

3º Ejercer alguna forma de autoridad en ausencia de toda otra autoridad legítimamente constituida.

Y fue así como, de puño y letra de quien hace este relato de aniversario, y por orden del "Comité Ejecutivo" de la Junta Revolucionaria de Gobierno de Bogotá, el primer "decreto" que se promulgó y se difundió persistentemente, mientras pudimos disponer del micrófono y de la línea, decía en su parte resolutive:

«Todo individuo a quien se sorprenda saqueando o incendiando, será aprehendido por las autoridades de la Junta Revolucionaria y mañana será juzgado sin consideraciones por los Tribunales Militares».

Y la segunda "orden" que se le impartió a las fuerzas de policía (como si todavía existiera esa "fuerza") fue:

«Organizar el patrullaje de la ciudad para guardar el orden en nombre de la Junta Revolucionaria».

A las ocho de la noche fuimos advertidos de que nuestra transmisión había cesado. La línea había sido desconectada en los transmisores. Dos horas duró el "Comité Ejecutivo", porque la Junta Revolucionaria no había existido...

Afuera se atormentaba la ciudad en llamas. La noche era perforada por las ráfagas de la metralla, estremecida por las vociferaciones de los beodos, espantada por

el tumulto de los saqueadores. Eran una noche y una ciudad dantescas.

Llovía tenazmente. Largos trayectos de calles estaban sumidos en una oscuridad preñada de los más siniestros presagios.

Ya nadie se acordaba del asesinato de Gaitán. Ya no había con quién ni cómo "tumbar" al gobierno, como lo proclamaba a las dos de la tarde el obrero que al pasar frente a Bavaria nos interceptó el paso...

Salimos como sombras entre un tropel de sombras.

El aguacero abofeteó nuestros rostros de "revolucionarios" interinos. Un relámpago nos propinó su espaldarazo de luz trágica. Disparaban no se sabía de dónde. Bien pudimos haber caído anónimamente acribillados, como cayeron todos los demás.

Doce horas después, por la Radio Nacional, se multiplicaba la consigna vehemente de que nos capturaran vivos o muertos a los de la "Junta Revolucionaria", para cobrarnos a buen precio los incendios, las depredaciones y los asesinatos. Oscuros sicarios de la policía de seguridad nos acechaban a la entrada de nuestros hogares, para satisfacer la existencia de los locutores oficiales. En subsidio, tarde o temprano seríamos tratados como delincuentes. ¡Kerensky había ganado la partida!

CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA

## Reseñas bibliográficas

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: McGraw Hill, 1997, 195 pp.

El reconocimiento del carácter de norma jurídica de la Constitución, que desde las decisiones del juez inglés Coke hasta la institución de la jurisdicción constitucional en los modernos estados democráticos de derecho se ha venido consolidando como uno de los pilares básicos de la organización política de las sociedades del mundo occidental, ha hecho surgir interesantes problemas prácticos y teóricos, que se han convertido en objeto común de la jurisprudencia y de la reflexión sobre el derecho.

*Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, libro del profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Valladolid, Juan María Bilbao Ubillos, trata de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal norteamericana en el ámbito de uno de los principales interrogantes derivados del carácter jurídico de la Constitución: Dado que la Constitución es una norma jurídica, ¿para quién lo es? ¿A quién obliga la Constitución? ¿Quién está sujeto a ella, en sus conductas, posiciones y estatus? ¿Es la Constitución un código sólo para el Estado, o también para los particulares, y si es así, por qué razón y con qué alcance?

En concreto, el libro se centra en el tratamiento que la jurisprudencia constitucional norteamericana ha dado, desde el siglo XIX hasta nuestros días, al problema de la eficacia horizontal o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. Este tema se ha convertido en un lugar común de amplia discusión no sólo en Estados Unidos, sino en muchos de los países que se han constituido como estados constitucionales. Un estudio

profundo sobre el tratamiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas en España, pero también con interesantes referencias a la experiencia alemana, así como a las innovaciones que al respecto presentan las modernas constituciones latinoamericanas, puede encontrarse en el trabajo "Los derechos fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones privadas", que Ángela Figueruelo, profesora titular de derecho constitucional de la Universidad de Salamanca, presentó como ponencia al "Congreso Internacional Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectivas para el próximo milenio", que tuvo lugar en la Universidad Externado de Colombia de Bogotá, en agosto de 1996. El texto de la ponencia, que incluye numerosas referencias bibliográficas doctrinales y una addenda sobre la acción de tutela contra particulares en Colombia, se encuentra en las memorias del congreso, publicadas por la Universidad Externado de Colombia y el Consejo Superior de la Judicatura, en diciembre de 1996, en las páginas 239 a 297.

El debate que se ha producido en el ámbito del derecho constitucional norteamericano sobre el tema ha sido especialmente álgido. La razón, puesta de relieve por el autor en la nota preliminar del libro que comentamos, estriba en que una de las convicciones más firmes en la doctrina y la jurisprudencia de los Estados Unidos es la tesis según la cual «la Constitución es un límite a la actuación de los poderes públicos» (xv) [números entre paréntesis corresponden a páginas del libro reseñado] y tiene como única finalidad la regulación de las relaciones entre el Estado y los individuos, y no las que se suscitan entre particulares. De esta tesis general se deriva el enunciado específico de la eficacia unidireccional de los dere-

chos fundamentales, que predica que ellos sólo tienen eficacia frente al Estado. Este a su vez, implica la llamada doctrina de la *state action*, que consiste en que los derechos fundamentales pueden ser invocados en sede judicial (ser *self-executing*), únicamente en los casos en los cuales es posible vincular su amenaza o vulneración con una acción estatal.

La doctrina de la *state action* y su fundamento, la tesis de la eficacia unidireccional de los derechos fundamentales, respondieron en su momento a las necesidades jurídicas de una sociedad en la que era posible escindir los actos de los poderes públicos de los actos de los particulares. Empero, la fusión entre Estado y sociedad civil propia de la era de la industrialización, que ha dado al traste con la contraposición entre el derecho público y el privado, ha impuesto, en palabras de J.M. Bilbao Ubillos «una continuidad entre poderes de diferente naturaleza, que se entrecruzan en una complicada trama de contactos e interdependencias» (xiv).

Esta situación genera una interesante paradoja con relación a la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales en Estados Unidos. Por una parte, engendra el problema de la ineptitud de la tesis de la eficacia unidireccional, pues deja de ser razonable que el *Bill of Rights* instituya prescripciones dirigidas sólo al Estado, cuando su acción en muchas ocasiones no puede ser separada de la conducta de los particulares. Pero por otra, facilita que el problema sea solucionado mediante el uso de la doctrina de la *state action*. Efectivamente, no importa que se sostenga que los derechos fundamentales no pueden ser invocados sino en presencia de acciones estatales, si en la práctica casi siempre éstas acompañan a las conductas de los particulares, con lo cual no es difícil atribuir indirectamente eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones privadas, al vincular a ellas una acción estatal.

En el trabajo de Bilbao Ubillos queda claro que éste ha sido el derrotero seguido por la jurisprudencia constitucional norteamericana para extender a los particulares la eficacia de los derechos fundamentales. En este sentido, la Corte Suprema Federal se ha empeñado en la tarea de buscar una «interpretación extensiva de la exigencia de *state action*» a fin de responsabilizar al Estado del acto impugnado, para que así los derechos fundamentales puedan ser invocados en sede judicial (xv).

El libro que comentamos tiene dos finalidades. En primer lugar, reconstruir históricamente paso por paso el camino que la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal norteamericana ha recorrido para interpretar de manera extensiva el concepto de *state action* y, de tal forma, atribuir eficacia horizontal a los derechos fundamentales. En segundo término, realizar una evaluación crítica de esta vía acogida por la jurisprudencia. Para tal efecto, organiza sus reflexiones en dos capítulos: "La exigencia de una *state action* en la jurisprudencia norteamericana" (capítulo 1) y "Una valoración crítica" (capítulo IJ).

El primer capítulo consta de una introducción y de dos numerales. Mientras que aquélla está dedicada a un nuevo planteamiento más profundo y detenido de los problemas prácticos que ha generado la tesis de la eficacia unidireccional de los derechos fundamentales en Estados Unidos, éstos tratan de los dos ámbitos en los cuales la doctrina de la *state action* se ha enarbolado como solución para tales problemas: el de los poderes legislativo y judicial.

La cuestión principal desarrollada en el primero de dichos numerales, titulado "El poder legislativo y el límite de la *state action*: las enmiendas xiii y xiv", ha sido objeto de viva controversia en el seno de la Corte Suprema Federal desde los años ochenta del siglo pasado hasta los años setenta del presente. Se trataba de saber si el Congreso Federal, en ejercicio de la *enforcement clause* de las enmiendas xiii, xiv y xv, según la cual tenía competencia para desarrollar los principios consagrados en ellas mediante una legislación apropiada, podía imponer determinadas restricciones a la autonomía privada con el objetivo de atribuir eficacia horizontal a otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la igualdad de trato y las demás libertades de los esclavos manumitidos. Diversos factores hacían polémica la respuesta a este interrogante. Entre ellos, destaca Bilbao Ubillos no sólo el esperado argumento derivado de la tesis de la eficacia unidireccional de los derechos fundamentales, con arreglo al cual era inconstitucional que el Congreso impusiera a los particulares el respeto de la cláusula de *equal protection of the laws*, por cuanto la Constitución sólo vinculaba a los poderes públicos; sino también el hecho de que para los Estados, esta imposición significaba un desborde en el ejercicio de las competencias del Congreso Federal, el que a su juicio sólo estaba facultado

para suplir la inactividad de los Estados, quienes eran realmente competentes para desarrollar las enmiendas. Por estas razones, entre otras, la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de las décadas de los setenta y ochenta del siglo pasado, declaró inconstitucionales varias leyes mediante las cuales el Congreso pretendía conceder eficacia horizontal a los derechos fundamentales. Sólo hasta los años cincuenta del presente siglo, el Congreso Federal realizó un nuevo intento en este sentido, al prohibir la discriminación racial en ciertas órbitas de las relaciones entre particulares, como por ejemplo el uso de determinados servicios públicos y el alquiler de vivienda. En esta ocasión, la Corte Suprema Federal cambió su doctrina al ejercer el control de constitucionalidad, y en una serie de decisiones que tuvieron su hito inicial en los casos *Katzenbach v. Morgan* y *US v. Guest*, reconoció que era ajustado a la Constitución el ejercicio por el Congreso de la competencia para impedir la discriminación racial en las relaciones entre particulares. En consecuencia, cualquier particular que considerase vulnerado su derecho fundamental a la igualdad podría acudir a la jurisdicción y fundamentar su pretensión sobre la base de la reglamentación legal expedida por el Congreso. Sin embargo, esto no significaba que pudiera hacerlo con apoyo directo en la Constitución. Este constituye un problema jurídico distinto, a cuyo tratamiento destina Bilbao Ubillos el último numeral del primer capítulo de su libro.

"La interpretación jurisprudencia) del concepto de *state action*" es el título de este numeral. Su problema central es la aplicación judicial directa de los enunciados constitucionales que consagran derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. De acuerdo con la doctrina de la *state action*, el juez o tribunal podía aplicar dichas cláusulas sólo en el evento en que su vulneración o amenaza pudiera vincularse de alguna manera con una acción estatal. Para tal efecto, sostiene el autor, lo primero que el juez tenía que hacer era comprobar si el demandado en el proceso era una entidad estatal o un particular. De verificarse lo primero, ya estaba creada la conexión exigida. De no ser así, el juez tenía que buscarla de manera indirecta, mediante técnicas variadas. Dos fueron las más usadas por la jurisprudencia norteamericana. Por una parte, en una pluralidad de casos, el juez declaró que una empresa era un «componente más del Gobierno»

(33), a pesar de su apariencia privada, pues cumplía una función pública. Por otra, en diversas ocasiones el juez halló otras clases de nexos indirectos con la actividad estatal.

Para explicar la manera cómo la Corte Suprema Federal utilizaba la primera de las citadas técnicas, Bilbao Ubillos cita diversos fallos en que el alto Tribunal consideró que una acción de una empresa privada creada por el Estado para alcanzar fines públicos, y cuya propiedad y control aún conservaba, debía ser considerada como estatal para fines de la aplicación de los derechos fundamentales consagrados en las enmiendas de la Constitución norteamericana (34). En igual dirección, el autor trae a colación múltiples decisiones en las cuales el máximo juez norteamericano sostuvo que determinadas entidades que ejercen funciones cuya naturaleza podía ser equiparada a aquéllas que han sido encomendadas tradicionalmente al Estado, podían ser consideradas como un poder público sólo para los efectos de posibilitar la aplicación judicial de las normas de derechos fundamentales. La finalidad más importante de este instrumento era controlar la discriminación racial en áreas de trascendente relieve social, como las elecciones primarias organizadas por los partidos políticos, o el acceso a espacios de propiedad privada abiertos al público, tales como centros comerciales o parques (40 y ss).

Esta técnica, denominada por el autor "la técnica de la función pública", fue frecuentemente empleada desde los años treinta hasta los años setenta del presente siglo. Empero, la alta Corte Federal norteamericana ha rehusado su utilización a partir del caso *Jackson v. Metropolitan Edison* de 1974, en áreas relacionadas con la prestación por particulares de los servicios públicos de electricidad y de educación, con lo cual frenó el proceso de ensanchamiento [jurisprudencia] del concepto de *state action*. Como consecuencia, desde tal época ha predominado una interpretación restrictiva de la noción, lo cual se explica en buena medida por las críticas que su aplicación extensiva despertó, fundadas ante todo en el argumento de que no existe un criterio constitucional objetivo que permita identificar qué funciones son intrínsecamente estatales y cuáles no lo son.

En razón de lo anterior, a fin de hacer factible la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la Corte Suprema Federal ha tenido que recurrir a la aplicación, complementaria con la primera o autónoma, de la segunda de las men-

cionadas técnicas. Bilbao Ubillos la denomina la técnica del "reconocimiento de una implicación estatal significativa". El objetivo que mediante ella se persigue es, en palabras del propio autor, «imputar a un poder público una actuación aparentemente privada», para lo cual «se aduce la existencia de algún tipo de conexión o intervención pública» en el acto privado, tan relevante como «para considerar al Estado como un *joint venturer* (socio) o "un participante activo" en la conducta [privada] impugnada» (77).

La conexión de la conducta pública con el acto privado impugnado puede ser de distintos grados y revestir variadas formas. Entre ellas, destaca el autor cinco, cuya aceptación por la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal ha fluctuado a lo largo de las últimas décadas. En primer lugar, enuncia la estrategia del nexo en razón de la aplicación judicial de un acto jurídico de derecho privado. Esta práctica, similar a la *mittelbare Drilfwirkung* alemana o a la técnica más usada en España para otorgar eficacia horizontal a los derechos fundamentales (Cfr. A. Figueruelo, p. 261), consiste en atribuir al juez una vulneración iusfundamental indirecta, como consecuencia de la aplicación procesal de un acto privado que directamente contraviene el derecho protegido. En este sentido, el concurso del juez para hacer efectivo el acto inconstitucional genera la conexión de la acción estatal con la transgresión y, por lo tanto, confiere relieve indirecto a las normas de derecho fundamental en la relación entre los particulares. De acuerdo con el examen de jurisprudencia realizado por Bilbao Ubillos, el supuesto de mayor trascendencia en que esta estrategia de vinculación estatal ha sido empleada en Estados Unidos ha sido el de la ejecución judicial de acuerdos o decisiones privadas discriminatorias, en especial de los "*racially restrictive convenants*", disposiciones contractuales en virtud de las cuales el propietario de un inmueble se comprometía a no venderlo o alquilarlo a personas que pertenecieran a una minoría racial (78). Frente a este supuesto, en 1948 la Corte Suprema Federal en el caso *Shelley v. Kaemer*, sostuvo que «desde el momento en que un tribunal estatal presta su concurso a la ejecución de uno de esos contratos estamos en presencia de una acción estatal, y dentro, por consiguiente, del ámbito protegido por la enmienda xrv» (81).

La utilización de esta doctrina por el máximo juez norteamericano, que conducía a la declara-

ción indirecta de la inconstitucionalidad de un acto privado por la intervención judicial en su ejecución, generó airadas críticas doctrinales, cuyos principales argumentos se situaban en la consideración de la ejecución judicial de un acuerdo privado como «una decisión más bien neutral» (*Wechsler*) (81), y en el temor de que por esta vía cualquier arbitrariedad privada pudiera «dar ocasión a un conflicto constitucional. y la distinción, a estos efectos, entre acción privada y acción estatal desapareciera» (94). Como efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal durante mucho tiempo tuvo especial cuidado en mantener un uso restrictivo de la doctrina del caso *Shelley v. Kaemer*, que a fin de cuentas, a juicio del autor, parece haberse agotado (100).

El segundo de los vectores de vinculación de la *state action*, es «la asociación entre el Estado y el actor privado» (101). En este supuesto, alguna dependencia del Estado, por lo general de la administración pública, se encuentra en relación de interdependencia con la actividad privada a la cual se acusa la vulneración de un derecho fundamental. La interdependencia, detectada por el juez caso por caso, puede manifestarse de formas tan diversas como una relación contractual entre la administración y el particular, la obtención de beneficios económicos provenientes de la actividad económica privada por parte del Estado, o la participación estatal en los órganos de control y decisión de las sociedades privadas. En todo caso, el nexo que une al Estado con el particular debe tener magnitud suficiente como para considerar a aquél como un «socio o ca-partícipe (*joint participant*) en la actividad denunciada» (104).

Este medio de vinculación del Estado a la actividad privada a fin de otorgar eficacia horizontal a los derechos fundamentales fue de significativa utilidad para la Corte Suprema Federal, a fin de sancionar discriminaciones practicadas por particulares que utilizaban bienes públicos para actividades económicas. Pero las últimas décadas, según conclusión del autor, ha pasado a un segundo plano, porque el máximo juez americano ha impuesto exigentes restricciones para su empleo (106).

«La implicación del Estado mediante estímulos o ayudas que favorecen la acción privada» ha sido otra táctica para generar una conexión de *state action*, sobre todo en casos de discriminación racial. Esta técnica se basa en la aserción según la cual «la intervención del Estado se interpreta como una forma de apoyo oficial que alien-

ta o fomenta virtualmente la discriminación privada» (107). Un favorecimiento a alguna actividad privada contraria a los derechos fundamentales ha sido detectado y develado por la Corte Suprema Federal, en acciones de tan variada índole como una enmienda de la Constitución del Estado de California que prohibía al Estado la limitación del derecho de toda persona a escoger con «absoluta discrecionalidad» su contraparte en los negocios jurídicos que sobre bienes de su propiedad realizase; un conjunto de normas reguladoras del transporte sobre rieles que autorizaba a las empresas ferroviarias a practicar «diversas pruebas de detección del consumo de alcohol u otras drogas (análisis de sangre y orina, por ejemplo) a los empleados que incumpliesen determinadas reglas» (115), o la financiación pública a un programa estatal de préstamo de libros ejecutado por escuelas que practicaban discriminación racial. A pesar de la fuerza inicial con la que esta técnica fue empleada por la Corte Suprema Federal, desde los años setenta ha sido utilizada con gran cautela, ante todo por las dificultades para establecer un criterio preciso que sirva para determinar en cada caso si la magnitud del patrocinio estatal es tal como para vincular su conducta a la del particular. Desde entonces, se ha impuesto el criterio enunciado por el juez Duniway en el caso *Ascherman v. Prebyterian Hospital* de 1974, en virtud del cual «para que una acción pueda ser imputada al Estado, éste tiene que aparecer no implicado de una manera genérica en las actividades de la entidad privada, sino específicamente, en la conducta que ha podido lesionar los derechos constitucionales del demandante» (122).

Aunque sin la contundencia de las anteriores, la técnica de vinculación del Estado a la actividad privada contraria a los derechos fundamentales, en razón de la expedición de regulaciones o la concesión de licencias para su ejercicio, también ha constituido en alguna ocasión herramienta de la cual se ha valido la Corte Suprema Federal. Su fundamento se halla en la controvertida afirmación según la cual «al regular o conceder permisos los poderes públicos asumen, de algún modo, una función de supervisión de la actividad privada» (127). Este argumento, aducido por una pluralidad de demandantes con la finalidad de enlazar una *state action* a la actividad del demandado, fue rechazado desde 1952 por el máximo juez americano, principalmente porque a su juicio «el mero hecho de que una actividad esté regulada por el

Estado[ ...] no convierte automáticamente esa actividad, todas y cada una de las operaciones que se concreta, en una actividad pública» (134). No obstante, en el caso *Lugar v. Edmondson Oil Co.* de 1982, la Corte Suprema consideró que «la participación directa de un funcionario público en el procedimiento de embargo, asistiendo al acreedor privado, constituye una "*joint participation*" suficientemente significativa como para considerar satisfecho el pre-requisito de *state action*» (142).

Por último, Bilbao Ubillos analiza la estrategia de vinculación del poder público a una actividad privada frente a la cual ha asumido una posición pasiva, a pesar de que sobre él pesaba un deber de protección de otros intereses. Se trata de la hipótesis de "responsabilidad" por omisión del Estado que, como el autor pone de relieve, ha sido objeto de insinuaciones jurisprudenciales especialmente en el ámbito de la igualdad, en el cual parece pertinente que el Estado intervenga, no sólo para impedir la discriminación entre particulares, sino aún más para propender por la igualdad real de los grupos más deprimidos de la sociedad mediante acciones positivas (*affirmative actions*). A pesar de la existencia de *obiter dictum* en este sentido, en la práctica la hipótesis no ha tenido demasiado alcance, sobre todo por la «resistencia judicial a enjuiciar decisiones del legislador o del Ejecutivo en materia presupuestaria». El único caso en que ha sido reconocido abiertamente el deber de protección del Estado frente a las transgresiones de derechos fundamentales de unos particulares por parte de otros, ha sido el de la privación de la libertad bajo custodia directa del Estado en cárceles u hospitales psiquiátricos.

En los aspectos hasta aquí reseñados, trata Bilbao Ubillos la evolución de la jurisprudencia norteamericana con relación a su objeto de estudio, tras lo cual, en una segunda parte del libro, de extensión mucho menor que la primera, hace un recuento de las principales opiniones que han sido esgrimidas en el debate doctrinal que la técnica de la *state action* ha generado. En este sentido, explica las dos principales objeciones que se han propuesto a su empleo. Por una parte, aquella que pone de relieve la manifiesta incoherencia con la cual la Corte se ha servido de la estrategia, y que por lo mismo endosa al alto Tribunal mayoría incapacidad para crear «un cuerpo de doctrina uniforme», que recoja la pluralidad de Jueces comunes que sin reglas claras ha aplicado. Por otra parte, se encuentra la crítica que

endilga al mecanismo de la *state action* una peligrosa potencialidad para afectar indebidamente el ejercicio de las libertades individuales. En esta dirección, se denuncia la irrupción de los tribunales en la esfera de *privacy* de los particulares, que al modo del *status* negativo de Jellinek, se erige como un área de libertad inmune a la acción estatal, incluso al activismo judicial.

La última de las críticas lleva al autor a develar el problema que se encuentra en el fondo de la doctrina de la *state action*. En sus propios términos, «la clave no está tanto en la búsqueda de indicios de una implicación oficial como en las diferentes propuestas de ajuste o equilibrio (*balancing*) entre el impacto negativo que la acción presuntamente ilícita tiene sobre el agraviado y la necesidad de preservar un reducto intangible de intimidad y autonomía en las decisiones personales» (177). En su opinión, la doctrina de la *state action* es tan sólo una fachada tras la cual se encuentra un juicio de constitucionalidad de la conducta privada a la que se imputa la vulneración de un derecho fundamental, juicio que se concreta en el examen de la proporcionalidad en la relación entre los derechos de los particulares cuyo conflicto es objeto del caso. De esta manera, «en la práctica, cuando se ha estimado que la conducta impugnada merece la protección estatal [porque no ha quebrantado la proporcionalidad en el balance con los otros derechos en juego, agregaríamos] el tribunal ha sostenido la ausencia de acción estatal» (181).

El reconocimiento de esta función meramente aparente de la doctrina de la *state action*, ha originado interesantes posturas tales como la de E. Chemerinsky, destacada por Bilbao Ubillos, que argumentan en favor de la eliminación de la exigencia de una conducta estatal para que los derechos fundamentales puedan ser invocados en sede judicial. De esta manera se reconocería que los derechos fundamentales son un orden objetivo de valores, cuya protección es tarea del Estado, sin importar el origen de los actos que contra ellos atenten. Así mismo, los razonamientos judiciales se verían revestidos de mayor claridad, pues se centrarían en la ponderación entre los derechos en conflicto, en vez de dilatarse en la justificación de la existencia de una conexión entre la conducta impugnada y una acción estatal. Sin embargo, todas estas propuestas tienen la dificultad de que tropiezan con la redacción literal restrictiva de la XIV enmienda, frente a lo cual

algunos otros más osados como AR Madry sugieren hacer caso omiso.

Como comentario final, parece pertinente poner de manifiesto el gran valor que entre nosotros tiene el libro de Bilbao Ubillos, no sólo por la sencillez con la que explica el problema de la eficacia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico norteamericano, cuya influencia en el colombiano es mayor cada vez, sino porque nos sugiere realizar investigaciones en el ámbito de nuestra propia dogmática de los derechos fundamentales.

(Un importante ejemplo de este tipo de investigaciones puede encontrarse en el libro del profesor Néstor Osuna, *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998).

Estas investigaciones se hacen cada día más necesarias en razón de que la Corte Constitucional, al aplicar la Constitución, ha comenzado a hacer operativas las consecuencias que para el resto del sistema jurídico se derivan del principio de posición preferente de los derechos fundamentales, y que bien podrían sintetizarse en la conocida fórmula de la «constitucionalización de las ramas del derecho». Este efecto genera interesantes fenómenos de los cuales se debe ocupar no sólo el derecho constitucional, sino también la reflexión sobre cada una de las áreas del ordenamiento, que no sólo tienen en la Constitución un nuevo punto de vista para el estudio de su disciplina, sino que a la vez contribuyen a la construcción de la dogmática de cada concreto derecho fundamental, que no pretende una ruptura absoluta con el material normativo preconstitucional, sino una relectura del mismo desde la óptica de los principios constitucionales.

#### CARLOS BERNAL PULIDO

MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANFRO. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996, 207 pp.

Se trata de la primera edición de esta obra de los catedráticos de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, en España. Para sus autores, "Las piezas del Derecho" constituyen la primera parte de una teoría general del derecho. Este libro representa el producto de un extraordinario traba-

jo inspirado por la ambición de sistematizar los enunciados jurídicos mediante una taxonomía capaz de poner en evidencia las diferencias y las relaciones que existen entre ellos. Como tal, es pertinente poner de relieve que no se trata de una teoría general de las normas, sino de los enunciados jurídicos, los cuales son definidos como «proposiciones jurídicas significativas, es decir interpretadas».

El problema principal de la obra puede ser definido en los siguientes términos: ¿existe o no algún criterio que permita clasificar los enunciados jurídicos y detectar sus similitudes y diferencias? Tras él, está en juego la posibilidad de distinguir entre varias categorías de enunciados jurídicos, construidas con fundamento en tales criterios de clasificación, con el fin de precisar su distinto alcance en los discursos explicativo y justificativo del derecho.

La tesis central de la obra es que los enunciados jurídicos pueden ser clasificados válidamente de conformidad con tres criterios: el estructural, el funcional y el de la conexión con los intereses. Mediante el primero, la clasificación se efectúa según la estructura de las proposiciones. Por medio del segundo, de acuerdo con el papel que están llamados a desempeñar en el razonamiento de los sujetos del Derecho. En virtud del tercero, de índole marxista, de conformidad con su vínculo con los intereses de los individuos y las relaciones sociales de poder.

A lo largo del libro se desarrolla la clasificación de los enunciados jurídicos, fundada en los tres criterios mencionados. Para tal efecto, los autores efectúan una reflexión organizada conforme a un plan, compuesto de una presentación y seis capítulos. Aquella contiene el concepto de enunciado jurídico y la mención de las perspectivas de clasificación. Tres capítulos están dedicados a explicar las diversas categorías de enunciados que componen la taxonomía: las normas de mandato, principios y reglas (capítulo I), las reglas que confieren poderes (capítulo II), los enunciados permisivos (capítulo III). En los capítulos IV y V se estudian, respectivamente, la relación entre los valores y los enunciados jurídicos, y la regla de reconocimiento. Las conclusiones, expresadas en el último capítulo, esbozan una síntesis de la clasificación efectuada.

El capítulo primero, titulado "Las normas de mandato: principios y reglas", se consagra al análisis de los tipos de enunciados jurídicos que

expresan normas deónticas. Se trata de los principios en sentido estricto, las directrices, las reglas de acción y las reglas de fin. De acuerdo con los autores, todos estos enunciados forman parte de un determinado sistema jurídico; tienen carácter práctico, es decir, la función de regular las conductas; son normativos, pues su función dominante es la directiva y no la valorativa o justificativa; y expresan normas y no el uso de poderes conferidos por ellas. Sin embargo, se diferencian entre sí en razón de los aludidos criterios estructural, funcional y de la conexión con los intereses.

Según el primer criterio, tanto las reglas de acción y de fin, como los principios en sentido estricto, se expresan mediante proposiciones que relacionan casos con calificaciones de conductas. Unos y otros especifican los contornos de la acción valorada. Empero, se distinguen en el grado de determinación de la configuración del supuesto de hecho. Si un enunciado lo detalla de forma "cerrada", deberá ser clasificado del lado de las reglas; mientras que si lo deja tan "abierto" que sus propiedades no pueden ser siquiera genéricamente precisadas, deberá considerarse como un principio. Esta característica es así mismo propia de las directrices. No obstante, su singularidad radica en que también el comportamiento prescrito se halla tan indeterminado que sólo se espera que se cumpla en la mayor medida posible. En fin, las reglas de acción y las de fin, divergen únicamente en que el consecuente de aquéllas prescribe la ejecución de una acción, mientras que el de éstas, la obtención de un cierto estado de cosas.

Vistos desde una perspectiva funcional, sostienen los autores con base en el pensamiento de J. Raz, que tanto los principios en sentido estricto como las directrices y las reglas de acción y de fin, son pautas que expresan razones para actuar a sus destinatarios. Estas razones tienen dos dimensiones, una directiva y otra valorativa o justificativa. La primera se refiere a la función de guiar el comportamiento de sus destinatarios. La segunda destaca los valores que fundamentan los enunciados.

En la dimensión directiva, todos estos enunciados jurídicos expresan razones categóricas para la acción, pues «se imponen a su destinatario con independencia de cuáles sean los deseos e intereses de éste». No obstante, se distinguen en su concreta aplicación práctica, por la amplitud del

ámbito de deliberación sobre el mejor curso de acción por llevar a cabo que dejan al destinatario. Las reglas de acción excluyen toda posibilidad de deliberación, pues imponen la acción que ellas contienen. Las reglas de fin establecen un objetivo, pero dejan al sujeto la elección de los medios para obtenerlo. En fin, ni los principios en sentido estricto ni las directrices determinan perentoriamente el comportamiento. Éste resulta de la ponderación que el destinatario realice acerca de la prevalencia de un determinado principio con relación a los demás, o sobre la necesidad de realizar un objetivo con prioridad frente a otros.

En la dimensión justificativa, mientras que los principios en sentido estricto presuponen valores últimos, por lo cual se erigen como "*razones de corrección*", las directrices suponen tan sólo valores utilitarios, y por tanto sólo son razones de igual categoría, que pueden ser superadas por las que emanan de los principios. Las reglas pueden incorporar, según el caso, uno u otro tipo de valores.

En fin, desde la perspectiva de la relación entre los enunciados jurídicos que expresan normas deónticas y los poderes e intereses sociales, en primer lugar, las reglas de acción se caracterizan por imponer deberes positivos o negativos, con lo cual fijan restricciones a la persecución por cada cual de sus propios intereses. De esta manera, expresan al destinatario una precisa guía de comportamiento, a la cual debe someterse. En segundo lugar, las reglas de fin y las directrices sólo establecen, respectivamente, ciertos fines por conseguir o determinados objetivos sociales por promover, pero no contienen una indicación exacta acerca de los medios para alcanzarlos, en ambos casos, ni de las metas concretas a lograr, en el segundo. Por tal razón, para precisar cuál es la acción que debe llevar a cabo, el sujeto debe elegir entre los medios posibles, en los dos supuestos, y además, entre los variados fines concretos, en el caso de las directrices. En último término, los principios en sentido estricto contienen valores que se consideran como «razones categóricas frente a cualesquiera intereses». Su misión es evitar que la persecución de otros intereses pueda vulnerarlos, lo que debe ser tenido en cuenta por el destinatario, cuando realiza ponderaciones para solucionar conflictos entre principios.

En el capítulo segundo, "Las piezas del derecho", se tratan las reglas que confieren poderes normativos. Con notable influencia de la concep-

ción de Hart sobre esta clase de enunciados, los autores sostienen es posible establecer distinciones entre las reglas que confieren poderes y los enunciados que expresan normas deónticas o regulativas, con base en los mencionados criterios estructural, funcional y de la relación con los poderes e intereses sociales; así como también, entre aquéllas, las definiciones y las llamadas "reglas puramente *constitutivas*".

Desde el primer punto de vista, las normas que confieren poderes no se estructuran, como los enunciados deónticos, mediante esquemas condicionales que correlacionan estados de cosas con calificaciones de conductas. Su armazón consta de un antecedente, formado por un estado de cosas y una acción, y un consecuente que consiste en un resultado institucional o resultado normativo. es decir, un cambio de estado de cosas producido mediante una acción o un hecho. Tal esquema puede ser expresado, sostienen los autores, por medio de la forma canónica: "*Si se da el estado de cosas X y Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional (o cambio normativo) R*". De esta manera, las reglas que confieren poderes normativos se distinguen también de las definiciones, en cuanto éstas no expresan normas, sino que buscan permitir identificar normas presentes en otros enunciados, y de las llamadas reglas puramente constitutivas (por ejemplo, que prescribe que al cumplir 18 años se alcanza la mayoría de edad), en cuanto tales reglas anuncian la producción automática de un determinado resultado institucional cuando se produzca cierto estado de cosas, con prescindencia de la mediación de la conducta.

Desde el enfoque funcional, por una parte, las reglas que confieren poderes, al igual que las deónticas, tienen como función guiar la conducta humana. Sin embargo, unas y otras se distinguen, en cuanto éstas establecen directamente el comportamiento a efectuar, mientras que aquéllas sólo prescriben la manera para obtener cierto resultado normativo. Por tal motivo, los analistas de las piezas del derecho consideran que las reglas que confieren poderes regulan la conducta de forma indirecta. Además, en tanto que los enunciados deónticos son susceptibles de ser cumplidos o incumplidos, las reglas que confieren poderes no lo son. Simplemente, las competencias que ellas otorgan pueden ser ejercidas, con o sin éxito.

Por otra parte, desde esta misma perspectiva, las reglas que confieren poderes se diferencian de

las definiciones en que éstas no pretenden ser guías de comportamiento, sino ayudas para explicar normas contenidas en enunciados con función práctica. Y se distinguen de las reglas puramente constitutivas, porque en el funcionamiento de éstas, el antecedente casi siempre consiste en un estado de cosas incontrolable por el agente. Entonces, difícilmente estos enunciados pueden modificar la conducta de quien no actúa. Sólo excepcionalmente, cuando el sujeto puede valerse de la regla puramente constitutiva para alcanzar un fin (por ejemplo, quien devuelve una cosa mueble perdida, para que el dueño le abone la décima parte del valor de la misma, tal como prescriben los artículos 615 y 616 del Código Civil español) puede ésta considerarse prescriptiva en cierto sentido. En tal caso, deviene borrosa la frontera que marca la distinción entre reglas puramente constitutivas y reglas que confieren poderes.

En fin, miradas con la óptica de la relación con los poderes e intereses sociales, las reglas que confieren poderes otorgan al destinatario capacidad de influir en intereses propios o ajenos, al paso que los enunciados regulativos afectan de manera directa los intereses de los individuos, las definiciones no tienen conexión alguna con los intereses sociales, salvo en su «función de disminuir el poder semántico de los jueces y de la doctrina», y las reglas puramente constitutivas no confieren capacidad para producir cambios normativos que afecten los poderes sociales.

Del capítulo tercero, dedicado a los enunciados permisivos, puede deducirse que los autores consideran que los permisos, al igual que las obligaciones y prohibiciones (normas de mandato), son subespecies de los enunciados deónticos (principios en sentido estricto, directrices, reglas de acción y de fin) y de las reglas que confieren poderes. Por una parte, los permisos cumplen las funciones de aclarar el estatus deóntico de una determinada conducta en cierto contexto jurídico y cultural, o de modificarla, para que deje de estar prohibida o de ser obligatoria y sea ahora facultativa. Pero a su vez, ellos parecen poder expresarse en términos de «negación, derogación y excepción de normas de mandato (o de formulación indirecta de las mismas) y, eventualmente, de definiciones». Por la otra, los poderes conferidos por reglas pueden ser, bien de ejercicio obligatorio, bien de ejercicio facultativo, lo cual depende de si la producción de un cierto resultado normativo se establece como obligatoria o como facultativa.

El capítulo cuarto, titulado "Los valores en el derecho", cambia el ritmo de la obra. En él, no se persigue establecer las características especiales de un tipo de enunciados jurídicos, sino averiguar cuáles son las relaciones entre los valores y los enunciados de un ordenamiento jurídico. Con respecto a esta cuestión, los autores afirman «que los principios -y también, en sentidos diversos, el resto de las normas de un ordenamiento jurídico- no contienen únicamente un elemento directivo-o normativo en sentido estricto- sino también uno valorativo»; y que tal dimensión valorativa recae sobre las acciones y los estados de cosas, para atribuirles, desde un punto de vista intrínseco o extrínseco, calificaciones positivas, negativas o de indiferencia. Así mismo, sostienen que los valores también son un criterio de diferenciación entre algunos de los enunciados jurídicos. Si se otorga determinada calificación a la acción o el estado de cosas en razón de sus consecuencias, se estará en presencia de valores utilitarios contenidos por antonomasia en las directrices. Si no es así, se tratará de valores últimos o de corrección, propios de los principios en sentido estricto.

El capítulo quinto de "Las piezas del Derecho", se dedica a la regla de reconocimiento. En él tampoco se pretende caracterizar a un específico tipo de enunciado jurídico. El propósito de los autores es abordar el problema de la unidad del derecho. Para tal fin, tratan de develar los caracteres principales de la *regla de reconocimiento*, pues entienden que la unidad es el correlato de remitir a ella todos los enunciados jurídicos, a efectos de fundamentar su obligatoriedad y pertenencia al Derecho. Según lo expuesto en la obra, la regla de reconocimiento no es un enunciado jurídico. Es un complejo de dos dimensiones, que deriva su existencia como tal de su aceptación por parte de los participantes en la vida social. En una dimensión, es un criterio o definición que permite establecer cuáles son los enunciados que pertenecen a un determinado ordenamiento jurídico. En la otra, es una regla consuetudinaria de mandato, que opera como guía de conducta y criterio de valoración, al establecer a los particulares y a los órganos de producción y aplicación del derecho, el deber de obedecer las normas del sistema jurídico.

El libro termina con un capítulo de conclusiones y dos cuadros comparativos, en los que se sintetiza el producto final del estudio: la taxonomía de las piezas del derecho.

No es una reseña el lugar más apropiado para efectuar una evaluación crítica detallada de esta importante contribución de los profesores Atienza y Ruiz Manero a la teoría del derecho. Empero, tal vez sea pertinente dejar en evidencia una especial dificultad, implícita en su empeño de elaborar una taxonomía general de los enunciados jurídicos. Tal obstáculo consiste en hallar precisos criterios de clasificación, que sirvan para diferenciar los diversos tipos de enunciados. *Prima facie*, la obra pretende servirse, para el efecto, de los criterios estructural, funcional y de la relación con los intereses sociales. Sin embargo, esto sólo se verifica en la práctica para fijar las diferencias entre los distintos enunciados deónticos (principios en sentido estricto, directrices, reglas de acción y reglas de fin). Las distinciones más generales entre enunciados (jurídicos y metajurídicos, de carácter práctico y no práctico, normativos y valorativos, que expresan normas y que expresan el uso de poderes normativos, deónticos y no deónticos), no se realizan con base en dichos criterios sino con fundamento en otros distintos. Esta particularidad trae consigo una pluralidad de insalvables perplejidades de índole epistemológica, no abordadas expresamente en la obra.

Entre ellas, encontramos al menos las tres siguientes: 1. Para realizar la distinción entre enunciados jurídicos y metajurídicos, los autores se sirven del siguiente criterio: los enunciados jurídicos son los que pertenecen a un determinado sistema jurídico, mientras que los metajurídicos son aquellos que no forman parte del mismo. Esto quiere decir que debe existir algún criterio que permita distinguir entre unos y otros, o sea entre los que pertenecen y los que no pertenecen a un sistema jurídico. Los profesores Atienza y Ruiz Manero, con influencia de la teoría de Hart, ubican tal criterio en una dimensión de la regla de reconocimiento. No obstante, ésta también es el enunciado metajurídico por antonomasia. Entonces, se genera el problema de que un término de la clasificación funciona al mismo tiempo como criterio de clasificación. 2. En distintos niveles de la clasificación se utiliza el mismo criterio. Por ejemplo: la distinción entre enunciados de carácter práctico y los que no lo tienen, se basa en el criterio de si cumplen o no la función de regular las conductas. Los enunciados de carácter práctico cumplen tal función, mientras que los demás, no. Posteriormente, empero, al clasificarlos enuncia-

dos normativos, que pertenecen al grupo de los enunciados de carácter práctico, se emplea el mismo criterio de «la función de regular conductas», para diferenciar entre los enunciados deónticos o regulativos y los no deónticos o constitutivos. Según los autores, los primeros «regulan la conducta», al paso que los segundos «determinan cómo se constituyen o producen resultados institucionales o cambios normativos». Entonces, se hace evidente la siguiente perplejidad: ¿cómo pueden ser incardinados los enunciados no deónticos o constitutivos dentro de los enunciados de carácter práctico si no tienen como función regular la conducta humana? La única manera de eludir el problema es establecer que la expresión "regular la conducta humana" se utiliza en dos niveles distintos con significados diferentes: uno para distinguir entre los enunciados prácticos y los que no lo son, y otro para diferenciar entre los enunciados deónticos y los no deónticos. No obstante, en la obra no se hace explícita, ni implícita, la utilización de la locución con una ambigüedad semejante. 3. Entre los enunciados de carácter práctico, los autores diferencian entre enunciados normativos y valorativos, «según que la función práctica dominante sea, respectivamente, la directiva o bien la valorativa o justificativa». Este criterio de clasificación genera por lo menos dos importantes interrogantes, no abordados de manera expresa en la obra. Por una parte, ¿quién y con qué criterio se determina cuál es la función práctica dominante de un enunciado? Por otra, ¿cuál es la diferencia entre la *función directiva* que caracteriza a los "enunciados normativos" y la *regular la conducta*, propia de los "enunciados de carácter práctico"? Si son lo mismo, se genera el mencionado problema de utilizar el mismo criterio de clasificación en dos niveles que no lo soportan al mismo tiempo, pues querría decir que los enunciados valorativos, a pesar de que regulan la conducta, pues son enunciados de carácter práctico, no la regulan, y por eso se distinguen de los enunciados normativos.

Dar una respuesta adecuada a estas cuestiones es una nueva exigencia que se impone a quien se proponga, como los profesores Atienza y Ruiz Manero, descifrar las intrincadas claves con las que funcionan las piezas de ese complejo mecanismo social que denominamos derecho.

CARLOS BERNAL PULIDO

## Colaboradores

MARCO CAMELLI. Docente y Jefe Profesor Ordinario de Derecho Administrativo en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bolonia (desde 1989), de la cual es Decano, desde 1992. Miembro de la Presidencia de la Conferencia de Decanos de Derecho de Italia. Miembro de la Comisión de Coordinación de la Presidencia del Consejo de Ministros de Italia para desarrollo de la Ley 59 de 1997. Miembro del Consejo Editorial de las revistas *La Región* y *el Gobierno Local, Estado y Mercado* y *Revista Italiana de Derecho Público Comunitario*.

JAIME FERRI DuRÁ. Villena (Alicante, España), 1954. Profesor Titular en el Departamento de Ciencia Política y de la Administración II de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid. Ha realizado estudios de especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política y en Derecho Comunitario. Profesionally ha desempeñado distintos cargos en el Ayuntamiento de Madrid. Entre las materias de su dedicación están la Ciencia de la Administración y las Políticas Públicas. Autor de: "Las administraciones públicas", en: Paloma Román (Coord.), *Sistema político español*; "Las administraciones públicas", en: B. Olías de Lima (Coord.), *Gestión de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*; capítulos sobre retribuciones y valoración de puestos de trabajo, junto con M. Baena de Alcázar, en *Gestión de Transportes, Tráfico y Circulación* y en *Derecho Administrativo de Entidades Públicas*.

VINCENZO FERRARI. Graduado en Derecho por la Universidad de Milán (1962). Profesor de Sociología del Derecho en las Universidades de Cagliari (1973-1983) y de Bolonia (1983-1990). Actualmente es profesor de Sociología del Derecho y Director del Instituto de Filosofía y Sociología del Derecho de la Universidad de Milán. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Sociología, en la cual también fue Presidente del Comité de Investigación de Sociología del Derecho (1990-1994). Director de la revista *Sociologia del Diritto*. Su obra *Funciones del Derecho* (1987) fue traducida al castellano en 1989.

ANGELA FINERUELO BURRIEZA. Licenciatura (1979) y Doctorado con Premio Extraordinario (1985), Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. Profesora Titular de Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho Público de la misma Universidad, desde 1978, en la cual también ha sido Vicedecana de la Facultad de Derecho. Miembro de la Asociación Española de Ciencia Política y Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Investigadora en las áreas de Derecho Público y Justicia Constitucional. Entre sus publicaciones figuran: "En torno al concepto de tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales" (*Revista de Estudios Políticos*, 1983); *Igualdad y no discriminación por razón de sexo* (1984); *El contenido del derecho a la objeción de conciencia* (1985); *Anotaciones al tema de las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho*