo futuro su restablecimiento, constituyó un acto teñido de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional” (ARGENTINA, Jurisprudência. **Fallos nº 101.858**. Amparo contra Actos de Particulares. Corte Suprema de Justicia de La Nación - República Argentina. Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez. Prensa oficial, 13 de março de 2001, T. 324, P. 677. Disponible: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>. Acceso: 10 jun. 2011).

³⁵⁵ ARGENTINA, Jurisprudência. **Fallos A. 1023. XLIII**. Recurso de Hecho. Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. S/ Acción de Amparo. Buenos Aires, 07 de diciembre de 2010. Disponible: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=111561>>. Acceso: 10 jun. 2011.

terem criado, junto com outros trabalhadores, o “Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio”, ou seja, um ato discriminatório motivado pelas atividades sindicais dos autores da Ação de Amparo, pelo que reclamavam a reinstalação em seus cargos e a devida reparação econômica.

Na ocasião, o julgador entendeu que as respostas às mencionadas questões dependem por primeiro da identificação precisa do estado em que se encontram os dois âmbitos do direito fundamental: de um lado “el principio de igualdad y prohibición de discriminación, y el fundamento de éste, la dignidad de la persona humana” e, por outro lado, “la proyección de esos contenidos tanto sobre la Ley nº 23.592, de 1988” (Ley Argentina de Penalización de Actos Discriminatorio, 03 de agosto de 1988), “cuanto sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar, mayormente cuando en todos estos ámbitos jurídicos se ha producido una marcada evolución legislativa y jurisprudencial”.

Destaca-se que o princípio da igualdade e proibição de toda discriminação está presente na Constitución Nacional Argentina desde suas origens (versão original da Constitución Nacional Argentina, que data de 01 de maio de 1853, texto mantido depois das reformas³⁵⁶), e já fora exaltado, como visto, pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, na Opinión Consultiva OC nº 18, de 17 de septiembre de 2003, como fundamento justificante da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, na forma anteriormente desenhada pelo jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade.

No corpo do Fallo A. 1023. XLIII (Recurso de Hecho - Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo), parágrafo 10, consta que à luz do “corpus iuris” dos direitos fundamentais, o conteúdo e alcance das faculdades e discricionariedade do empregador para organizar e dirigir a empresa e para formar sua equipe de trabalhadores, por mais amplos que possam ser hipoteticamente, em nenhuma circunstância e lugar podem ultrapassar os limites impostos pelo princípio da dignidade humana do

³⁵⁶ “Artículo 16: la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas” (Constitución Nacional Argentina de 1853).

trabajador e o “jus cogens” que informa o princípio da igualdade e proibição de discriminação.

Com efeito, o empregado, incluído na ordem legal, ao exercer ditas facultades e discricionariades, deberá, além de satisfazer as exigências da organização do trabalho na empresa, respeitar a dignidade do trabajador e seus direitos patrimoniais, excluindo toda forma de abuso de direito.

Muitas vezes passa despercebida, nesta questão, que os poderes invocados, para terem validade, por um lado não podem ignorar que o trabalho “debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano” e de outro não se descuidar de que o contrato de trabalho tem como objeto principal “la actividad productiva y creadora del hombre en si”, de formas que somente depois “ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico”.

Tudo isso, ainda segundo a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, pesa sobre o empregador, pois assim o impõe, além do disposto sobre os efeitos horizontais dos direitos fundamentais (“Drittwirkung”), o conceito do artigo 1º, da Declaración Universal de Derechos Humanos e do preámbulo, primer párrafo, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, normas de hierarquia constitucional na Argentina (como artículo 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional Argentina em vigor³⁵⁷), segundo os quais os seres humanos “deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

³⁵⁷ “Artículo 75: corresponde al Congreso: [...]. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder

Disso se infere que o empregador deve, pelo menos, respeitar e realizar os direitos fundamentais nas relações laborais. Para fundamentar esse entendimento, a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina cita la Opinión Consultiva OC nº 18, de 17 de septiembre de 2003 (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párrafo 146³⁵⁸ y 151³⁵⁹), e el Voto Concurrente del juez Antônio Augusto Cançado Trindade en la Opinión Consultiva OC nº 18, de 17 de septiembre de 2003 (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados), párrafos 76 y 77, nos siguientes términos:

[...] la obligación de respeto y garantía de esos derechos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales, lo cual alcanza al marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores. [...]. El “jus cogens”, al acarrear obligaciones “erga omnes”, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (omnes), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares³⁶⁰.

Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional” (Constitución Nacional Argentina y reforma).

³⁵⁸ “146: de esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores” (Opinión Consultiva OC nº 18, de 17 de septiembre de 2003 (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados)).

³⁵⁹ “151: en las relaciones laborales los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores, ya sea que esas relaciones se desarrollen en los sectores público o privado de las sociedades. La obligación de respeto de los derechos humanos de los trabajadores migrantes tiene un efecto directo en cualquier tipo de relación laboral, tanto cuando el Estado es el empleador como cuando lo es un tercero, y ya se trate de una persona física o jurídica” (Opinión Consultiva OC nº 18, de 17 de septiembre de 2003 (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados)).

³⁶⁰ “76: en la construcción del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia ‘pari passu’ de consideraciones superiores de ‘ordre public’, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del derecho internacional general (el ‘jus cogens’) y de las obligaciones ‘erga omnes’ de protección (debidas a

Depois de tudo isso, a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina argumentou que:

[...] si la persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, “aun” cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales, [...], “a fortiori”, dicho recurso también corresponde si la comisión proviene de personas privadas.

Por fim, citando parte do texto de uma de suas sentenças precedentes, o histórico “Caso Kot”, de 05 de septiembre de 1958, a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina conclui que:

Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” - porque son los derechos esenciales del hombre - esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad.

Verifica-se, destarte, que a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina adotou a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares, sendo que a propia Constitución Nacional daquele país prevé un “Proceso de Amparo” específico para proteger tal derecho, fazendo valer, para tanto, os mesmos criterios de eficacia y

todos, y a la comunidad internacional como un todo). El ‘jus cogens’, al acarrear obligaciones ‘erga omnes’, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (‘omnes’), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares. 77: a mi modo de ver, podemos considerar tales obligaciones ‘erga omnes’ desde ‘dos dimensiones, una horizontal y otra vertical’, que se complementan. Así, las obligaciones ‘erga omnes’ de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones ‘erga omnes partes’), y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones ‘erga omnes lato sensu’). En una dimensión vertical, las obligaciones ‘erga omnes’ de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales)” (Voto Concurrente del juez Antônio Augusto Cançado Trindade en la Opinión Consultiva OC nº 18, de 17 de septiembre de 2003) ([Grifo do original](#)).

aplicabilidad exigidos no caso de proteccion del individuo contra eventuales abusos estatales.

No Brasil, o caso de referència é o já citado Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na relatoria de Ellen Gracie. Na ocasião ficou decidido que as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Desde então a Corte Máxima brasileira vem confirmando a tese de que os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Entre os doutrinadores brasileiros, a teoria da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, também conhecida como “teoria da constitucionalização do direito privado”, embasada nos critérios e características da interpenetração do direito constitucional e do direito privado, da interferência do Estado nas relações entre particulares e dos vários dispositivos da Constituição Federal de 1988 que regulam relações entre particulares, vem ganhando cada vez mais adeptos, sendo que:

[...] a corrente de pensamento que defende a idéia de um direito civil constitucionalizado tem embasamento na nova posição que assumiu o direito constitucional, com vistas à defesa da posição do indivíduo não só frente ao Estado, mas também, frente a outros indivíduos, inclusive em suas relações familiares³⁶¹.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet³⁶²:

³⁶¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **O projeto de código civil e o direito de família**. In: *Intelligentia Juridica*, 2001. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/artigos/artigo1-oldjan2001.html>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

³⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado**: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 580.

Há que se partir da premissa de que os direitos fundamentais geram efeitos tanto no plano verticalizado das relações entre particulares e o Poder Estatal, quanto no plano das relações entre particulares que não são detentores de um efetivo poder social e outros que detém parcelas expressivas de poder social, bem como das relações entre particulares em situação de tendencial igualdade fática, ainda que não se possa aplicar, de modo geral e de modo igual, as mesmas categorias dogmáticas-argumentativas, por conta de um maior impacto da autonomia privada.

Recorda-se que no período que antecede a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1916, exemplo nítido do sistema de codificação do direito privado adotado pelo sistema jurídico brasileiro da época, foi considerado uma espécie de regra máxima dos direitos do cidadão brasileiro. E por longo período serviu para o que foi criado, com suas atenções dirigidas às relações eminentemente patrimoniais que conhecia como princípio absoluto a livre autonomia da vontade.

No entanto, depois de um longo período de abusos e revoltas sociais, o Estado Liberal tornou-se instável. A sociedade se conscientiza e torna-se mais exigente, na igual medida em que as relações sociais resultam cada vez mais complexas. Esses fatores, agregados a outros acontecimentos forçou o Estado à intervir na economia e na vida privada. Desencadeia-se, desse modo, o fenômeno que veio a ser denominado de “socialização do direito privado” e, numa expressão mais atual, de “humanização dos direitos”. Aos poucos o direito civil codificado (*civil law*) foi perdendo sua essência individualista para proteger o indivíduo enquanto membro integrado na sociedade, exigência dos novos tempos à promoção da pacificação social, objeto último do direito.

Então, o direito privado abandona gradativamente o rigorismo formal, legado do direito romano e tradicional nas civilizações que adotam o sistema romano-germânico de direito, como, também, o seu caráter individual-patrimonialista, assumindo uma postura ético-jurídica, colocando no centro de suas atenções a pessoa humana e não mais o patrimônio. O indivíduo passa a ser valorizado enquanto ser humano e não como possuidor de riquezas. A

constitucionalização do direito privado impõe a interpretação dos institutos do direito privado a partir de outros valores, que integram os fundamentos constitucionais.

Por exemplo, as Constituições liberais sempre atribuíram ao instituto da família o papel de célula básica do Estado. Por trás da família, estavam a religião e o patrimônio, em hostilidade permanente ao Estado, apenas tolerado como instrumento de interesses particulares. “O público era pensado como projeção do espaço privado-familiar”³⁶³.

Hoje relativizou-se a atividade procracional da família. Desapareceram suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. A família passa a reger-se pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. Prevalece o caráter afetivo ao biológico.

Também o instituto da propriedade sofreu significativa transformação. O Código Civil de 1916 voltava-se à tutela do interesse individual e hoje, prima-se pelo interesse social (função social da propriedade). Nesse novo contexto, é considerado lícito o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social, ou seja, “o exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação”. Quer dizer que “todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social”³⁶⁴.

Permanece o direito à propriedade individual, porém não mais de forma absoluta. Os limites são dados pela função social que esse bem particular deve atender.

De forma específica sobre o contrato, a partir dos fundamentos constitucionais, prevalece o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais vulnerável, em contraponto à legislação contratual liberal, que pressupunha um Estado mínimo e total liberdade do mercado, dispensando a regulamentação da ordem econômica.

³⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, nº 141, p. 99-109. Brasília, jan./mar. 1999. p. 104.

³⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. 1999. *Op. cit.*, p. 107.

Dentre os valores fundamentais, o constituinte brasileiro elegeu o princípio da dignidade humana como valor preponderante. Com o intuito garantir esse valor supremo, em todos os seus aspectos, a Constituição Federal de 1988 assegurou sua efetividade também no campo das relações de consumo, inserindo, no inciso XXXII, do artigo 5º, o mandamento de que, *in verbis*: “artigo 5º: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]”. Elevou-se, portanto, a defesa do consumidor ao *status* de direito fundamental.

Aqui se verifica a preocupação do Legislador Constituinte de 1988 com as relações de consumo e em garantir a tutela daqueles considerados “vulneráveis” nessa relação. A tutela do consumidor tem função valorativa porque faz parte do *rol* de direitos e garantias fundamentais albergados pela Constituição Federal de 1988, cujos princípios devem servir de bússola para a interpretação de seu texto normativo.

O direito do trabalho também reconhece a existência dos poderes da iniciativa privada em relação aos trabalhadores tidos como “hipossuficientes”, passando a combater, então, o uso indiscriminado da autonomia privada na justificativa de condutas do empregador ofensivas aos direitos fundamentais dos empregados.

Por se tratar de uma relação naturalmente desigual, a desproporcionalidade pode ser combatida por meio do reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

No Brasil, esse processo de constitucionalização do direito privado é algo recente e ainda não concluiu seu desenvolvimento, tendo como marco a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934 e como ápice a Constituição Federal de 1988, cujas atenções mudam de direção: substitui o patrimônio pela pessoa em si mesma, à tutela de sua personalidade, de sua dignidade.

A Constituição Federal de 1988 passou a figurar como norma máxima do direito brasileiro, regulando, por conseguinte, também matéria de direito privado, eis que, além de estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira, traz princípios que asseguram e protegem várias relações de direito privado.

No entanto, mais de duas décadas se passaram desde o advento da Constituição Federal de 1988 e apenas nos últimos anos atenta-se, na prática, para a constitucionalização do direito privado, mesmo assim, esbarrando constantemente em obstáculos cotidianamente levantados pelos pensamentos conservadores, o que demonstra a atualidade do tema e a importância de sua constante discussão.

Mas a realidade não é desalentadora. Graças à ousadia incansável dos juristas contemporâneos, novos caminhos são abertos na busca de uma unidade hermenêutica, que eleva a Constituição Federal de 1988 ao grau de fundamento conformador e vinculante da elaboração e aplicação da legislação privada.

Nesse contexto, labuta-se por uma transformação no processo de criação e interpretação do direito privado, segundo a Constituição Federal de 1988 e não o contrário como, grosso modo, sempre aconteceu, eis que nenhum ramo do direito se prostrou mais distante do direito constitucional do que o direito civil, que em contraposição à Constituição política, era cogitado como “Constituição das relações privadas”.

Contudo, para se alcançar à transformação necessária do direito, para que este consiga oferecer o mínimo de garantias que a sociedade necessita, é preciso rever todos os seus institutos, principalmente os de direito privado. Esse processo só será implementado por meio da releitura do Código Civil sob os ditames dos princípios humanistas e democráticos do direito constitucional hodierno, representado, no Brasil, pela Constituição Federal de 1988, posta no centro do ordenamento jurídico pátrio.

A tarefa é árdua e os dados empíricos comprovam as dificuldades, eis que o ideal democrático ainda não atingiu a concretude mínima necessária para caracterizar um efetivo Estado Democrático e Social de Direito. É preciso romper culturas, paradigmas e costumes, enfim, promover uma inversão de valores.

A constitucionalização do direito privado, compreendida como a inserção dos fundamentos de validade jurídica das relações privadas no texto constitucional, caracteriza o ápice do processo de mutação sofrido pelo direito

privado em decorrência da substituição do Estado Liberal pelo Estado Social e Democrático de Direito.

Destarte, os valores transformados em normas (princípios e regras) constitucionais pela modificação da realidade social, devem nortear a concretização do direito privado em todas as suas manifestações. Porém, muito ainda precisa ser feito até se chegar à efetividade concreta da constitucionalização do direito privado.

O que se quer ressaltar é que as mudanças sociais contemporâneas vêm desencadeando a ascensão dos institutos de direito privado à classe de normas constitucionais, promovendo uma transformação na tônica interpretativa do direito privado, sem, contudo, desprezar a utilidade da legislação privada. Como decorrência, impõe-se uma postura dialógica entre direito constitucional e direito privado, cenário onde impera a mudança de paradigma interpretativo.

Diante do exposto, a solução que se apresenta não trata da elaboração de um método especial para um tipo diferente de direitos fundamentais, porquanto aplicável na esfera da iniciativa privada, ao contrário, evidencia-se que a conciliação da proteção efetiva dos direitos fundamentais com a orientação da autonomia da disposição privada está justamente na eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de forma imediata, sem nenhuma sombra de diferenciação entre direitos fundamentais em decorrência de sua incidência numa relação jurídica privada.

Afinal, a dignidade da pessoa humana tem o mesmo valor, independentemente da do objeto da relação jurídica. Por isso, a melhor (ou a única) forma de proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas, quer seja ou não de subordinação, é por meio da eficácia direta, imediata, vale dizer, a autonomia privada deve ser limitada à garantia dos direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFÍA