

DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DEBERES
RECÍPROCOS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS
RELACIONES ENTRE PARTICULARES Y A LA DOCTRINA
DE LA *STATE ACTION* DEL DERECHO
NORTEAMERICANO¹

Constitutional rights and reciprocal duties. A special
reference to the relationship between private parties
and the state action doctrine in American law

ALEXANDER ESPINOZA-RAUSSEO

Universidad de Las Américas, Chile
alexander.espinoza.rausseo@gmail.com

JHENNY RIVAS-ALBERTI

Universidad de Las Américas, Chile
jhennyrial1613@gmail.com

Cómo citar/Citation

Espinoza-Rausseo, A. y Rivas-Alberti, J. (2024).
Derechos constitucionales y deberes recíprocos. Especial referencia a las relaciones
entre particulares y a la doctrina de la *state action* del derecho norteamericano.
Revista de Estudios Políticos, 203, 85-126.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.203.04>

Resumen

El auge de los derechos individuales ha tenido lugar a costa de algunos de los elementos fundamentales del sistema de protección jurídica. La máxima utilidad individual sirvió para justificar la inmunidad del individuo frente a los derechos de los demás y, en lugar de los deberes recíprocos de los individuos, se atribuyó al Estado la titularidad de los deberes de protección y no interferencia. Nos preguntamos si es el Estado el verdadero titular de la obligación correlativa de los derechos constitucionales. Por otra parte, es objeto de controversia cuál es el papel que juegan los intereses

¹ El presente trabajo forma parte de un proyecto de investigación autogestionado, en torno a un estudio comparado sobre los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales, en Alemania y los Estados Unidos.

generales en el derecho privado. Sostendremos que la estructura del sistema de protección jurídica del individuo no puede reducirse al tradicional esquema entre los derechos individuales y el Estado, sino que debe comprender además como elementos correlativos a los deberes sociales y públicos de cada uno.

Palabras clave

Derecho constitucional; derecho civil; deberes ciudadanos.

Abstract

The rise of individual rights came at the expense of some of the fundamental elements of the system of legal protection. Maximum individual utility served to justify the immunity of the individual from the rights of others and, instead of the reciprocal duties of individuals, the state was attributed the ownership of the duties of protection and non-interference. We wonder whether the State is the true holder of the correlative obligation of constitutional rights. On the other hand, what is the role of general interests in private law? We will argue that the structure of the system of legal protection of the individual cannot be reduced to the traditional scheme between individual rights and the state, but must also include as correlative elements the social and public duties of each individual.

Keywords

Constitutional law; civil law; citizen duties.

SUMARIO

I. Introducción. II. La doctrina de la *state action*: 1. Evolución de la doctrina de la *state action*. 2. La justificación de la doctrina de la *state action*. 3. La dicotomía pública-privada. 4. La justificación liberal de la regla de inmunidad de los particulares. III. El Estado como deudor de los derechos constitucionales: 1. El Estado como representante de los intereses generales. 2. De los privilegios e inmunidades a los derechos y deberes *prima facie*. 3. Derechos y deberes *prima facie* en relaciones jurídicas conflictivas. 4. El papel de los derechos constitucionales en relaciones horizontales. IV. Intereses generales y valores constitucionales: 1. El interés general. 2. Una perspectiva histórica de los intereses generales en el derecho privado. 3. El principio de correlatividad en el derecho privado. 4. El principio de reciprocidad de los intereses generales. V. El papel de los deberes mediatos *prima facie* en relaciones jurídicas de Derecho privado: 1. Las relaciones jurídicas de derecho privado en la esfera social. 2. Las relaciones jurídicas de derecho privado en la esfera de luz pública. VI. Conclusiones. *BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA.*

I. INTRODUCCIÓN

El auge de los derechos individuales ha tenido lugar a costa de algunos de los elementos fundamentales del sistema de protección jurídica. La idea de los derechos ha sido planteada desde el punto de vista de un individuo, cuyo contexto se reduce a sí mismo y a su vida familiar e íntima. En palabras de Bentham: «Los intereses individuales son los únicos intereses reales. Cuida a las personas; nunca los molestes, nunca permitas que nadie los moleste, y habrás hecho suficiente por el público. ¿Se creería que hay hombres tan absurdos como para amar a la posteridad más que a la generación actual? Preferir al hombre que no es al hombre que es; ¿Atormentar a los vivos con el pretexto de hacer el bien a los que no han nacido y que quizás nunca lo serán?» (1864: 144).

La máxima utilidad individual sirvió para justificar la inmunidad del individuo frente a los derechos de los demás y, en lugar de los deberes recíprocos de los individuos, se atribuyó al Estado la titularidad de los deberes de protección y no interferencia. Pero, se trata de una simplificación de un asunto mucho más complejo. El individuo no solo tiene deberes inmediatos (derechos) frente a su ámbito personal y familiar, sino que al mismo tiempo ejerce otros roles. Sus deberes derivan además de la membresía social y pública

o política, en un sentido muy amplio que incluye su responsabilidad con las generaciones futuras y con la vida en el planeta. Por otra parte, los efectos que en otros tiempos parecían remotos son percibidos en nuestros días cada vez más cercanos y actuales para el individuo. Ello ocurre por diversos motivos en ámbitos como el medio ambiente, la paz o la estabilidad económica. Cada vez se reduce la distancia entre los efectos mediatos e inmediatos de la acción humana y cada vez es más difícil negar la interdependencia entre la utilidad mediata e inmediata del individuo.

Si el fundamento de los derechos reside en el beneficio recíproco de los deberes de protección y no interferencia en el derecho de cada uno, entonces el interés en estos niveles mediatos no es menos importante para el individuo que su bienestar inmediato. El desplazamiento a título de enajenación o de usufructo de estos deberes a manos del Estado ha permitido la cesión de un poder de tal magnitud que podría poner en peligro la realización de los derechos del individuo.

La doctrina constitucional de la *state action* establece que solo el Estado está sujeto a los derechos constitucionales, mientras que la conducta privada no se encuentra sometida al control basado en las garantías de la Constitución. Frente a la regla de inmunidad de la conducta privada, las limitaciones a la libertad que derivan de la teoría de la función pública de la propiedad han sido consideradas como excepciones (Chemerinsky, 2019: 555; Fallon Jr, 2013: 338). Abordaremos la justificación de ambas premisas. A partir de un análisis doctrinal e histórico nos proponemos dilucidar algunos problemas fundamentales. Nos preguntamos si es el Estado el verdadero titular de la obligación correlativa de los derechos constitucionales. ¿La libertad del individuo garantiza un ámbito de inmunidad frente a los derechos constitucionales de los demás? ¿La vigencia de los derechos constitucionales en relaciones entre particulares produciría una seria disminución de la libertad? Por otra parte, es objeto de controversia el papel que juegan los intereses generales en el derecho privado, y no queda del todo claro si y en qué medida los intereses generales, como valores públicos constitucionales regidos por el principio de reciprocidad, participan en la estructura de las relaciones jurídicas entre particulares.

Sostendremos que la estructura del sistema de protección jurídica del individuo no puede reducirse al tradicional esquema entre los derechos individuales y el Estado, sino que debe comprender además como elementos correlativos a los deberes sociales y públicos. Según veremos, el deber mediato *prima facie* deriva del beneficio mutuo que obtenemos de la protección y no interferencia en el derecho de cada uno. En nuestro criterio, en la medida en que los intereses generales se rigen por el principio de reciprocidad, todas las personas son titulares del derecho mediato, en el sentido del valor positivo o

beneficio y del deber mediato, en el sentido de la corresponsabilidad por del valor negativo o carga que deriva del interés general.

La clasificación propuesta, entre derechos individuales y deberes sociales y públicos se superpone al modelo de las esferas de Arendt y Habermas, quienes distinguen entre la esfera pública, social y privada (véase al respecto, Espinoza y Rivas, 2023a: 228). De tal forma, la relación entre los derechos constitucionales y los deberes sociales y públicos es variable de acuerdo con la esfera de la vida en que tenga lugar. La actuación en la esfera de luz pública² puede encontrarse expuesta en mayor medida a los deberes de racionalidad que derivan del interés público en la creación y mantenimiento de las condiciones necesarias para el funcionamiento de la democracia, mientras que en la esfera privada prevalecen el libre arbitrio del individuo y las facultades de discriminación y exclusión que derivan de los derechos de privacidad y de propiedad privada.

El apartado II presentaremos una breve síntesis de la *state action doctrine*. En el apartado III revisaremos la estructura de las relaciones jurídicas de los privilegios, inmunidades y derechos y de los conceptos correlativos, con base en la clasificación propuesta por Hohfeld. En el apartado IV abordaremos el concepto de interés general desde el punto de vista doctrinal e histórico, especialmente a la luz de los principios de reciprocidad y correlatividad. En el apartado V propondremos replantear el esquema clásico de un conflicto determinado por la postura de las partes en un proceso judicial, para basarnos más bien en la verdadera relación de correlatividad entre derechos y deberes *prima facie*.

II. LA DOCTRINA DE LA STATE ACTION

La doctrina de la *state action* se sustenta sobre la base de una relación de contradicción entre lo público y lo privado y entre el Estado y el individuo. El Estado y los individuos son conceptualmente opuestos y su conducta debe regirse por principios opuestos. Mientras que el Estado estaría sujeto al deber de racionalidad que deriva de la cláusula de igual protección de la

² En lugar de la traducción literal de la expresión alemana *Öffentlichkeit*, emplearemos «esfera de luz pública», para expresar su carácter expuesto frente al público. Al respecto, Kleinstauber (2007) y Fraser (1996: 118). Según Arendt, uno de los elementos que distinguen a la esfera privada de la esfera pública es su exposición a «luz de la esfera pública», esto es, «la implacable, brillante luz de la constante presencia de otros en la escena pública [...]» (1998 [1958]: 51; 2003 [1958]: 60).

Decimocuarta Enmienda, se argumenta que los individuos se encuentran protegidos en su actuación por un principio de libertad, por lo que deberían ser inmunes a dicha obligación. En este apartado describiremos algunos aspectos de la doctrina de la *state action*, en cuanto a su evolución histórica (II.1), su justificación material (II.2), su relación con la división público-privada del derecho (II.3) y con el pensamiento liberal de fines del siglo XIX (II.4).

1. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA STATE ACTION

El origen de la *state action* se remonta a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de fines del siglo XIX, en varios casos de derechos civiles. En *United States v. Cruikshank et al.* (1875), en el que fueron asesinados 38 afroamericanos en una disputa sobre resultados electorales, la Corte Suprema anuló la Enforcement Act of 1870, que establecían penas frente a la interferencia de los derechos políticos. Afirmó que, la Decimocuarta Enmienda no agrega nada a «los derechos que un ciudadano tiene [...] frente a otro» (92 U. S. 554-555). Y en 1883, en *The Civil Rights Cases*,³ la Corte Suprema anuló las disposiciones de la Civil Rights Act de 1875, que prohibían la discriminación racial privada por parte de hoteles, restaurantes, transporte y otros alojamientos públicos, debido a que «la invasión individual de los derechos individuales» no es el objeto de la Decimocuarta Enmienda (109 U.S. 3, 11). En la conocida sentencia *Lochner v. New York* de 1905, la Corte Suprema anuló una ley que establecía la duración de la jornada laboral en las panaderías de Nueva York, por interferir con los derechos de los individuos, tanto empleadores como empleados, para hacer contratos laborales en los términos que consideren mejores. Sostuvo que la ley no tenía una base racional porque las largas horas de trabajo no socavaban la salud de los empleados de forma tan dramática, que justificara una interferencia con respecto a los derechos de hombres adultos e inteligentes, sino que sería necesaria la existencia de un peligro material para la salud pública o para el medio ambiente.

Según Tushnet, *Civil Rights Cases* y *Lochner* se basaron en los mismos motivos analíticos. Así como la protección de la libertad privada para elegir socios contractuales sirvió de justificación a la anulación constitucional de las leyes antidiscriminatorias que quitarían esta opción de manos privadas, la protección de la libertad económica privada para elegir términos de empleo

³ Esta decisión fue calificada como «el veredicto más cruel e inhumano contra un pueblo leal en la historia del mundo» por el Obispo Henry McNeal Turner (1893).

dio lugar a la anulación constitucional de la legislación sobre la jornada laboral (2009: 173). En criterio de Pound, la importancia de la libertad de contrato y el derecho de propiedad fue exagerada a expensas del interés público: «[...] la libertad de contrato no puede ser restringida en interés de una parte contratante, sino que cede únicamente frente a la seguridad, la salud o el bienestar moral del público» (1909: 461). Según Pound, la actitud del siglo XIX hacia la política pública, esto es, hacia los demás intereses sociales, fue en sí misma solo la expresión de una política pública, alcanzada como «el resultado de una ponderación del interés social en la seguridad general frente a otros intereses sociales» (1943: 6), al punto que las restricciones a la libertad solo podrían justificarse en la medida en que fuera necesario para mantener la libertad (*ibid.*: 8).

La doctrina de la *state action* se mantiene hasta nuestros días como un principio de derecho vigente (Chemerinsky, 2019: 312; Ackerman, 2014: 12). A mediados del siglo XX parecía haber perdido sentido, especialmente en los casos de discriminación racial. Sin embargo, el pensamiento jurídico contemporáneo experimentó un resurgimiento del período clásico (Kennedy, 2006: 22; Horwitz, 1982: 1427; 1992: 3), basado en la rígida delimitación entre las esferas pública y privada y en la protección de la conducta privada frente a la intervención judicial. La actual doctrina de la Corte Suprema aún sostiene que la Decimocuarta Enmienda solo establece prohibiciones frente a la acción del Estado y no frente a la conducta privada (*Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U.S.; *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 599; *S/A*, 2010: 261). Si bien la historia legislativa de la Decimocuarta Enmienda indica que los redactores del Congreso estaban preocupados por la usurpación privada de los derechos civiles, sin embargo, los precedentes de la Corte Suprema y el lenguaje de la Decimocuarta Enmienda⁴ exigen que sea necesaria cierta participación estatal, aunque pueda ser tangencial (*Brzonkala v. Va. Polytechnic y State University*, 935 F. Supp. 779, 794). Tal como reconoció la Corte Suprema en *The Civil Rights Cases*, el ámbito de la esfera estatal protegido por la Decimocuarta Enmienda comprende «toda legislación estatal, y en general, toda acción estatal, que menoscabe los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos» (109 U.S. 3, 11).

La Corte Suprema no solo ha deducido la sujeción de la acción del Estado a los derechos constitucionales, a partir de la lectura del texto de la Decimocuarta Enmienda, sino inversamente, la inmunidad de los particulares. De acuerdo con esta doctrina, la Decimocuarta Enmienda no ofrece un

⁴ La Decimocuarta Enmienda dispone: «No State shall [...] deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law [...]».

escudo de protección frente a la conducta privada, sin importar que se la califique de errónea o discriminatoria (*United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 554; *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 349); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 621). En contra de este criterio, un importante sector de la doctrina ha sostenido que la inacción del Estado en impedir la injusticia privada sería equivalente a la negación de igual protección prohibida en el texto de la Decimocuarta Enmienda (Black, 2000 [1986]: 2485; Seidman, 2018: 11).

2. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA STATE ACTION

La dicotomía derivada de la doctrina de la *state action* basa su justificación material en la protección de la libertad del individuo. Al respecto la Corte Suprema ha sostenido que «el cumplimiento cuidadoso del requisito de la “acción estatal” preserva un área de libertad individual al limitar el alcance de la ley federal y el poder judicial federal» (*Lugar v. Edmondson Oil Co., Inc.*, 457 U.S. 922, 936).⁵ En el voto concurrente del Juez Harlan II en *Peterson v. City of Greenville* (1963), se expresa que la doctrina de la *state action* reposa sobre la base de la protección del individuo en su esfera privada y social:

Esta limitación en el alcance de las prohibiciones de la Decimocuarta Enmienda cumple varias funciones vitales en el sistema jurídico. Detrás de los casos que involucran una supuesta negación de la igualdad de protección por acción ostensiblemente privada hay un conflicto de pretensiones constitucionales de alto orden: libertad e igualdad. La libertad del individuo para *elegir a sus asociados o vecinos*, para usar y disponer de su propiedad como mejor le parezca, para ser irracional, arbitrario, caprichoso, incluso injusto en sus *relaciones personales* son cosas que tienen derecho a una gran medida de protección contra la interferencia gubernamental. Esta libertad sería anulada, en nombre de la igualdad, si las restricciones de la Enmienda se aplicaran a la acción gubernamental y privada sin distinción (373 U.S. 244, 250) [énfasis añadido].

Como se observa, a la supuesta oposición directa entre la acción del Estado y la conducta privada, le corresponden elementos valorativos. Al contrario de la sujeción de la acción del Estado, la libertad del individuo en el ámbito de sus relaciones personales y sociales justificaría su inmunidad frente a las disposiciones de la Constitución.

⁵ En cuanto al argumento de la protección del federalismo frente a la expansión del Congreso, véase, Quinn (1976: 151).

3. LA DICOTOMÍA PÚBLICO-PRIVADA

En la evolución de la jurisprudencia constitucional norteamericana la distinción público-privada ha desempeñado un papel determinante. Mientras que la justicia distributiva se considera tarea exclusiva del derecho público, el derecho privado es valorado como un espacio de libertad del individuo. A ambos lados se advierte del peligro para la democracia y el Estado de derecho, bien por la eventual invasión del Estado en el ámbito privado, como por la exclusión del individuo o por las relaciones de dominación en el ámbito público. Según Arendt, la reivindicación totalitaria de la dominación se realiza a través de la eliminación de «la distinción y el dilema de ciudadano e individuo, así como de las perplejidades concomitantes de la dicotomía entre la vida pública y personal» (2005 [1953]: 333).

La distinción categórica público-privada que sirvió de base a la doctrina de la *state action* forma parte de la división conceptual propia del siglo XIX, producto de la necesidad de separar la ley de la política (Horwitz, 1982: 1425; 1971: 9). El pensamiento político, social y económico del siglo XIX postulaba dicotomías básicas entre el Estado y la sociedad, entre el mercado y la familia, y entre la política y el mercado. Todas estas conceptualizaciones buscaban establecer un ámbito natural separado de transacciones no coercitivas y no políticas, libres de los peligros de la interferencia y redistribución del Estado (Horwitz, 1971: 11). A partir de esta valoración se establece una relación de contradicción pública-privada en la aplicación de la cláusula de igual protección. La distinción ha sido calificada por la Corte Suprema como una «dicotomía esencial», que se encuentra arraigada en el derecho constitucional de los Estados Unidos (*United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 554. Crítico de esta afirmación, con más referencias, Brest (1982: 1302). Se afirma que, conforme al derecho constitucional sustantivo, la doctrina de la acción estatal refleja el reconocimiento judicial del hecho de que «la mayoría de los derechos garantizados por la Constitución están protegidos solo contra la infracción por parte de los gobiernos» (*Lugar v. Edmondson Oil Co., Inc.*, 457 U.S. 922, 936).

4. LA JUSTIFICACIÓN LIBERAL DE LA REGLA DE INMUNIDAD DE LOS PARTICULARES

Uno de los exponentes del pensamiento liberal es el inglés Herbert Spencer.⁶ Sostuvo que el crecimiento de la nación y la división del trabajo en una

⁶ En cuanto a la influencia de Spencer en la jurisprudencia norteamericana, véase Holmes (1897: 466) y Cohen (1927: 11). Véase además el voto disidente de Holmes

sociedad avanzada depende del cumplimiento del contrato, mientras que, más allá de los dos individuos que contratan, los efectos perniciosos del incumplimiento del contrato son experimentados por clases enteras de productores y distribuidores y, eventualmente, por todos (1960 [1885]: 199). De aquí se sigue —según Spencer— que es legítima la subordinación de la minoría a la mayoría, como requisito para la mejor protección de su libertad y propiedad y que, más allá del cumplimiento de los contratos y la seguridad de la persona y sus posesiones, una mayor agresión sobre el individuo que la necesaria para protegerlo, implicaría una violación del principio vital que se debe mantener (*ibid.*: 205-207). Con ello se exige la reducción al mínimo absoluto del poder del Estado sobre el individuo. Más allá de castigar los delitos contra la persona o la propiedad reconocidos como tales, hacer cumplir las obligaciones del contrato y hacer justicia sin costo y de fácil acceso, el Estado no debe imponer otras restricciones coercitivas sobre el individuo (Nock, 1960 [1939]: vii).

En nuestro criterio, la regla de la «dicotomía esencial» empleada por la Corte Suprema deja sin resolver algunas variantes que derivan del carácter gradual y progresivo, tanto de la sujeción del Estado, como de la libertad del individuo. Ejemplo de ello, es la expresión utilizada por el Tribunal Federal Constitucional de Alemania, según la cual «während der Bürger prinzipiell frei ist, ist der Staat prinzipiell gebunden» [mientras que el ciudadano es en principio libre, el Estado está en principio sujeto].⁷ La reserva de que se trata de un principio general y no una regla absoluta permite al tribunal alemán justificar ciertos casos excepcionales, pero entonces la fórmula pierde buena parte de su carácter normativo. Es cierto que, a falta de disposición expresa debe presumirse la libertad del individuo y la incompetencia del Estado. También es posible deducir que, en una relación jurídica, el alcance de la intervención del Estado es inversamente proporcional al grado de libertad individual que deba respetar y directamente proporcional al nivel de racionalidad exigible al ciudadano. Pero, de la sujeción del Estado no se deduce siempre y necesariamente la libertad del individuo, ni a la inversa, debido a que, como veremos, no se trata de reglas absolutas ni de conceptos opuestos ni correlativos, sino de subsistemas de distinta naturaleza.

en *Lochner v. New York*: «La Decimocuarta Enmienda no promulga la estática social del Sr. Herbert Spencer» (198 U.S. 45, 75).

⁷ BVerfGE 128, 226/244-*Fraport*. Un estudio comparado es realizado por Gardbaum (2003) y Espinoza y Rivas (2022). En cuanto la controversia en la doctrina norteamericana, acerca del juicio de ponderación o *balancing*, véase Chemerinsky (2019: 559).

III. EL ESTADO COMO DEUDOR DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

En el presente apartado revisaremos el postulado que ubica al Estado como titular de los deberes correlativos a los derechos constitucionales. Observaremos que se trata más bien de una forma abreviada pero conceptualmente imprecisa de atribuir a un sujeto específico una responsabilidad que, por su naturaleza no puede ser individualizada. Estudiaremos los binomios correlativos de Hohfeld en las relaciones jurídicas entre particulares (*Privilege-no-right*) y entre particulares y el Estado (*Immunity-disability*), a la luz de la distinción entre las relaciones conflictiva y no conflictiva de los derechos constitucionales; entre intereses *prima facie* y definitivos y entre intereses inmediatos que derivan de la condición de individuo y los intereses mediatos y recíprocos que derivan de la condición de miembro de una estructura social.

1. EL ESTADO COMO REPRESENTANTE DE LOS INTERESES GENERALES

La idea de que la finalidad de los derechos constitucionales es la protección de una esfera de libertad del individuo frente a la intervención del Estado es el resultado de una visión histórica que resume el papel de los derechos constitucionales en el largo y siempre vigente proceso de limitación del poder del Estado.⁸ Pero bastaría un análisis más detenido para demostrar que esta función histórica de los derechos constitucionales no es suficiente para justificar la ubicación conceptual del Estado como el titular del deber correlativo de tales derechos.

En primer lugar, es claro que se trata de elementos de distinta naturaleza. Mientras que el Estado es uno de los sujetos que participa en toda relación jurídica, el derecho subjetivo se refiere a un título jurídico. El correlativo de un derecho no es la parte contraria, sino el deber contrario. Pero es un error calificar al Estado como una parte interesada en una relación jurídica. El Estado, actuando en su condición de tal, no es titular de intereses propios (Bamforth 2001: 15), así como tampoco es el titular de los intereses generales (Jhering, 1877: 490; Barry 1964: 29). Más bien se trata de una expresión abreviada que agrupa «muchas relaciones jurídicas con los individuos que

⁸ Singer alude a la distinción entre las teorías de derecho público que o bien definen intereses individuales que deben ser preservados de la invasión de un Gobierno depredador o bien buscan fragmentar el poder estatal para hacerlo menos amenazante, mientras que las teorías del derecho privado se enfocan en las relaciones privadas que permita la libertad de acción sin sacrificar la seguridad (Singer, 1982: 982).

componen el Estado», las cuales según Corbin, pueden ser reducidas para una discusión más conveniente (1919: 165; ver con más referencias, Perry, 2009: 545). Según Brand, el titular de la obligación que deriva del interés en no interferir en el ejercicio de un derecho no corresponde a las entidades corporativas y comunidades o naciones, sino a sus miembros (1959: 438). Y, si tomamos en consideración la clasificación de Pound de los intereses generales entre intereses públicos y sociales, los titulares de los primeros son en realidad los miembros de una comunidad política y de los segundos, los miembros de una sociedad civilizada (1943: 1).

El Estado es un participante neutro de toda relación jurídica. Su intervención no puede estar sujeta a determinados intereses, sino que solo puede ser el resultado de la síntesis de todos los intereses en juego. La apreciación errónea del Estado como una parte puede ser consecuencia de la intervención de algunos órganos como representantes del interés general⁹ o bien el resultado de las relaciones jurídicas procedimentales en las que un órgano ejerce el control jurídico de revisión o de grado de la actuación de otro órgano del Estado y determina su sujeción al ordenamiento jurídico. De tal forma que la afirmación de que los derechos constitucionales aseguran un ámbito de libertad frente al Estado puede ser en realidad una expresión abreviada de que los derechos constitucionales aseguran un ámbito de libertad frente a los intereses generales, cuya representación, dada la condición abstracta del público o del cuerpo social, se atribuye al Estado.¹⁰ Pero entonces sería igualmente válido afirmar que los derechos constitucionales aseguran un ámbito de libertad frente al Estado, en los casos en que le corresponde hacer cumplir los derechos de otros. Es decir que tal argumento no es suficiente para restringir la vigencia de los derechos constitucionales al derecho público, sino que simplemente permite expresar que la libertad del individuo ofrece protección frente a la intervención del Estado, bien cuando la libertad solo se encuentra en conflicto con respecto a intereses generales o bien cuando además se enfrenta a otros intereses individuales.

Ejemplo de ello es el dilema de la sujeción del juez civil a los derechos constitucionales de las partes. En *Shelley v. Kraemer* (1948) la Corte Suprema de los Estados Unidos debía resolver si la aplicación de un acuerdo, por el cual un vecindario de St. Louis, Missouri pretendía prohibir la venta de viviendas en el área a personas que no fueran de raza caucásica, era o no contraria a la

⁹ Según Benditt, un interés público es un interés de todos cuya satisfacción está fuera del alcance de la mayoría de los individuos, de modo que es probable que el interés no sea protegido o promovido a menos que se promueva por el Estado (1973: 299).

¹⁰ En este sentido, von Jhering: «La policía es en realidad la representante de los intereses de la sociedad en el sentido más estricto de la palabra utilizada aquí» (1877: 491).

cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda. La Corte Suprema recordó su jurisprudencia, según la cual la Decimocuarta Enmienda no erige ningún escudo contra la conducta meramente privada, por discriminatoria o ilícita que sea, por lo que mientras los propósitos de esos acuerdos se efectúen mediante la adhesión voluntaria a sus términos, parecería claro que no ha habido acción por parte del Estado y que las disposiciones de la Enmienda no habrían sido violadas (334 U.S. 1, 13). No obstante, la Corte reconoció que la Constitución no confiere a ningún individuo el derecho a exigir del Estado una acción que tenga como resultado la denegación de la igual protección de las leyes a otros individuos. Y dado que la intervención de los tribunales para hacer cumplir los intereses del propietario debía ejercerse dentro de los límites definidos por la Decimocuarta Enmienda, la acción del Estado había infringido los términos de la Carta Fundamental.

Como se observa, el formalismo jurídico que sostenía la doctrina de que solo la actuación del Estado está sujeta a los derechos constitucionales mientras que los individuos tienen una inmunidad frente a aquellos creaba una contradicción en sí misma. Aparentemente el ordenamiento jurídico ofrecía resultados que se excluían mutuamente según se tratara de una acción del Estado o imputable a aquél o si se trataba solo de una conducta privada, no imputable al Estado. En el primer caso, la familia Shelley tenía derecho a ocupar el inmueble sin discriminaciones y en el segundo caso, no existía ese derecho. Pero este no es un problema exclusivo del derecho norteamericano. También la sentencia *Lüht* del Tribunal Constitucional Federal alemán parte de la idea de que, como se desprende de su evolución histórica, los derechos fundamentales están destinados principalmente a proteger la esfera de la libertad del individuo contra las intrusiones de la autoridad y que son derechos de defensa frente al Estado. El fallo tiene el cuidado de aclarar que una controversia entre particulares sobre los derechos y obligaciones de derecho civil sigue siendo de derecho privado, aunque su interpretación haya de seguir el derecho público, la Constitución (BVerfGE 7, 198 [205]). En todo caso, como veremos más adelante, no son los sujetos que participan en una relación jurídica los elementos determinantes del contenido de la obligación, sino que ello depende de los intereses en juego, tal como podremos constatar si nos detenemos en el análisis de la supuesta inmunidad de los particulares a los derechos constitucionales de los demás.

2. DE LOS PRIVILEGIOS E INMUNIDADES A LOS DERECHOS Y DEBERES *PRIMA FACIE*

Hohfeld sostuvo que el privilegio es la libertad de uno frente al derecho o reclamo de otro, esto es, lo contrario a un deber, y el correlativo de (a falta

de un mejor término) un «no-derecho». El privilegio de X de entrar en la tierra equivale a que X no tiene el deber de abstenerse. El privilegio de entrar es la negación del deber de no entrar (1913: 32). Por otra parte, la inmunidad [*immunity*] es la libertad de uno frente al poder legal o «control» de otro en una determinada relación jurídica; es el correlato de la incompetencia [*disability*] (no-poder), y lo contrario o la negación, de la responsabilidad [*liability*] (1913: 55). Podríamos concluir con Hohfeld que el derecho constitucional reconoce al individuo la titularidad de un privilegio frente al no-derecho de terceros y una inmunidad frente al no-poder o incompetencia del Estado¹¹.

Pero las relaciones jurídicas que derivan de los derechos constitucionales pueden ser desglosadas en un proceso de varios niveles consecutivos. Hohfeld reconoce la necesidad de distinguir entre la libertad del individuo y el derecho subjetivo [*legal right; right-claims*]. En un primer nivel de abstracción, la libertad comprende el privilegio de hacer algo o abstenerse, mientras que si de allí deriva un verdadero derecho subjetivo frente a otro «es en última instancia una cuestión de justicia y política; y debe ser considerado, como tal, en sus méritos» (1913: 36). Esta distinción recuerda la argumentación en dos niveles, en la idea del paso de la libertad ilimitada en el estado de naturaleza a la libertad limitada en el estado civil en la filosofía de derecho natural de Hobbes y Locke. Con ello, —como advierte Singer— quedaba superada la idea clásica de que la libertad solo es objeto de protección en la medida en que no afecte los intereses de los demás y se allanaba el camino para una visión conflictiva de los derechos (1982: 994). Pound sostuvo que la Constitución no estableció intereses individuales como derechos legales absolutos, sino que impuso un estándar al legislador, en cuanto a que si afectaba estos intereses individuales su acción debe tener una base en la razón, a través de «una ponderación o equilibrio de los diversos intereses que se superponen o entran en conflicto y una reconciliación racional o ajuste» (1943: 4). Un enfoque dual también deriva de la idea de la obligación *prima facie* de Ross y del derecho *prima facie* de Brandt, o de la distinción entre principios y reglas de Dworkin (1967: 25; 1972: 882). La separación de planos o niveles distintos resulta en todo caso ineludible cuando observamos las complejas relaciones entre la norma constitucional, su desarrollo legal y aplicación al caso concreto y, en nuestro criterio, permite abordar la pregunta sobre la vinculación del Estado o de los individuos como el elemento correlativo de los derechos constitucionales.

¹¹ En este sentido, Lyons: «El derecho constitucional de Alvin tiene un correlato conceptual: pero no es una obligación; es una “incompetencia” legislativa, que indica que el Congreso no está facultado para promulgar ciertas leyes» (1970: 51).

De acuerdo con lo anterior, podemos sostener que la paridad de conceptos correlativos de Hohfeld, en las relaciones jurídicas entre particulares (privilegio-no derecho) y entre particulares y el Estado (inmunidad-no competencia) es equivalente a los derechos y deberes mediatos *prima facie* y distinta de los conceptos de derechos (subjettivos) y deberes definitivos. El elemento diferenciador frente a estos últimos reside en el grado de correlatividad y de inmediatez.

Hohfeld se abstiene de plantear una relación de correlatividad entre el privilegio y el deber de los demás. Advierte al respecto que no es posible deducir de la mera existencia de las libertades del individuo que los demás tengan el deber de no interferir (Hohfeld, 1913: 36; Corbin, 1919: 167; Feinberg, 1973:72; Singer, 1982: 1007). Hohfeld desestima por ello el argumento de Lord Lindley en *Quinn v. Leathem*, según el cual el correlato de la libertad es el deber general de cada uno de no impedir el libre ejercicio de esta libertad excepto en cuanto su propia libertad de la acción pueda justificarlo:

El demandante tenía los derechos ordinarios del súbdito británico. Estaba en libertad para ganarse la vida a su manera, siempre que no violara alguna ley especial que le prohibiera hacerlo, y siempre que no infringiera la libertad de tratar con otras personas que estuvieran dispuestas a tratar con él. Esta libertad es un derecho reconocido por la ley; su correlato es el deber general de cada uno de no impedir el libre ejercicio de esta libertad excepto en la medida en que su propia libertad de acción pueda justificarlo. (Quinn, Id. at. p. 534. *Fuente:* Hudson y Husak, 1980: 49).

Pero justamente esta condición, expresada en la frase «excepto en la medida en que su propia libertad de acción pueda justificarlo», que impide que el deber sea el único resultado necesario y lógico del privilegio, es la característica de los deberes y derechos *prima facie*. Según W. D. Ross, «si algo es bueno, existe una obligación *prima facie* de realizarlo, y una obligación real a menos que intervenga alguna obligación *prima facie* más estricta» (1951 [1939]: 271; Dancy, 1995: 314). Y, basado en la obra de Ross, Brand sostiene que «[...] una persona tendrá un derecho *prima facie* a algo si y solo si existe un estatus comparable para una regla que prescriba que una persona en sus circunstancias sea asegurada en algo a menos que hacerlo entre en conflicto con otras reglas a las que el sistema total de reglas ideales atribuye un peso superior» (1959: 441).

También en este sentido, se ubica la distinción de Feinberg entre pretensiones o libertades y pretensiones válidas o derechos (1973: 72), o entre la libertad *prima facie* y la libertad definitiva de Alexy (1993 [1986]: 243). Fallon distingue entre los derechos abstractos, que pueden identificarse en gran medida sin referencia a los límites que los intereses contrapuestos impondrían en su ámbito o alcance, y los derechos últimos (*ultimate rights*) que surgen de la prueba del escrutinio estricto de la Corte (2019: 68). No se trata entonces de derechos

absolutos, que deban ser satisfechos siempre, sino de derechos *prima facie*, debido a que «hay circunstancias concebibles en las que otras consideraciones morales tendrán un derecho justificable más fuerte sobre la conducta» (Brandt, 1959: 446; Wechsler, 1959: 25).

Una vez que advertimos la diferencia entre la correlatividad débil o condicionada de los derechos *prima facie*, y la correlatividad fuerte que existe entre el derecho (subjeto) y el deber definitivo, el binomio privilegio-no derecho en la denominación de Hohfeld puede ser traducido a la relación derecho-no-derecho *prima facie*. De tal forma se aprecia más claramente que en una relación no conflictiva, el derecho *prima facie* de Alvin de usar su propiedad se ejerce pacíficamente frente al no-derecho *prima facie* de Beto de interferir en aquel uso. Por su parte, la tradicional relación entre la inmunidad del ciudadano y la no competencia del Estado es equivalente a la relación entre un interés individual y la ausencia de un interés general contrario. Al derecho *prima facie* de Alvin de usar su propiedad corresponde un no-interés general de impedir el uso de la propiedad. Pero la relación no conflictiva de derechos y no derechos *prima facie* existe solo en la medida en que no se plantee un conflicto frente al derecho *prima facie* de otro o frente a un interés general de impedir el ejercicio del derecho.

El no-derecho *prima facie* de Beto de interferir en el derecho *prima facie* de Alvin de usar su propiedad es la ausencia de un interés inmediato. Mientras que la no-competencia del Estado de Hohfeld, o mejor, la ausencia de un interés general contrario, al igual que el deber *prima facie* de no interferencia que veremos más adelante, son intereses «mediatos» de todos los miembros de una sociedad. Citando a von Jhering, Pound advirtió que la afectación «mediata» es el elemento que caracteriza a los intereses sociales, es decir, los intereses de una sociedad civilizada y a los intereses públicos, esto es, los intereses de una comunidad política (1943: 1). Y Brand observó que la utilidad del acatamiento de una regla no solo comprende los beneficios directos, sino también indirectos (1959: 397).

Además del carácter mediano de los intereses correlativos a los derechos *prima facie*, sostendremos que éstos constituyen «deberes» jurídicos *prima facie* de protección y no interferencia. Raz no descarta la posibilidad de que el derecho de Alvin puede ser la base de un deber de Beto de asegurar el ejercicio de ese derecho, pero ese deber también puede tener como base otros motivos distintos del interés individual, tales como intereses generales de la sociedad en que viven (1986: 171). Esta postura coincide con el criterio que hemos sostenido. Los deberes mediatos *prima facie* de no interferencia de todos los miembros de una sociedad organizada concurren junto al no-derecho de los demás de interferencia y junto al no-interés general de interferencia. Frente al derecho *prima facie* de Alvin de usar su propiedad se presenta entonces un no-derecho inmediato de interferencia y un «deber» mediano *prima facie* de no

interferencia de todos, aun cuando tales deberes no necesariamente tienen su base en el interés individual de Alvin, sino en un beneficio mutuo.

Esta es una segunda diferencia entre la correlatividad del derecho subjetivo y el deber y la correlatividad del derecho *prima facie* y el deber mediato *prima facie*. Mientras que los derechos subjetivos son necesariamente la base de los deberes de otras personas hacia el titular del derecho (Hudson y Husak, 1980: 45), los derechos *prima facie* no son la base necesaria de los deberes mediatos *prima facie*. Debemos tener en cuenta que con frecuencia la estructura del derecho subjetivo ha sido empleada para valorar las teorías sobre los derechos *prima facie*, lo cual se explica por desarrollo dogmático más antiguo, pero puede conducir al error, debido a su distinta naturaleza.

Por otra parte, de los deberes mediatos *prima facie* de no interferencia de todos los miembros de una sociedad, y no directamente de los derechos *prima facie* de Alvin de usar su propiedad, deriva el no-poder o incompetencia del Estado de no interferir en el ejercicio del derecho. Esta obligación no es distinta del deber del Estado de tomar en consideración todos los intereses generales e individuales en juego. Incluso si tenemos en cuenta que la afectación de la libertad del individuo desencadena las garantías de racionalidad y del debido proceso que son propias del Estado de derecho, aún no es suficiente para ubicar al Estado como el verdadero titular de la obligación correlativa del derecho de libertad *prima facie*. Bastaría con una regla de derecho objetivo para establecer que el Estado no tiene competencia para intervenir en la esfera de libertad del individuo, salvo cuando se encuentre justificado por la necesidad de proteger un interés general o un derecho de otro individuo.

Inmunidades y privilegios son entonces derechos *prima facie* en relaciones jurídicas no conflictivas. En ambos casos, la libertad del individuo no aparece en conflicto con un interés contrario, sino que se ejerce pacíficamente siempre que no se oponga a su vez el derecho de otro o un interés general, y en ambos casos, todos los miembros de una sociedad son titulares de los «deberes mediatos *prima facie*» correlativos de no interferir en el ejercicio de tales derechos.

3. DERECHOS Y DEBERES *PRIMA FACIE* EN RELACIONES JURÍDICAS CONFLICTIVAS

Afirmar la dicotomía entre las relaciones no conflictivas y conflictivas sería una simplificación del problema. Si tomamos en cuenta que el individuo es al mismo tiempo miembro de una familia, de un grupo social y de una comunidad política, podemos sostener que los diversos roles de la vida son concurrentes y simultáneos y no excluyentes. El individuo tiene derechos y deberes como miembro de cada uno de estos subsistemas, por lo que tales

elementos se encuentran en permanente conflicto y en cada uno de ellos son aplicables distintos criterios de valoración.

Al igual que los derechos *prima facie* en relaciones no conflictivas, en las relaciones jurídicas conflictivas los derechos individuales *prima facie* no son el fundamento directo del deber correlativo. El deber mediato *prima facie* deriva más bien (como veremos en IV.4) del beneficio mutuo que obtenemos de la protección o de la no interferencia en el derecho de cada uno.

Pero, en las relaciones conflictivas en lugar del esquema pacífico entre el derecho y el no-derecho inmediato *prima facie* o entre el derecho y el no-derecho mediato *prima facie* de los miembros de una sociedad, se plantea una relación de contradicción de un derecho frente a otro derecho individual *prima facie* o frente a un interés general, es decir, un derecho mediato *prima facie* de los miembros de una sociedad. En el ámbito de las relaciones entre particulares se plantea el conflicto entre el derecho *prima facie* de Alvin, quien invita a varios de sus amigos a cenar en su casa, frente al derecho *prima facie* de Beto, quien, al ser excluido de la cena por motivos discriminatorios, hace valer su derecho a la igual protección de la ley. En el caso de las inmunidades o libertades frente a un interés general, el escenario del conflicto se plantea entre el ejercicio de un derecho constitucional, como por ejemplo el derecho *prima facie* de Alvin de usar sus redes de pesca en aguas públicas y un interés social, es decir, un derecho mediato *prima facie* de los miembros de una sociedad organizada de impedir a Alvin usar las redes de su propiedad, debido al daño que causa al medio ambiente, como en *Lawton v. Steele* (152 U.S. 133).

Una vez planteada la relación conflictiva de los derechos *prima facie*, se produce la resolución del conflicto: Solo si la posición del titular del derecho *prima facie* es mejor que el interés general o individual en conflicto, la libertad definitiva presupone la obligación correlativa de no interferencia frente al titular del derecho. Nos detendremos en el primero de los ejemplos citados, es decir, el conflicto entre el derecho *prima facie* de Alvin, de invitar a sus amigos a cenar en su casa, frente al derecho *prima facie* de Beto, a ser objeto de un trato igualitario.

Podemos plantear la misma relación jurídica en términos de deberes *prima facie*. Desde esta perspectiva encontraremos un panorama más completo. Alvin tiene el interés inmediato *prima facie* de proteger su propio ámbito privado y de sus amigos, lo que supone la facultad de excluir a Beto, incluso de forma arbitraria o discriminatoria. Alvin tiene además un deber social *prima facie* que deriva del interés en vivir en una sociedad de respeto mutuo y de iguales oportunidades, así como el deber público *prima facie* de vivir en una comunidad política de iguales, sin relaciones de dominación. Beto tiene el interés inmediato *prima facie* de defenderse frente una discriminación injusta, pero también tiene el deber social *prima facie* que deriva del interés en vivir en

una sociedad que respeta la intimidad del hogar, la seguridad de la propiedad privada y la libertad de asociarse, así como el deber público *prima facie* de vivir en una comunidad política de sujetos libres de restricciones innecesarias.

No solo observamos relaciones conflictivas entre intereses inmediatos y deberes sociales y públicos, sino que al mismo tiempo algunos elementos concurren pacíficamente. El interés inmediato *prima facie* de Alvin de excluir a Beto se encuentra en una relación no conflictiva con el deber social de Beto de respetar la propiedad privada. Y el interés inmediato *prima facie* de Beto de no ser excluido se encuentra en una relación no conflictiva con el deber social de Alvin de no discriminar a los demás. Solo una de estas hipótesis puede mantenerse, debido a que se excluyen mutuamente.

Para la resolución de este conflicto de deberes se plantean criterios de valoración que son propios de cada una de las esferas. Mientras que en la esfera privada es mejor la privacidad y la exclusión que la no discriminación; en la esfera social las relaciones de prevalencia entre la igualdad de oportunidades y las facultades de exclusión dependen de si prevalece el elemento colectivo, como en una asociación privada, o el elemento público como en lugares de libre acceso. Y en la esfera pública la no existencia de relaciones de dominación como condición de la democracia, puede justificar la restricción de la libertad de exclusión. Por ello, debemos tomar en consideración que una cena de amigos en la casa no parece producir efectos relevantes para la sociedad o para la comunidad política, sino que se ubica en la esfera del hogar y la familia. Recordando el voto concurrente del Juez Harlan II en *Peterson v. City of Greenville* (1963), debemos reconocer el valor preferente del derecho *prima facie* de Alvin para «elegir a sus asociados o vecinos, para usar y disponer de su propiedad como mejor le parezca, para ser irracional, arbitrario, caprichoso, incluso injusto en sus relaciones personales» (373 U.S. 244, 250). En este ámbito tiene prevalencia el deber de Alvin de proteger su propia esfera privada frente a los deberes de racionalidad que son más propios de la esfera social y pública y tienen más peso los deberes sociales de racionalidad y no interferencia de Beto frente a su propio interés inmediato.¹²

Desde una perspectiva material es correcto sostener que el interés inmediato *prima facie* de Alvin prevalece frente a sus deberes sociales y que los deberes sociales de Beto son mejores que sus intereses inmediatos *prima facie*. Solo desde una perspectiva procesal podríamos deducir la regla especial de que del derecho definitivo de Alvin de excluir a su vecino de la sala de su casa deriva el deber de su vecino Beto de no entrar a su propiedad. Y solo desde ese punto de vista es posible afirmar que el correlativo del derecho de Alvin es el deber que deriva del

¹² Véase la discusión en torno a estos intereses según el modelo de las esferas en Arendt (1959); Espinoza y Rivas (2023a).

interés mediato de Beto. Pero, como hemos visto, la base del derecho de Alvin no es el deber de Beto ni viceversa. El derecho de Alvin deriva más bien del valor preferente de su utilidad propia inmediata y la base del deber de Beto es el valor preferente de su propia utilidad mediata, es decir, del beneficio mutuo.

La resolución de la relación conflictiva da lugar a una relación definitiva. A través de un acuerdo entre las partes o bien a través de una decisión de un órgano de resolución de conflictos se establecen los derechos subjetivos y deberes correlativos. Su vigencia es temporal, hasta que sean revocados por un nuevo acuerdo, y condicional, hasta que cambien las relaciones de intereses y deberes *prima facie* en que se basa.

Además de la regla del caso concreto es posible establecer una regla general, como por ejemplo que, en los casos en que la conducta de las partes tiene lugar en una esfera privada, los deberes inmediatos de privacidad y exclusión tienden a prevalecer frente a los deberes sociales de igualdad. La doctrina de la *state action* va más lejos e induce el principio general, según el cual el propietario tiene siempre una facultad amplia de exclusión y que solo el Estado está sujeto al derecho de igualdad.

En niveles siguientes se produce el paso de la norma abstracta a la norma del caso concreto. Una vez que la relación conflictiva ha sido resuelta a través de una regla que establece un equilibrio entre los intereses en conflicto, dicha regla debería ser objeto de una nueva evaluación en el momento de su aplicación a otro caso concreto. Según Dworkin, el juez debe revisar si la regla en particular es obligatoria, en cuanto a si «está respaldada afirmativamente por principios que el tribunal no puede ignorar y que, en conjunto, tienen más peso que otros principios que abogan por un cambio» (1967: 38; Feinberg, 1973: 73). Se trata entonces de un proceso circular y no lineal en el que los intereses en conflicto deben ser tomados en consideración en cada nueva concretización y aplicación de la regla que resuelve el conflicto. En esta etapa se produce la revisión de la regla a la luz de la justicia del caso concreto. Ello podría llevar a un nuevo retorno a la relación conflictiva, si se determina que en el caso concreto participan elementos que no habían sido considerados en la resolución del conflicto que dio lugar a la regla.

Supongamos que Alvin ya no es el propietario que pretende excluir a Beto de la sala de su casa, sino que es el dueño de un moderno centro comercial y hace valer su derecho *prima facie* para impedir que Beto organice una protesta en contra de la guerra en espacios que son de libre acceso al público. De nuevo, Alvin tiene el deber *prima facie* de proteger su utilidad privada, lo que supone excluir a Beto. Alvin tiene sin embargo un deber social *prima facie* que deriva del interés en vivir en una sociedad que respete la libertad de expresión de los demás, así como el deber público *prima facie* derivado del interés en vivir en una comunidad política, en la que todos puedan acceder

al mercado libre y plural de las ideas. Beto tiene el derecho *prima facie* de expresar su opinión sobre un tema de su interés, pero también tiene el deber social *prima facie* que deriva del interés en vivir en una sociedad que respeta la seguridad de la propiedad privada, así como el deber público *prima facie* derivado del interés en vivir en una comunidad política de sujetos libres de restricciones.

En esta oportunidad, la protesta se realiza en una esfera social-pública (Espinoza y Rivas, s. f.), debido a que el centro comercial no se encuentra destinado a actividades expresivas aun cuando es de libre acceso. Pero la conducta produce efectos en la esfera de luz pública, debido a que el orador ofrece un discurso frente a la audiencia pública sobre un asunto de relevancia pública. Por su parte, la disminución de las facultades de exclusión del propietario e incluso de sus beneficios económicos no produce efectos relevantes en el proceso democrático. La valoración de la conducta en la esfera de luz pública se expone en mayor medida a los deberes de racionalidad que en la esfera privada. Por ello, tienen prevalencia los deberes públicos de Alvin de no interferencia en el libre mercado de las ideas frente a su utilidad inmediata en excluir a Beto de su propiedad. Esta variante se plantea en una relación no conflictiva con los intereses inmediatos de Beto de exponer sus opiniones al público del centro comercial.

Este criterio había sido admitido inicialmente por la Corte Suprema en *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.* (391 U.S. 308, 324). Sin embargo, fue revocado en *Hudgens v. NLRB* (424 U.S. 507, 513), en la que la Corte retomó la doctrina de la *state action*. Sostuvo que solo el Estado está sujeto a los derechos de los ciudadanos. Con ello se reconocen facultades absolutas de exclusión al propietario y se niegan sus deberes mediatos *prima facie* de no interferencia frente a la expresión de los demás en estos espacios. En nuestro criterio, la Corte aplicó una regla que es propia de una relación jurídica en la esfera privada, como en el caso de la cena de amigos, a una relación jurídica que tiene lugar en la esfera de luz pública y que se rige por parámetros distintos. Esto conlleva a la injusticia del caso concreto y a eventuales distorsiones en el proceso de formación de la opinión pública. Que el propietario tenga la facultad de excluir de la sala de su casa al vecino que ingresó sin ser invitado no se convierte en una regla general de la cual derive una presunción que siempre y en todo caso el propietario tiene la facultad de excluir a otros de su propiedad, sino que es necesario un análisis del alcance de los intereses en juego en cada caso. Este método dio lugar a la jurisprudencia mecánica, en la que —según Pound— los principios dejan de ser reexaminados, debido a la petrificación del cuerpo de normas, que solo son objeto de rigurosa deducción lógica, sin tener en cuenta los hechos reales y, a menudo, a pesar de ellos (1909: 462). Esta argumentación permitió a los jueces aplicar el mismo

conjunto de reglas, que eran propias de negocios entre partes con información y poder de negociación relativamente iguales a contratos laborales y de consumo entre partes muy desiguales (Horwitz, 1971: 15).

4. EL PAPEL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN RELACIONES HORIZONTALES

Los derechos constitucionales no son extraños al derecho privado, sino que, por el contrario, son determinantes de su estructura. Las relaciones jurídicas en derecho privado derivan de relaciones de protección y limitación de derechos constitucionales del acreedor y del deudor, respectivamente. Para Bentham, derechos y obligaciones son simultáneos en su origen, e inseparables en su existencia. Solo es posible proteger a la persona, la vida, la reputación, la propiedad, la subsistencia, la libertad misma, a costa de la libertad (1864: 94). Siguiendo a Bentham, podemos identificar que el elemento que distingue las relaciones jurídicas de derecho público y privado reside en el bien jurídico protegido. Mientras que en el derecho público tenemos una obligación frente al público, en el derecho privado se establece una obligación frente a un individuo (*ibid.*: 89). Por su parte, en el concepto del derecho subjetivo de Savigny se identifica la finalidad de proteger el ejercicio del libre arbitrio del individuo (1879: 223), a través de la restricción de la libertad del deudor (1879: 250).

La regla de inmunidad de los particulares impide que el deudor oponga sus derechos constitucionales, así como los intereses generales que derivan de aquellas normas, como excepción frente a los derechos del acreedor, tales como la facultad de exclusión del propietario o del titular del derecho a libre asociación o a la privacidad. Se basa en un argumento circular, que rechaza la aplicación de los derechos constitucionales en relaciones jurídicas entre particulares, con el objeto de proteger el derecho constitucional de una de las partes. Como observó el Juez Douglas en *Bell v. Maryland* (1964), «el conflicto entre los clientes afroamericanos y los propietarios de restaurantes blancos es claro; cada grupo reclama protección por la Constitución y presenta la Decimocuarta Enmienda como justificación de su conducta» (378 U.S. 226, 243).

Como vimos, la libertad de Alvin solo garantiza una inmunidad o derecho *prima facie* frente a los intereses generales representados por el Estado, en la medida en que éste no tenga competencia para intervenir, es decir, que no disponga de un fin legítimo. De la libertad de Alvin deriva además un privilegio o derecho *prima facie* frente a los demás, pero solo en cuanto el tercero no pueda hacer valer en su favor un derecho *prima facie*. Por ello, la afirmación de que la libertad del individuo garantiza a su titular una inmunidad frente al derecho de los demás no es cierta en el ámbito de los derechos

prima facie. Del derecho *prima facie* de Alvin no deriva un deber de Beto de no interferir. De acuerdo con la correlatividad débil de la relación no conflictiva, no es posible concluir de la mera existencia de tales libertades que los demás tengan el deber de no interferir. Si la relación no conflictiva de los derechos *prima facie* produjera una obligación correlativa de no interferencia de los demás, entonces no existirían las relaciones conflictivas, ni podríamos valorar el derecho preferente que haga valer el tercero, sino que el incumplimiento del deber de no interferencia sería siempre injusto. En nuestro criterio, la resolución del problema requiere la consideración de la función de los intereses generales en las relaciones entre particulares.

IV. INTERESES GENERALES Y VALORES CONSTITUCIONALES

Hemos visto que la titularidad de la obligación correlativa de los derechos fundamentales puede ser determinada a partir de la identificación del titular, es decir, del beneficiario del interés correspondiente. No es el Estado el sujeto interesado en una sociedad que no interfiera en el ámbito de los derechos de sus ciudadanos. Como punto previo al estudio de los deberes constitucionales, nos detendremos concepto de interés general en el apartado IV.1, con especial referencia al tratamiento de los intereses generales en el derecho privado durante el liberalismo de fines del siglo XIX, en el apartado IV.2. También abordaremos la correlatividad en el derecho privado (IV.3) y la reciprocidad de los intereses generales (IV.4).

1. EL INTERÉS GENERAL

El interés general aparece en conflicto frente a otros intereses generales en el ámbito de la amplia discrecionalidad política de los órganos de gobierno o en el debate de la opinión pública, mientras que en las relaciones jurídicas cede el protagonismo a la libertad del individuo. Para Bentham el interés individual es el único interés real. El interés general solo representa la suma de los intereses de los diversos miembros que componen la comunidad (1864: 144). Esta concepción de intereses de individuos autónomos y aislados habría llevado a la negación individualista de la idea del interés público porque no hay público o comunidad más que la agregación de individuos y grupos de interés especial (Cochran, 1974: 328; Douglass, 1980: 107). Lippmann definió el interés general como «lo que los hombres elegirían si vieran con claridad, pensarán racionalmente, actuarán desinteresadamente y con benevolencia» (2017 [1955]: 45). Según Cochran, tal criterio considera a las personas como seres sociales que forman asociaciones, incluidas las asociaciones

políticas, para una mejor vida común, una *common life*, y no simplemente para beneficios privados (1974: 330). La voluntad general establece las condiciones de la futura interacción entre los miembros de una comunidad (Ripstein, 1992: 55). Para que estas condiciones sean justas, los ciudadanos que las ofrecen deben pensar razonablemente que aquellos ciudadanos a quienes se les ofrecen dichos términos también podrían aceptarlos razonablemente, como libres e iguales, y no como dominados o manipulados, o bajo la presión de una posición política o social inferior (Rawls, 2005: XLII).

Si bien se admite generalmente que las relaciones jurídicas públicas y privadas se estructuran respectivamente sobre la base de intereses generales e individuales, el concepto de interés general ha sido objeto de controversia en la doctrina, especialmente debido a la relativa libertad del juez al momento de definir su contenido ambiguo (Schubert, 1958a: 15; Schubert, 1958b: 34), por lo que algunos autores proponen un concepto restringido, en el sentido de «los resultados que mejor sirven a la supervivencia y el bienestar a largo plazo de un colectivo social entendido como un público» (Bozeman, 2007: 12).

En cuanto al titular del interés general, v. Jhering observó que las obligaciones establecidas por la ley y que tienen por objeto el bien común se imponen en interés del público (1877: 493), por lo que el beneficiario de estas no es un individuo específico ni el Estado, sino la totalidad, la sociedad (*ibid.*: 471). Para Lippmann los votantes no son sino una fracción de la población y sus intereses no son idénticos a los del pueblo, considerado no solo como el conjunto de personas vivas, sino también de los que han muerto y de los que aún no han nacido (2017 [1955]: 39). Resulta claro entonces que el titular del interés general no es el Estado. Aun cuando con frecuencia la jurisprudencia norteamericana alude a un «interés del Gobierno» y utilice como sinónimos las expresiones «governmental interest» o «state interest», en realidad su titularidad corresponde a toda persona, que es al mismo tiempo titular de intereses individuales. De igual forma, expresiones como «social interest», «interest of society» aluden en realidad a intereses de un individuo que derivan de su responsabilidad como miembros de una sociedad organizada. Y el interés público o «public interest» debe ser entendido no como el interés del público, sino como el interés del individuo que deriva de su responsabilidad como miembro de una comunidad política. Por ello, se alude a la coexistencia de los intereses de la persona en su rol como ciudadano de una sociedad democrática y sus intereses en su rol como individuo privado (Barry, 1964: 14; Douglass, 1980: 111). Se trata de intereses compartidos; de nuestras intenciones de «cooperar» (Ripstein, 1992: 53). Ripstein propone el estándar de una persona razonable, que ejerce la debida moderación y procura un equilibrio entre la libertad, porque todas las personas tienen interés en poder perseguir sus fines sin la interferencia de otros, y la seguridad de sus personas y propiedades

(2001a: 6; 2001b: 663). Por ello, deberíamos sopesar los intereses en conflicto dentro de la persona razonable, en lugar de entre personas (2001a: 266). Ackerman emplea la expresión «ciudadano privado» (1991: 234), para reunir en una sola frase al individuo que toma en serio ambas preguntas, ¿qué es bueno para mí? y ¿qué es bueno para el país? (*ibid.*: 298), o mejor, ¿qué es bueno para *nosotros el pueblo*?

De acuerdo con Fiss, la Constitución establece valores públicos (*public values*) que son fundamentales para el orden constitucional (1979: 11). Dado que en su estructura tienen un contenido ambiguo y permiten significados diferentes que a menudo entran en conflicto, la tarea de darles un significado específico pertenece al legislador y al Gobierno, pero también a los jueces, a través de la jurisdicción constitucional (1979: 1; 1982: 121; 1987: 783). Para llevar a cabo esta tarea, los jueces no deben acudir a sus propias preferencias, sino que su obligación de participar en un diálogo, así como su independencia e imparcialidad, especialmente frente a las preferencias de la mayoría, lo obligan a determinar en forma objetiva el verdadero significado del valor constitucional (1979: 12).

2. UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LOS INTERESES GENERALES EN EL DERECHO PRIVADO

La doctrina de la *state action*, desarrollada en el marco del liberalismo de fines del siglo XIX no solo rechazó la posibilidad de considerar el conflicto entre el derecho de libertad de acción o de propiedad del acreedor y los derechos constitucionales de la otra parte, sino que también impuso una consideración sesgada del interés general en las relaciones jurídicas de derecho privado.

Horwitz comparó la concepción de la jurisprudencia del derecho de los contratos entre los siglos XVIII y XIX. Mientras que durante el siglo XVIII se procuraba establecer una conexión entre los contratos y la justicia natural, al punto de limitar y a veces negar la obligación contractual por consideración a la equidad del intercambio subyacente, a fines de siglo y a principios del siglo XIX se impone la moderna teoría de la voluntad, en la que el alcance de la obligación contractual depende de la convergencia de los deseos individuales (1974: 923). El papel del derecho contractual no era entonces asegurar la equidad de los acuerdos, sino simplemente hacer cumplir aquellas transacciones voluntarias que las partes de un contrato creían que eran para su beneficio mutuo (*ibid.*: 947). Mientras que la teoría equitativa del contrato, basada en la concepción del siglo XVIII rechazaba la ejecución de contratos que eran producto «de gran desigualdad, obtenidos por fraude, o sorpresa, o la hábil dirección de hombres inteligentes, de la debilidad o la

inexperiencia o la necesidad», la teoría de la voluntad del siglo XIX produjo los cambios que permitían satisfacer las necesidades de la economía de mercado (*ibid.*: 923).

En su estudio acerca de la transformación histórica del sistema legal, Horwitz describe la evolución en la consideración de cuestiones de política social, tales como la maximización del crecimiento económico en el derecho privado en relación con los usos conflictivos de la propiedad durante los años posteriores a la Revolución americana (1977: XVI; crítico de la dialéctica de la transformación, Bridwell, 1978: 496; Horwitz, 2003: 1159). Si bien inicialmente el dominio sobre la tierra consistía en el derecho a impedir que otros usen su propiedad de manera perjudicial, los tribunales dejaron de reconocer deberes recíprocos entre los propietarios o que debía buscarse un equilibrio entre el daño y la utilidad de determinada conducta y el dominio sobre la tierra pasó a ser considerado como un derecho absoluto (Horwitz, 1977, 101-102). De tal forma, la aplicación del criterio del interés general en la maximización del crecimiento económico permitió que grupos comerciales y empresariales emergentes obtuvieran una parte desproporcionada de la riqueza (Khan, 2008: 486).

Holmes observó que el interés general en que la información se proporcione libremente es más importante que la protección del individuo frente a una declaración falsa e injuriosa que hubiera sido hecha honestamente, del mismo modo que el interés del público en la libre competencia puede justificar la libertad de un hombre de establecer un negocio que sabe arruinará a su competidor (1897: 466). Sostuvo que los jueces no han reconocido adecuadamente su deber de sopesar consideraciones de beneficio social. Pero, dado que tal deber es inevitable, el resultado de la aversión judicial es «el fundamento mismo de juicios inarticulados, y a menudo inconscientes». El temor de las clases acomodadas ante la idea del socialismo habría influido en la aceptación de las doctrinas económicas, a través de ese factor inconsciente de la acción judicial (1897: 467).

La escuela del realismo jurídico se opuso a la tendencia a sobreponer los intereses del libre mercado sobre el deber del Estado de garantizar el bienestar general. Hale observó la falacia de la teoría de la no intervención en el funcionamiento natural de los acontecimientos económicos, en la medida en que el sistema se encuentra en realidad impregnado de restricciones coercitivas de la libertad individual y de restricciones a la fórmula de igualdad de oportunidades (1923: 470). Cohen sostuvo que, dado que la ley protege el derecho del propietario de excluir a otros y el objeto de la propiedad es necesario para la vida de otros, la ley le confiere en realidad un poder de *imperium* sobre otros. Afirmó que por ello «[e]s necesario aplicar a la ley de propiedad todas aquellas consideraciones de ética social y política pública ilustrada que deben ser

llevadas a la discusión de cualquier forma justa de gobierno» (1927: 14). Por ello, debe haber restricciones en el uso de la propiedad no solo en interés de otros propietarios, sino también en interés de la salud, la seguridad, la religión, la moral y el bienestar general de toda la comunidad (*ibid.*: 23). Cuestionó además la negativa de los tribunales a admitir que las normas contra la competencia desleal pueden ser en interés del público en general y no simplemente para aquellos cuyos intereses de propiedad inmediatos se ven directamente afectados (*ibid.*: 21).

Pound sostuvo que para determinar cuáles pretensiones o demandas deben ser reconocidas y dentro de qué límites, y para ajustar reclamos y demandas conflictivas y superpuestas en algún nuevo aspecto o nueva situación, es necesario identificar el interés individual generalizado que subyace y da sentido y definición al derecho o *legal right* y subsumir tal interés individual bajo los intereses sociales y luego sopesarlos como tal (1943: 2; en cuanto a los criterios de valoración, véase Pound, 1922: 90; Pound, 1972 [1930]: 62).

3. EL PRINCIPIO DE CORRELATIVIDAD EN EL DERECHO PRIVADO

El conflicto entre intereses privados se rige por el principio de correlatividad, en el sentido de la relación mutua del demandado y el demandante «en tanto que persona que causa y que sufre, respectivamente, una misma injusticia» (Weinrib 2017 [2012]: 16). Bajo la idea de correlatividad, las razones de la responsabilidad tratan la relación de las partes como una unidad bipolar en la que la justificación para considerar algo como una injusticia y, en consecuencia, para responsabilizar al demandado ante el demandante, es la misma para ambos lados (Weinrib, 2012: 2). De allí deriva una concepción estricta del derecho privado, que excluiría la consideración de intereses públicos. De tal forma, quedarían excluidas las consideraciones unilateralmente favorables o desfavorables a cualquiera de las partes (*ibid.*: 3), así como las consideraciones instrumentales como la promoción de la eficiencia económica, ya que, aunque pueden referirse a ambas partes, no relacionan a las dos partes entre sí sino con el objetivo al que ambas partes sirven (*ibid.*: 4). Sin embargo, para Weinrib y Weinrib el principio de correlatividad del derecho privado no impide admitir la influencia de los valores de la Constitución en el derecho privado, tal como lo ha resuelto la jurisprudencia alemana o canadiense (2001: 50).

Si bien la idea de correlatividad es recibida como un valioso aporte para la comprensión del derecho privado (Dagan, 1999: 150), sin embargo, la tesis de la exclusión de los valores públicos parece una reacción excesiva frente a la corriente que afirma el valor instrumental del derecho privado en la

persecución de fines públicos.¹³ Para Posner, casi todo el llamado derecho privado, como el derecho de propiedad, contrato y responsabilidad civil, es instrumental e inseparable del fin público de obtener las ventajas sociales de los mercados libres (1995: 231). Dagan ha observado que la configuración de los derechos de las partes no solo requiere de justificación frente las partes directamente afectadas, sino también ante el público en general, en la medida en que ello implica consecuencias sociales, económicas, culturales y políticas (1999: 166; Mullender, 2001: 198). Por ello, el derecho privado puede servir a la realización de buenos objetivos externos de justicia distributiva y ciudadanía democrática, tales como el aumento del bienestar social general, sin que la forma relacional que caracteriza al derecho privado pierda valor en sí misma, para lograr los fines que persigue cada una de las partes (Dagan y Dorfman, 2016: 1412). Y es que incluso relaciones jurídicas que tienen lugar en la esfera privada e íntima del individuo pueden producir efectos mediatos en las relaciones de libertad e igualdad de la esfera de luz pública, tales como el reforzamiento de las relaciones de dominación de minorías, como el caso la prohibición del matrimonio interracial (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1) o entre parejas del mismo sexo (*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____).

4. EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD DE LOS INTERESES GENERALES

Mientras que el conflicto entre intereses individuales se rige por el principio de correlatividad, la justificación de la exigibilidad de obligaciones basadas en intereses generales deriva del principio de reciprocidad. De acuerdo con Rawls, la sociedad es un sistema justo, en el que cada participante puede aceptar razonablemente términos de cooperación, siempre que todos los demás también los acepten. Todos los que están comprometidos en la cooperación y que hacen su parte según lo exigen las reglas y el procedimiento se beneficiarán de manera adecuada según lo evaluado por un punto de referencia de comparación adecuado (2005: 16; Moon, 2014: 703). Feinberg alude a la siguiente estructura: «[...] cada persona tiene derecho a que todos los demás sean educados, y en virtud del derecho que los demás tienen a que él sea educado, él

¹³ A la visión estricta de la acción estatal se opuso una corriente contraria de un sector de la doctrina que sostenía que «la acción del Estado siempre está presente» (Sunstein 2002: 467). Según Peller y Tushnet, la doctrina de la acción estatal es analíticamente incoherente, debido a que «no hay región de la vida social que incluso conceptualmente pueda ser marcada como ‘privada’ y libre de regulación gubernamental» (2004: 789). Véase con más referencias, Kennedy (1982: 1351). Crítico de esta postura, Huhn (2006: 1382).

mismo tiene el deber de asistir a la escuela» (1978: 237). Según Rawls, la reciprocidad se ubica entre la imparcialidad y el beneficio mutuo. La imparcialidad actúa movida en forma altruista por el bien general, mientras que el beneficio mutuo aprovecha a todos con respecto a la situación presente o futura (2005: 17). No podemos desarrollar un concepto de deberes jurídicos sobre la base de una conducta altruista, pero ciertamente la necesidad de obtener un beneficio común sirve de justificación para el reconocimiento de deberes mutuos o recíprocos (también en este sentido, Raz, 1986: 176).

Desde este punto de vista podemos sostener que, en la medida en que los intereses generales se rigen por el principio de reciprocidad, todas las personas como miembros de una sociedad organizada o como parte de una sociedad política son titulares del derecho mediato, en el sentido del valor positivo o beneficio y del deber mediato, en el sentido de la corresponsabilidad por el valor negativo o carga que deriva del interés general.

V. EL PAPEL DE LOS DEBERES MEDIATOS *PRIMA FACIE* EN RELACIONES JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

Para determinar si y en qué medida los deberes mediatos *prima facie*, como valores constitucionales regidos por el principio de reciprocidad, participan en la estructura de las relaciones jurídicas entre particulares emplearemos como criterio de clasificación la esfera de la vida en que tenga lugar. Distinguiremos entre las relaciones jurídicas entre particulares en la esfera social y aquellas que tienen lugar, o que producen sus efectos, en la esfera de luz pública. Dejaremos sin el desarrollar problema de los efectos horizontales de los derechos constitucionales en la esfera privada y en la esfera social-colectiva, es decir, en el ámbito de los intereses colectivos o de grupos, como en el caso del derecho laboral (véase al respecto, Espinoza y Rivas, 2022, pp. 16 y ss.).

1. LAS RELACIONES JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO EN LA ESFERA SOCIAL

Veamos por ejemplo el caso del montañista M. Alpino, quien, en la Variante V_a, entra en una cabaña desocupada, claramente propiedad privada de P. Pietro. Según la tesis de la correlatividad bilateral, la justicia entre las partes solo toma en consideración el hecho y el sufrimiento del daño, por lo que emplearíamos el Esquema 1_a, en el que frente al derecho *prima facie* de P. Pietro de decidir acerca del uso de su propiedad solo se opone la libertad de acción o derecho *prima facie* del montañista M. Alpino de usarlo como refugio. Si ampliamos el foco del análisis y sostenemos que frente a los

intereses individuales de P. Pietro sería justo tomar en consideración los intereses de M. Alpino, quien se encontraba en una situación de peligro vital, debido a una ventisca inesperada que golpeó el área con ferocidad, entonces incluiríamos en el Esquema 2_a el conflicto entre el derecho *prima facie* de P. Pietro de decidir acerca del uso de su propiedad frente la libertad de acción o derecho *prima facie* de M. Alpino sumado a su derecho *prima facie* a la vida. En una perspectiva más amplia, admitiríamos la intervención de los intereses generales. En el Esquema 3_a tomaríamos en consideración el interés social en la seguridad de las adquisiciones y en el Esquema 4_a tendríamos que tomar en cuenta el interés social en la vida de cada individuo (Pound, 1943: 6, 33). En una Variante V_b la cabaña es propiedad de la empresa de turismo de aventura que ofreció a M. Alpino la experiencia en la naturaleza, sin considerar el riesgo. Y, en una Variante V_c ante el creciente interés turístico, la Municipalidad ha incrementado las medidas para la seguridad de los excursionistas, a través de la demarcación de los caminos y mapas, en los que aparece la cabaña de P. Pietro como refugio, así como la disposición de un cuerpo de rescate que usa la cabaña en situaciones extremas.

Los Esquemas 1_a y 3_a recuerdan al liberalismo del siglo XIX que —según Pound— trataba tales casos como si involucraran nada más que los intereses individuales de las partes en la relación deudor-acreedor o, si se consideraba un interés general, solo pensaba en la seguridad general, que aquí toma la forma de seguridad de las adquisiciones (*ibid.*: 38). En el Esquema 1_a valoramos la conducta de las partes en base al criterio de las facultades de exclusión y privacidad, por lo que tendríamos que concluir que prevalece la libertad de P. Pietro de decidir acerca del uso de su propiedad frente a la libertad de acción de M. Alpino.

En los Esquemas 2_a y 4_a es mejor el interés de M. Alpino en preservar su vida frente al peligro inminente, así como el interés social en la vida de cada individuo. Una ponderación directa¹⁴ en el esquema 2_a plantearía preguntas como ¿es la propiedad producto del esfuerzo y del trabajo de P. Pietro? ¿sirve para su subsistencia? ¿cuál es la importancia de las necesidades que esa propiedad está destinada a satisfacer? ¿es mejor que la vida de una persona? A falta de otras circunstancias, deberíamos concluir que, mientras que la muerte es definitiva e irreparable, el daño a la propiedad puede ser objeto de compensación. Este es el escenario en el que se justificaría el temor de la restricción de la libertad por la eficacia horizontal de los derechos constitucionales de los demás, especialmente porque el acreedor quedaría expuesto frente a las excusas del deudor y los más

¹⁴ Una ponderación directa de derechos en relaciones entre particulares ha sido propuesta por Quinn (1976: 154).

adinerados frente a la autoayuda de los más necesitados. Spencer sostiene que, al afirmar el carácter sagrado de la propiedad contra los transgresores privados, no preguntamos si el beneficio para un hombre hambriento que toma pan de una panadería es o no mayor que el daño infligido al panadero, sino los efectos generales que surgen si la propiedad es insegura (1960 [1885]: 208). Y en una sentencia reciente del Reino Unido se sostiene que

si una vez se permitiera que el hambre fuera una excusa para robar, se abriría un camino por el cual pasarían todo tipo de desorden y anarquía. Así aquí. Si alguna vez se admitiera la falta de vivienda como una defensa contra la entrada ilegal, la casa de nadie podría estar a salvo. La necesidad abriría una puerta que ningún hombre podría cerrar. ... La súplica sería una excusa para todo tipo de fechorías. Por lo tanto, los tribunales deben, por el bien de la ley y el orden, adoptar una posición firme. Deben negarse a admitir el alegato de necesidad de los hambrientos y los sin hogar; y confíen en que su angustia será aliviada por la caridad y el bien. ... [Los acusados] deben pedir ayuda a otros, no a nosotros.¹⁵

En base a estos criterios, la doctrina de la *state action* induce la regla de la inmunidad que impediría evaluar estos elementos. Por ello, se emplea generalmente el Esquema 3_a, en el que prevalece el interés mediato de todos en la seguridad de las adquisiciones frente al peligro abstracto de que los necesitados hagan justicia por su propia mano. Pero, a diferencia del hurto famélico y la ocupación de viviendas, en el caso del montañista no hay duda de la inexistencia de otra medida alternativa frente al peligro inminente.

En todo caso, estimamos que no es necesario excluir la consideración de los derechos *prima facie* del deudor, como en el Esquema 1_a ni los intereses mediatos de justicia social como en el Esquema 3_a y que, por el contrario, su adecuada ponderación como en el Esquema 4_a no conlleva a una pérdida sustancial de la libertad del individuo. Por otra parte, podemos observar que la doctrina de la *state action* pretende elevar como una ley universal una postura ética conservadora como trasfondo de una metodología jurídica, en lugar de permitir el debate abierto caso a caso.

La posición de P. Pietro es la de un tercero que no ha dado lugar a la situación de peligro. Esta falta de causalidad fáctica pone en duda la justificación del

¹⁵ *Southwark London Borough Council v Williams* [1971] 2 All E.R. 175 (citado por Bickenbach, 1983: 100). Un criterio distinto ha sido sostenido por la Corte Suprema de Massachusetts, en *Commonwealth v. Magadini*, 474 Mass. 593, 52 N.E.3d 1041 (Mass. 2016).

deber de P. Pietro de tolerar la afectación de su propiedad, a diferencia de la Variante V_b , en la que la responsabilidad del propietario de la cabaña deriva de una voluntad contractual o de un daño. Como hemos visto (III.3), la causa del deber de P. Pietro de tolerar la afectación de su propiedad no deriva del derecho a la vida de la otra parte, sino de su propia corresponsabilidad en el interés mediato de todos los miembros de una sociedad de proteger la vida de cada individuo, que se basa en el principio de reciprocidad. Esta afirmación nos lleva a reformular la estructura del análisis. En lugar del esquema clásico de un conflicto basado en la postura de las partes en un proceso judicial, podríamos basarnos en la verdadera relación de correlatividad entre deberes *prima facie*. Según hemos visto, el deber mediato *prima facie* deriva del beneficio mutuo que obtenemos de la no interferencia en el derecho de cada uno.

Desde este punto de vista, deberíamos plantear el conflicto entre el interés inmediato *prima facie* de P. Pietro de proteger su propiedad, frente a su deber mediato *prima facie* de vivir en una sociedad que reconozca el valor de la vida de todos. En este caso no encontramos efectos relevantes en la esfera de luz pública y, dado que se trata de una cabaña desocupada y no aparecen en juego otros intereses de la esfera familiar e íntima de P. Pietro, podemos ubicarnos en una esfera en la que son aplicables los criterios de valoración propios de la esfera social. Frente a la afectación leve de la utilidad inmediata, que deriva de tolerar el uso de la propiedad y frente al peligro de admitir excepciones a la institución de la propiedad privada, es más importante el interés en vivir en una sociedad que ofrezca protección a la vida de las personas. El mismo resultado se obtiene en el conflicto entre el interés inmediato *prima facie* del montañista M. Alpino de proteger su propia vida frente a su deber mediato *prima facie* de vivir en una sociedad que reconozca el valor de la propiedad ajena.

Quedaría por determinar la justa repartición de las cargas. En la doctrina mayoritaria se afirma que si durante su permanencia en la cabaña, el montañista M. Alpino consumió los alimentos y quemó los muebles de madera en la chimenea para mantener el calor, no es posible excluir su obligación de reparar el daño causado (Feinberg, 1978: 233; Coleman, 1983: 17; Ripstein, 2001a: 289).¹⁶ Dado que no sería razonable que P. Pietro asumiera la protección del interés individual de la vida de M. Alpino, ni tampoco la totalidad de la responsabilidad de los miembros de la sociedad, la carga debe ser atribuida

¹⁶ En el mismo sentido, la sentencia de la Suprema Corte de Minnesota en *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 124 N.W. 221 (Minn. 1910). Una opinión distinta es sostenida por Christie (1998: 980).

bien a la responsabilidad de M. Alpino por su propio riesgo, o bien a la colectividad, por una intervención expropiatoria como en la Variante V_c. En nuestro criterio, el elemento de la correlatividad conduciría a sostener que, dado que la causa del deber de P. Pietro no es el derecho de M. Alpino, sino el interés de todos los miembros de la sociedad, entonces la reparación del daño debe corresponder a la sociedad, es decir que el sujeto pasivo en un sentido procesal sería el Estado, no como parte interesada sino en representación de la sociedad.

2. LAS RELACIONES JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO EN LA ESFERA DE LUZ PÚBLICA

En la categoría de las relaciones jurídicas entre particulares que tienen lugar o que producen efectos en la esfera de luz pública se ubican aquellas que en el derecho norteamericano han sido consideradas como excepciones a la doctrina de la *state action*. En estos casos se plantea no solo un conflicto entre intereses individuales y deberes sociales, sino que además participa un interés público calificado,¹⁷ como lo es el acceso de todos en condiciones de libertad e igualdad a la esfera de luz pública en una sociedad democrática.

Tal es el caso de las relaciones jurídicas de *defamation* y *privacy*, especialmente a partir de *New York Times Co. v. Sullivan* (1964), en las que se ha planteado una relación triangular entre el interés del ofendido, el interés individual del orador y el interés de la audiencia en el discurso de relevancia pública (Espinoza y Rivas, 2023b). El interés individual de la reputación del ofendido (el Comisionado Sullivan) no es objeto de *balancing* con respecto al interés individual del orador (el Comité de Defensa de Martin Luther King y la Lucha por la Libertad en el Sur). Tampoco es objeto de análisis si el contenido de la publicación era o no importante para lograr los fines de los miembros de la asociación. No se trata entonces de un conflicto entre intereses individuales correlativos. Por el contrario, la ponderación se produce, por una parte, entre el interés del ofendido y el interés general de la audiencia en el libre mercado de las ideas, es decir, un derecho mediato de todos los miembros de una

¹⁷ La Corte Suprema ha reconocido la existencia de «fundamental values», que son necesarios para el mantenimiento de un sistema político democrático (*Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68, 77). Tales valores de «hábitos y maneras de civilidad» esenciales para una sociedad democrática deben incluir la tolerancia de puntos de vista políticos y religiosos divergentes, aun cuando puedan ser impopulares. Pero estos «valores fundamentales» también deben tener en cuenta la sensibilidad de los demás (*Bethel School District v. Fraser*, 478 U.S. 675, 681; *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 221).

sociedad democrática. De esta relación entre la audiencia y el ofendido deriva la relevancia pública de lo expresado, así como la existencia y valoración el daño (id.). El interés de la audiencia merece mayor protección, en la medida en que la conducta de los funcionarios de policía, que es objeto de crítica en la publicación, es un asunto de relevancia pública. Por otra parte, el interés individual del orador es valorado a la luz del interés de la audiencia. En la medida en que los errores fácticos en el discurso no hubieran sido realizados con conocimiento de que las declaraciones son falsas o un desprecio imprudente de la verdad, la conducta del orador es conforme al interés de la audiencia en descubrir la verdad y merece protección. De forma que el interés de la audiencia es a tal punto independiente y no intercambiable con el interés individual del orador que, si bien puede reforzar su posición en la controversia, también puede ser fuente de importantes deberes de racionalidad y de limitación de la libertad del orador.

En todo caso, hemos visto que la expresión «interés de la audiencia» no significa que la sociedad sea el titular de tales intereses, sino que alude al interés de todo individuo en su calidad de miembro de esa sociedad de obtener un beneficio recíproco. Por lo tanto, el conflicto debe en realidad ser planteado entre el interés inmediato *prima facie* del ofendido de defender su reputación con respecto a su deber social *prima facie* que deriva de su interés en vivir en una sociedad que valora el derecho de los demás a expresar sus opiniones y, especialmente, frente a su deber público *prima facie* de no interferencia en el proceso de formación de la opinión pública en una sociedad democrática, a través del acceso libre al mercado de las ideas. Igual análisis corresponde a la conducta del orador, en cuanto al conflicto entre su interés inmediato en expresar sus opiniones; su deber mediato *prima facie* en vivir en una sociedad que valora la reputación de los demás y su deber público *prima facie* en abstenerse de manipular intencionalmente la formación de la opinión pública a través de la afirmación de hechos a sabiendas de que son falsos.

En la medida que se trata de un discurso de relevancia pública que ha sido expuesto a la audiencia pública, la conducta se ubica en una esfera de luz pública. En este ámbito tiende a prevalecer el deber de racionalidad de los participantes en la relación jurídica. Por ello, es mejor el deber público *prima facie* del ofendido de no interferencia en el proceso de formación de la opinión pública que su interés inmediato, debido a que no se trataba de expresiones ofensivas *per se*. Y, en la medida en que el discurso no fue realizado con conocimiento de que la falsedad de algunos hechos o con un desprecio imprudente de la verdad, el interés inmediato del orador no es contrario a su deber público de no manipular el proceso de formación de la opinión pública y su función de descubrir la verdad y es más importante que su deber social *prima facie* en vivir en una sociedad que valora la reputación de los demás.

También forman parte de esta categoría las relaciones jurídicas entre particulares que tienen lugar en una esfera social-pública (Espinoza y Rivas, s. f.), en los casos en que un individuo pretende ejercer sus derechos de la Primera Enmienda en lugares de propiedad privada, tal como se ha planteado en el caso de urbanizaciones de propiedad privada, como en *Marsh v. Alabama* (1946), o en modernos centros comerciales, como en *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.* (1968). Además, podemos considerar aquí los variados casos en torno a la segregación racial en los Estados Unidos, que comprende la prohibición de acceso de afroamericanos en las elecciones primarias de partidos políticos (*Smith v. Allwright*); a instalaciones de propiedad privada pero abiertas al público, como hoteles, restaurantes, transporte y otros alojamientos públicos (*Civil Rights Cases*; *Bell v. Maryland*); a urbanizaciones residenciales, en las que se establecía por acuerdos privados la prohibición de venta de viviendas a compradores afroamericanos (*Shelley v. Kraemer*), o a escuelas privadas segregadas (*Runyon v. McCrary*). Estimamos que, en estos casos «las condiciones de inferioridad y opresión de la raza africana» (*Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 37) podían afectar el acceso de todos en condiciones de libertad e igualdad a la esfera de luz pública en una sociedad democrática.

VI. CONCLUSIONES

La imposibilidad de establecer un área de exclusión en el derecho privado frente a la intervención de los valores públicos es consecuencia de la imposibilidad de sostener la existencia de relaciones de dicotomía o de una delimitación categórica entre el derecho público y el derecho privado. Se trata, más bien de un espacio continuo, en el que las interacciones entre individuos producen efectos mediatos en las distintas esferas de la vida en sociedad, desde la esfera privada, pasando por la esfera social, hasta la esfera de luz pública. La crítica a la teoría del interés, que reprochaba la dificultad de distinguir claramente entre intereses generales y privados se basa por ello en una premisa errónea. Los intereses generales y privados no se excluyen mutuamente, sino que tienen una relación de efectos recíprocos y correlativos. Lo que afecta directamente al individuo también puede producir efectos indirectos en todo el conjunto y lo que afecta a todos afecta los intereses mediatos del individuo. Las relaciones jurídicas entre particulares no solo afectan a las partes, sino que también pueden generar efectos mediatos frente a la sociedad, incluyendo por supuesto a los propios participantes de la relación jurídica como ciudadanos o miembros del grupo. De igual forma, ciertas relaciones jurídicas entre particulares en la esfera social pueden afectar el ámbito de la esfera de luz pública, en la medida en que influyan en el proceso comunicativo de una sociedad democrática.

Desde el punto de vista de la sujeción de los individuos a los derechos constitucionales de los demás se producen relaciones de gradualidad desde lo público a lo privado y desde lo racional hasta lo libre. Con ello resulta inconsistente la afirmación de una única regla acerca del grado de sujeción, que pueda servir de punto de partida para la deducción de una regla contraria, que determine cuál es el grado de libertad del individuo. La imposibilidad de la dicotomía público-privada en las esferas de la vida en sociedad conlleva a su vez que los valores intrínsecos que les son propios también tienen un carácter de progresión variable, desde la mayor libertad de exclusión y libre arbitrio en la esfera íntima hasta la mayor limitación de la libertad y la mayor exigencia de igualdad y racionalidad en la esfera de luz pública.

Finalmente, podemos concluir lo siguiente:

- El ámbito de protección de las normas de derechos constitucionales no solo comprenden los intereses inmediatos, sino que surten sus efectos recíprocos de protección y no interferencia en diferentes planos de la vida del individuo. Proponemos una distinción entre la protección constitucional de los intereses inmediatos *prima facie*, propios de la esfera privada del individuo; los intereses mediatos *prima facie* de la esfera social, es decir, como miembro de una sociedad organizada y los intereses mediatos *prima facie* de la esfera de luz pública, es decir, como miembro de una comunidad política.
- El elemento correlativo del interés inmediato *prima facie* de A no siempre se ubica en el plano de la esfera privada de B, sino que puede tratarse de un deber mediato *prima facie* de la esfera social, es decir, el interés o beneficio mutuo de formar parte de una sociedad que reconoce el valor de los derechos constitucionales de todos o un deber mediato *prima facie* de la esfera de luz pública, que comprende tanto los derechos de comunicación (expresión, reunión, asociación política, etc.) como los derechos políticos, así como las condiciones de libertad e igualdad y no dominación que permitan el acceso y la participación de todos en el proceso democrático.
- En una situación no conflictiva, el interés inmediato *prima facie* de A coexiste pacíficamente con la ausencia de un interés inmediato *prima facie* contrario de B y concurre con el interés mediato *prima facie* de todos de formar parte de una sociedad que reconoce el valor de los derechos de cada uno.
- En una relación conflictiva, el interés inmediato *prima facie* de A puede entrar en conflicto con el interés inmediato *prima facie* de B. Pero también se encuentra en conflicto con su interés mediato *prima facie* de formar parte de una sociedad que reconoce el valor del

derecho contrario, o bien con respecto a su interés mediato *prima facie* de formar parte de una sociedad democrática entre individuos libres e iguales. Igual análisis puede realizarse con respecto al conflicto entre el interés inmediato *prima facie* de B y sus deberes mediatos recíprocos.

- En este escenario se realiza una ponderación de los intereses en conflicto, a través de criterios de valoración que son propios de cada una de las esferas. Si bien a partir de los casos analizados no deriva un resultado general concluyente de todo el sistema de protección jurídica, sin embargo, es correcto afirmar que, en principio, las relaciones de prevalencia en cada caso concreto entre los intereses privados, sociales o públicos en conflicto dependen de si y en qué medida la conducta tiene lugar o afecta una esfera de la vida privada, social o de luz pública.

Bibliografía

- Ackerman, B. (1991). *We the people* (vol.1). *Foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ackerman, B. (2014). *We the People* (vol.3). *The Civil Rights Revolution*. Harvard University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674416499>.
- Alexy, R. (1993) [1986]. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arendt, H. (1959). Reflections on Little Rock. *Dissent*, 6 (1), 45-56. Disponible en: <http://tinyurl.com/24kj7e5n>.
- Arendt, H. (1998) [1958]. *The human condition*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Arendt, H. (2003) [1958]. *La condición humana*. Buenos Aires: Paidós.
- Arendt, H. (2005) [1953]. On the Nature of Totalitarianism: An Essay in Understanding. En J. Kohn (ed.). *Essays in understanding, 1930-1954: Formation, exile, and totalitarianism* (pp. 328-360). New York: Schocken.
- Bamforth, N. (2001). Hohfeldian Rights and Public Law. En M. H. Kramer (ed.). *Rights, Wrongs and Responsibilities* (pp. 1-27). London: Palgrave Macmillan. Disponible en: https://doi.org/10.1057/9780230523630_1.
- Barry, B. M. y Rees, W. J. (1964). The Public Interest. *Aristotelian Society*, 38, 1-38. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/aristoteliansupp/38.1.1>.
- Benditt, T. M. (1973). The Public Interest. *Philosophy and Public Affairs*, 2 (3), 291—311. Disponible en: <http://tinyurl.com/4sjyau6k>.
- Bentham, J. (1864). *Principles of legislation*. London: Trübner and Company.
- Bickenbach, J. E. (1983). The Defence of Necessity. *Canadian Journal of Philosophy*, 13 (1), 79-100. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/00455091.1983.10715834>.
- Black Jr., Ch. L. (2000) [1986]. State action. En L. W. Levy, K. L. Karst y A. Winkler. *Encyclopedia of the american constitution*. London: Macmillan.

- Bozeman, B. (2007). *Public values and public interest: Counterbalancing economic individualism*. Washington D. C.: Georgetown University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1353/book13027>.
- Brandt, R. B. (1959). *Ethical theory: The problems of normative and critical ethics*. New Jersey: Prentice-Hall.
- Brest, P. (1982). State Action and Liberal Theory: A Casenote On Flagg Brothers v. Brooks. *University of Pennsylvania Law Review*, 130, 1296. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3311972>.
- Bridwell, R. R. (1978). Theme v. Reality in American Legal History: A Commentary on Horwitz, The Transformation of American Law, 1780-1860, and on the Common Law in America. *Indiana Law Journal*, 53 (3), 3. Disponible en: <http://tinyurl.com/3hevkk35>.
- Chemerinsky, E. (2019). *Constitutional law: Principles and Policies*. Alphen aan den Rijn, Países Bajos: Wolters Kluwer.
- Christie, G. C. (1998). The defense of necessity considered from the legal and moral points of view. *Duke LJ*, 48, 975. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1373089>.
- Cochran, C. E. (1974). Political Science and «The Public Interest». *The Journal of Politics*, 36 (2), 327-355. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2129473>.
- Cohen, M. R. (1927). Property and sovereignty. *Cornell Law Review*, 13, 8. Disponible en: <http://tinyurl.com/53ke2va7>.
- Coleman, J. L. (1983). Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits: Part II. *Law and Philosophy*, 2 (1), 5-36. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/BF00145311>.
- Corbin, A. L. (1919). Legal Analysis and Terminology. *The Yale Law Journal*, 29 (2), 163-173. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/786105>.
- Dagan, H. (1999). The Distributive Foundation of Corrective Justice. *Michigan Law Review*, 98 (1), 138-166. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1290197>.
- Dagan, H. y Dorfman, A. (2016). Just relationships. *Columbia Law Review*, 116, 1395. Disponible en: <http://tinyurl.com/bdh8dku6>.
- Dancy, J. (1995). Una ética de los deberes prima facie. En P. Singer (ed.). *Compendio de ética* (pp. 309-322). Madrid: Alianza.
- Douglass, B. (1980). The Common Good and the Public Interest. *Political Theory*, 8 (1), 103-117. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/009059178000800108>.
- Dworkin, R. M. (1967). The model of rules. *The University of Chicago Law Review*, 35 (1), 14-46. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1598947>.
- Dworkin, R. M. (1972). Social Rules and Legal Theory. *The Yale Law Journal*, 81 (5), 855-890. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/795153>.
- Espinoza Rausseo, A. y Rivas Alberti, Jh. (s. f.). La doctrina del foro público y el modelo de las esferas de la vida en sociedad, en el derecho norteamericano [inédito].
- Espinoza Rausseo, A. y Rivas Alberti, Jh. (2022). Efectos de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares. Especial referencia a la tipología de casos en la *state action* de los Estados Unidos y su comparación frente a la *mittelbare Drittwirkung* de Alemania. *Revista General de Derecho Público Comparado. IUSTEL*, 31, 1-31. Disponible en: <http://tinyurl.com/2ah2jz9k>.
- Espinoza Rausseo, A. y Rivas Alberti, Jh. (2023a). La formación en ciudadanía en la esfera pública. Las relaciones jurídicas cuasi públicas en el caso de la desegregación racial en las

- escuelas de los Estados Unidos. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, 49, 225-258. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/dyl.2023.7724>.
- Espinoza Rausseo, A. y Rivas Alberti, Jh. (2023b). La libertad de expresión en las relaciones jurídicas tripartitas de defamation y privacy en la jurisprudencia de los Estados Unidos y una breve aproximación comparativa. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27 (1), 153-181. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.27.05>.
- Fallon Jr., R. H. (2013). *The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law and practice*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781108673549>.
- Fallon Jr., R. H. (2019). *The nature of constitutional rights: the invention and logic of strict judicial scrutiny*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Feinberg, J. (1973). *Social philosophy*. New Jersey: Prentice-Hall.
- Feinberg, J. (1978). Voluntary euthanasia and the inalienable right to life. *Philosophy and Public Affairs*, 93-123. Disponible en: <http://tinyurl.com/2s42smda>.
- Fiss, O. M. (1979). The Supreme Court, 1978 Term. *Harvard Law Review*, 93 (1), 1. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1340507>.
- Fiss, O. M. (1982). The social and political foundations of adjudication. *Law and Human Behavior*, 6 (2), 121-128. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/BF01044858>.
- Fiss, O. M. (1987). Why the State? *Harvard Law Review*, 100 (4), 781. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1341094>.
- Fraser, N. (1996). Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. En C. Calhoun (ed.). *Habermas and the public sphere* (4 ed.) (pp. 74-98). Cambridge: The MIT Press.
- Gardbaum, S. (2003). The «Horizontal Effect» of Constitutional Rights. *Michigan Law Review*, 102 (3), 387-459. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3595366>.
- Hale, R. L. (1923). Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State. *Political Science Quarterly*, 38 (3), 470-494. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2142367>.
- Hohfeld, W. N. (1913). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal*, 23 (1), 16-59. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/785533>.
- Holmes, O. W. (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 10 (8), 457-478. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1322028>.
- Horwitz, M. J. (1971). *The transformation of American law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Horwitz, M. J. (1974). The Historical Foundations of Modern Contract Law. *Harvard Law Review*, 87 (5), 917-956. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1340045>.
- Horwitz, M. J. (1977). *The transformation of American law, 1780-1860*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.4159/9780674038783>.
- Horwitz, M. J. (1982). History of the Public/Private Distinction. *University of Pennsylvania Law Review*, 130, 1423-1428. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3311976>.
- Horwitz, M. J. (1992). *The transformation of American law, 1870-1960: The crisis of legal orthodoxy*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/oso/9780195070248.001.0001>.

- Horwitz, M. J. (2003). «Transformation I»: After 25 Years. *Law and Social Inquiry*, 28 (4), 1157-1160. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/382615>.
- Hudson, S. D. y Husak, D. N. (1980). Legal Rights: How Useful Is Hohfeldian Analysis? *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, 37 (1), 45-53. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/BF00353500>.
- Huhn, W. R. (2006). «The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice». *Hofstra Law Review*, 34 (4), 5. Disponible en: <http://tinyurl.com/28sdaddz>.
- Kennedy, D. (1982). The stages of the decline of the public/private distinction. *University of Pennsylvania Law Review*, 130 (6), 1349-1357. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3311974>.
- Kennedy, D. (2006). Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000. En D. Trubek y A. Santos (eds.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* (pp. 19-73). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511754425.002>.
- Khan, B. Z. (2008). Innovations in Law and Technology, 1790-1920. En M. Grossberg y C. Tomlins (eds.) *The Cambridge history of law in America* (vol. 2). *The Long Nineteenth Century (1789-1920)* (pp. 483-530). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CHOL9780521803069.016>.
- Kleinsteuber, H. (2007). Habermas and the public sphere: from a German to a European perspective. *Razón y Palabra*, 55. Disponible en: <http://tinyurl.com/2p89brxj>.
- Lippmann, W. (2017) [1955]. *The Public Philosophy*. London: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9781315134345>.
- Lyons, D. (1970). The Correlativity of Rights and Duties. *Noûs*, 4 (1), 45-55. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2214291>.
- Moon, J. (2014). Reciprocity. En J. Mandle y D. Reidy (eds.). *The Cambridge Rawls Lexicon* (pp. 703-706). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139026741.182>.
- Mullender, R. (2001). Prima Facie Rights, Rationality and the Law of Negligence. En M. H. Kramer (eds.). *Rights, Wrongs and Responsibilities* (pp. 175-208). London: Palgrave Macmillan. Disponible en: https://doi.org/10.1057/9780230523630_6.
- Nock, A. J. (1960) [1939]. Introduction. En H. Spencer. *The man versus the State* (pp. 9-22). New York: Caxton Printers.
- Peller, G. y Tushnet, M. (2004). State action and a new birth of freedom. *Georgetown Law Journal*, 92 (4), 779-817. Disponible en: <http://tinyurl.com/49sr7dja>.
- Perry, R. (2009). Correlativity. *Law and Philosophy*, 28 (6), 537-584. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10982-009-9045-2>.
- Posner, R. A. (1995). *Overcoming law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Pound, R. (1909). Liberty of Contract. *The Yale Law Journal*, 18 (7), 454-487. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/785551>.
- Pound, R. (1922). *An introduction to the philosophy of law*. New Haven, Connecticut: Yale University Press.
- Pound, R. (1943). A Survey of Social Interests. *Harvard Law Review*, 57 (1), 1-39. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1334970>.

- Pound, R. (1972) [1930]. *Introducción a la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Quinn, T. G. (1976). State Action: A Pathology and a Proposal Cure. *California Law Review*, 64, 146. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3479770>.
- Rawls, J. (2005). *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press.
- Raz, J. (1986). *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- Ripstein, A. (1992). The General Will. *History of Philosophy Quarterly*, 9 (1), 51-66. Disponible en: <http://tinyurl.com/mukc5axu>.
- Ripstein, A. (2001a). *Equality, responsibility, and the law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ripstein, A. (2001b). Philosophy of Tort Law. En Sh. Coleman (ed.). *The Oxford handbook of jurisprudence and legal philosophy* (pp. 734-748). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <http://tinyurl.com/25axs3vc>.
- Ross, W. D. (1951) [1939]. *Foundations of ethics*. Oxford: Oxford University Press.
- S/A (2010). Developments in the Law: State action and the public/private distinction. *Harvard Law Review*, 123 (5), 1248-1314. Disponible en: <http://tinyurl.com/vjj88s2m>.
- Schubert, G. A. (1958a). The Theory of «The Public Interest» in Judicial Decision-Making. *Midwest Journal of Political Science*, 2 (1), 1-25. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2109163>.
- Schubert, G. A. (1958b). 14. The Theory of the Public Interest. *Political Research, Organization and Design*, 1 (5), 34-36. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/000276425800100514>.
- Seidman, L. M. (2018). State Action and the Constitution's Middle Band. *Michigan Law Review*, 117, 1. Disponible en: <https://doi.org/10.36644/mlr.117.1.state>.
- Singer, J. W. (1982). The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld. *Wisconsin Law Review*, 975. Disponible en: <http://tinyurl.com/54ww77pm>.
- Spencer, H. (1960) [1885]. *The man versus the State*. New York: Caxton Printers.
- Sunstein, C. R. (2002). State Action is Always Present. *Chicago Journal of International Law*, 3 (2), 15. Disponible en: <http://tinyurl.com/898uzmmm>.
- Turner, H. M. (1893). *The Barbarous Decision of the United States Supreme Court Declaring the Civil Rights Act Unconstitutional and Disrobing the Colored Race of All Civil Protection. The Most Cruel and Inhuman Verdict Against a Loyal People in the History of the World*. Atlanta: Universidad del Norte de Illinois. Disponible en: <http://tinyurl.com/3m-s5t3cm>.
- Tushnet, M. (2009). *Weak courts, strong rights*. In *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1515/9781400828159>.
- Von Jhering, R. (1877). *Der Zweck im Recht* (vol. 1). Leipzig: Breitkopf und Härtel.
- Von Savigny, F. K. (1879). *Sistema del derecho romano actual. Tomo I*. Madrid: F. Góngora y Compañía.
- Wechsler, H. (1959). Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 73 (1), 1-35. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1337945>.
- Weinrib, E. J. (2012). *Corrective justice*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199660643.001.0001>.
- Weinrib, E. J. (2017) [2012]. *La idea de derecho privado*. Madrid: Marcial Pons.

Weinrib, L. E. y Weinrib, E. J. (2001). Constitutional values and private law in Canada. En D. Friedmann y D. Barak-Erez (eds.). *Human rights in private law* (pp. 43-72). London: Bloomsbury Publishing.

Jurisprudencia

- Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979). Disponible en: <http://tinyurl.com/2ndfpjcc>.
- Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226 (1964). Disponible en: <http://tinyurl.com/4wtafymf>.
- Bethel School District v. Fraser*, 478 U.S. 675 (1986). Disponible en: <http://tinyurl.com/yrf8u8t3>.
- Brzonkala v. Va. Polytechnic y State University*, 935 F. Supp. 779, 794. Dist. Court, WD Virginia 1996. Disponible en: <http://tinyurl.com/23f4dpjt>.
- BVerfGE 128, 226/244. *Fraport*. Disponible en: <http://tinyurl.com/27bret9r>.
- BVerfGE 7, 198 *Lüth*. Disponible en: <http://tinyurl.com/mr4cky7f>.
- Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883). Disponible en: <http://tinyurl.com/u883cd8v>.
- Commonwealth v. Magadini*, 474 Mass. 593, 52 N.E.3d 1041 (Mass. 2016). Disponible en: <http://tinyurl.com/4e22h66x>.
- Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308 (1968). Disponible en: <http://tinyurl.com/38warkax>.
- Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507 (1976). Disponible en: <http://tinyurl.com/33pds8du>.
- Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974). Disponible en: <http://tinyurl.com/3ez3d6bk>.
- Lawton v. Steele*, 152 U.S. 133 (1894). Disponible en: <http://tinyurl.com/428z69he>.
- Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Disponible en: <http://tinyurl.com/2bwuprnp>.
- Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). Disponible en: <http://tinyurl.com/4fcp2a9d>.
- Lugar v. Edmondson Oil Co., Inc.*, 457 U.S. 922 (1982). Disponible en: <http://tinyurl.com/mw7dp666>.
- Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U.S. (2019). Disponible en: <http://tinyurl.com/5b28u2y6>.
- Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946). Disponible en: <http://tinyurl.com/yc4uc5v3>.
- New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Disponible en: <http://tinyurl.com/2s5sdu28>.
- Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015). Disponible en: <http://tinyurl.com/2p8x6y5e>.
- Peterson v. City of Greenville*, 373 U.S. 244 (1963). Disponible en: <http://tinyurl.com/4bkzpsn>.
- Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982). Disponible en: <http://tinyurl.com/mrny2yr9>.
- Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976). Disponible en: <http://tinyurl.com/4n9umfe5>.
- Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948). Disponible en: <http://tinyurl.com/2a9e67vy>.
- Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1872). Disponible en: <http://tinyurl.com/23pvptnp>.
- Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944). Disponible en: <http://tinyurl.com/44sufpd2>.
- United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1875). Disponible en: <http://tinyurl.com/3sn3zd9h>.
- United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000). Disponible en: <http://tinyurl.com/a2kdsbtr>.
- Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 124 N.W. 221 (Minn. 1910). Disponible en: <http://tinyurl.com/bdzen6zp>.