

LA EFICACIA DEL CEDH EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN*

Resumen

Este artículo examina la relevancia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en las relaciones entre particulares desde la perspectiva de dicho instrumento jurídico-internacional. En primer lugar, se exponen los primeros tanteos del Tribunal Europeo en la búsqueda de un criterio válido de imputación al Estado de las vulneraciones de los derechos del Convenio cometidas por los particulares. En segundo lugar, se analiza la adecuación al sistema del Convenio de diversas teorías aducidas para fundamentar la eficacia horizontal del Convenio. Se arguye que la fundamentación jurídica más convincente de una relevancia mediata –sin llegar a aplicabilidad– del Convenio en las relaciones entre particulares viene de la mano de la dogmática de las obligaciones positivas; este es también el enfoque que practica el Tribunal Europeo. En tercer lugar, se muestra la dinámica variable de las obligaciones positivas en las relaciones entre particulares, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH. Unas conclusiones completan el artículo.

Palabras clave

Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derechos fundamentales, Drittwirkung, relaciones entre particulares, obligaciones positivas, responsabilidad estatal.

Abstract

The paper analyses the relevance of the European Convention of Human Rights in the relationships between individuals from the perspective of the Convention system and the ECtHR's case-law. The first section of this paper will briefly address how the ECtHR, at the beginning of its case-law, elaborated different criteria to establish the state responsibility for infringements of the Convention caused by individuals. The second section will explore

* Profesor titular de Derecho Administrativo (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea), acreditado para el cuerpo de Catedráticos de Universidad. Letrado del Tribunal Constitucional de adscripción temporal. Correo electrónico: xabier.arzoz@ehu.eus

some theories that have been proposed on the horizontal effect of the ECHR. It will be argued that the doctrine of positive obligations stands as the most consistent explanation of a certain indirect horizontal effect of the ECHR, which is also the approach followed by the ECtHR. The third section will show the variable intensity of the positive obligations in the relationships between individuals. Finally, some conclusions will be drawn.

Keywords

European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, fundamental rights, Drittwirkung, horizontal effect, positive obligations, state responsibility.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La construcción de un título de imputación estatal de la responsabilidad derivada de vulneraciones cometidas por particulares. 3. Tres teorías sobre la relevancia del Convenio en las relaciones entre particulares. 3.1 La teoría de la eficacia horizontal directa o inmediata. 3.2 La teoría de la eficacia horizontal indirecta o mediata. 3.3 La teoría de las obligaciones positivas. 4. Algunas consideraciones sobre la dinámica de las obligaciones positivas en las relaciones entre particulares: 4.1 La ambigüedad de la dogmática de las obligaciones positivas. 4.2 La extensión de las obligaciones positivas en las relaciones entre particulares. 4.3 Las limitaciones de las obligaciones positivas en las relaciones entre particulares. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es una cuestión que ha atraído la atención doctrinal y jurisprudencial en el seno de los ordenamientos jurídicos de carácter estatal (1), internacional (2) y supranacional (3). Este artículo abordará el tema en el segundo tipo de ordenamientos men-

(1) Sobre la problemática de la *Drittwirkung* en el derecho constitucional comparado puede verse, entre otros, TUSHNET, M., «The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 79-98; NEUNER, J. (ed.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2007; y RENS-MANN, T., *Wertordnung und Verfassung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, pp. 68-80.

(2) Sobre la problemática de la *Drittwirkung* en los instrumentos de derechos humanos *vid.* COURTIS, Ch., «Die Wirkung der Menschenrechte auf Privatrechtsverhältnisse», en J. Neuner (ed.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, pp. 57-79; y MIJANGOS GONZÁLEZ, J., «La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional – Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, vol. IV: Derechos fundamentales y tutela constitucional, UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, pp. 547-577.

(3) En el Derecho de la Unión coexisten dos dogmáticas relacionadas con la *Drittwirkung*: la *Drittwirkung* de las libertades fundamentales del mercado único y la *Drittwirkung* de los derechos

cionados, en concreto en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Convenio).

Sin duda el contenido de algunas de las disposiciones del Convenio y sus Protocolos tiene relevancia específica para la configuración del derecho civil. Así, la prohibición de la esclavitud (art. 4.1 CEDH), el derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH) y la igualdad entre los esposos (art. 5 del Protocolo núm. 7) afectan en particular al derecho civil. Ahora bien, la cuestión de la eficacia del Convenio en las relaciones entre particulares se refiere específicamente a la aplicabilidad de sus disposiciones para la resolución de litigios *inter privatos*. Ello se designa en ocasiones con una expresión alemana, *Drittwirkung*, que significa «eficacia para terceros»; también se la conoce como «eficacia horizontal».

La eficacia horizontal del Convenio se puede analizar desde dos perspectivas normativas: por un lado, la del Convenio y de la jurisdicción supervisora que incumbe al Tribunal Europeo de Derechos Humanos; por otro lado, la de los derechos internos de los Estados parte en el Convenio y de sus sistemas jurisdiccionales. Como es sabido, los Estados contratantes no están obligados a incorporar a su derecho interno las garantías del Convenio (4). La aplicación del Convenio en el ámbito interno será, en su caso, parasitaria del orden constitucional y legal de los Estados. En consecuencia, si el Convenio incide en las relaciones entre particulares, y de qué forma, dependerá en último término de lo que dispongan los ordenamientos nacionales. Si el Convenio forma parte del derecho interno y en este se reconoce a los particulares la posibilidad de invocar directamente los derechos fundamentales frente a particulares, el Convenio también se beneficiará normalmente de esa eficacia inmediata en las relaciones entre particulares (5). La eficacia hori-

fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión (en la actualidad ampliamente explicitados en la Carta de Derechos Fundamentales). Con respecto a la primera puede verse KÖRBER, T., *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2004. Además, está el problema de la colisión entre las libertades fundamentales económicas y los derechos fundamentales, que también tiene incidencia sobre el ámbito privado: al respecto puede consultarse SCHINDLER, D., *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten – Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten – und der Drittwirkungslehre*, Duncker und Humblot, Berlín, 2001.

(4) STEDH de 8 de julio de 1986, *Lithgow y otros c. Reino Unido*, § 205.

(5) Para un estudio de la aplicación horizontal del Convenio en la jurisdicción interna de varios Estados (Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Alemania y Malta) vid. SPIELMANN, D., *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 1995, p. 44 y ss. Un estudio más completo y actualizado del caso alemán, centrado en los arts. 8 y 10 CEDH, puede verse en ELLGER, R., «The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law», en D. Friedmann y D. Barak-Erez (dirs.), *Human Rights in Private Law*, Hart, Oxford-Portland, 2001, pp. 161-178. La conclusión del autor es que la influencia de los arts. 8 y 10 CEDH sobre el derecho privado alemán es modesta, en cuanto que la amplitud del catálogo interno de derechos fundamentales, su superior rango y su más eficaz mecanismo de aplicación convierten en innecesario el recurso al CEDH, salvo en supuestos excepcionales. Ahora bien, el artículo es anterior a la Sentencia *Caroline von Hannover contra Alemania* del TEDH, de 24 de junio de 2004, que ha tenido un impacto muy acusado en el ordenamiento jurídico alemán, modificando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional. Al respecto puede verse, entre muchos trabajos, GRABENWARTER, C., «Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderweges?», *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, 2004, pp. 309-316; MICHAEL, L., «Mittelbare Drittwirkung spezifisch europäischen Verfassungsrechts am Beispiel des Schutzes der Privatsphäre vor der Presse», *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, 2006, pp. 311-319; HONG, M., «Caroline von Hannover und die Folgen Meinungsfreiheit im Mehrebenensystem zwischen Konflikt und Kohärenz», en N. Matz-Lück y

zontal del Convenio en el ámbito interno será reflejo de la eficacia horizontal reconocida a los derechos fundamentales de la Constitución interna.

Cuestión distinta es si, en tales casos, el particular víctima de una vulneración de un derecho del Convenio por otro particular puede acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos si considera que los órganos jurisdiccionales internos no le han reparado esa vulneración. Con independencia de la mayor o menor aplicabilidad horizontal del Convenio en la jurisdicción interna de los Estados parte, los particulares no están obligados por el Convenio a proteger los derechos humanos de otros particulares y solo los Estados pueden ser considerados responsables ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (6).

Este trabajo abordará la cuestión de la eficacia del Convenio en las relaciones entre particulares exclusivamente desde la perspectiva del sistema del Convenio, y ello por dos órdenes de razones. Una práctica, de espacio. De todas formas, el presente volumen incluye dos estudios de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales con especial atención al sistema constitucional español (7). Y otra dogmática: en mi opinión, la teoría general de los derechos del Convenio debe construirse con los elementos normativos que proporciona el texto del Convenio y sus protocolos, completados con la jurisprudencia del TEDH.

La estructura del presente trabajo será la siguiente. Comenzaré analizando los criterios utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para imputar directamente al Estado de forma excepcional la responsabilidad por la vulneración del Convenio cometida por un particular (2.). A continuación analizaré la relevancia del Convenio en las relaciones entre particulares desde la perspectiva de tres posibles teorías (3.). Una vez argumentada la relevancia horizontal mediata del Convenio en virtud de la teoría de las obligaciones positivas, mostraré algunos aspectos de la dinámica de esas obligaciones positivas cuando se proyectan sobre las relaciones entre particulares (4.). Finalmente, el trabajo se cerrará con unas conclusiones (5.).

2. LA CONSTRUCCIÓN DE UN TÍTULO DE IMPUTACIÓN ESTATAL DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE VULNERACIONES COMETIDAS POR PARTICULARES

La determinación del carácter estatal del sujeto responsable de una vulneración de derechos puede ser una cuestión compleja desde el punto de vista teórico y prác-

M. Hong (eds.), *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen*, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 251-292. En castellano puede verse BUSTOS GIBERT, R., «Vida privada y derecho a la información. Desarrollos jurisprudenciales en 2013-2014: la extraña y tardía recepción de Carolina en España», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, pp. 369-414. Para el caso sueco puede verse LEBECK, C., «Horizontal effect of the European Convention on Human Rights in Swedish law – a quiet constitutional change?», *Public Law*, 2009, pp. 25-36.

(6) ALKEMA, E. A., «The third-party applicability or “Drittwirkung” of the European Convention on Human Rights», en F. Matscher y H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension – Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1988, p. 38.

(7) *Vid.* las contribuciones de GÓMEZ MONTORO, A., y de BILBAO UBILLOS, J. M., incluidas en este volumen.

tico. En el breve espacio disponible en estas páginas no se pretende exponer la jurisprudencia emanada sobre la línea divisoria entre actos públicos y actos privados, sino señalar los excepcionales casos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apreciado una responsabilidad estatal directa, a título de injerencia, por vulneraciones del Convenio cometidas por particulares que no forman parte de ninguno de los poderes del Estado ni actúan por cuenta de ellos. Los tres casos que se exponen a continuación ponen de manifiesto cómo en su etapa inicial el TEDH exploraba diferentes soluciones para abordar la protección de los particulares frente a vulneraciones de las garantías del Convenio provenientes de otros particulares.

a) *El caso Young, James y Webster contra el Reino Unido (1981)*

La empresa de los ferrocarriles británicos (*British Railways Board*) había acordado con tres sindicatos que la pertenencia a uno de los tres sindicatos sería condición necesaria para trabajar en ella (acuerdo llamado de *closed shop*). Como consecuencia del acuerdo, la empresa despidió a tres empleados que se negaron a afiliarse a alguno de esos sindicatos.

La legislación inglesa amparaba ese tipo de acuerdos; es más, había eliminado la prohibición legal que excluía anteriormente la extensión de ese tipo de acuerdos a los trabajadores ya contratados. En consecuencia, aunque la causa última del perjuicio causado a los trabajadores despedidos fuera el acuerdo concluido entre la empresa y los sindicatos, el TEDH consideró al Estado responsable de la injerencia en la libertad de asociación (art. 11 CEDH): «it was the domestic law in force at the relevant time that made lawful the treatment of which the applicants complained. The responsibility of the respondent State for any breach of the Convention is thus engaged on this basis» (8). Al ser esta la fuente determinante de la responsabilidad del Estado por la vulneración del Convenio, el TEDH excluyó examinar la eventual responsabilidad del Estado como empleador o por tener bajo su control a los ferrocarriles británicos.

Aunque algún autor ha considerado el caso como un supuesto de aplicación de las obligaciones positivas (9), ni la expresión aparece en la Sentencia, ni el supuesto encaja en la dogmática de las obligaciones positivas que examinaremos después. En el caso concreto la responsabilidad estatal no surge por una abstención, sino por una acción; no surge por no haber legislado para prevenir que los particulares vulnerasen los derechos del Convenio, sino por haber propiciado mediante una modificación legislativa que terceros los pudiesen vulnerar. El Tribunal elaboró una

(8) STEDH de 13 de agosto de 1981, *Young, James y Webster c. Reino Unido*, § 49.

(9) SPIELMANN, D., «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», en F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 1998, p. 139. El autor se basa en el primer inciso del § 49 de la Sentencia: «Under Article 1 (art. 1) of the Convention, each Contracting State “shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in... [the] Convention”; hence, if a violation of one of those rights and freedoms is the result of non-observance of that obligation in the enactment of domestic legislation, the responsibility of the State for that violation is engaged». Si bien en otros pasajes del trabajo el citado autor habla de una «acción positiva», de una «derogación de la legislación» (p. 169) como justificación de la imputación al Estado de la responsabilidad por la vulneración del art. 11 CEDH.

argumentación que le permitía imputar al Estado de forma directa la responsabilidad por la vulneración del derecho.

En suma, de la lectura de esta sentencia se desprende que, aunque la lesión del derecho del Convenio provenga de un acto realizado por un particular, siempre que dicho acto tenga cobertura explícita en la legislación estatal, se podría demandar al Estado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por su responsabilidad en la vulneración del derecho.

b) *El caso Costello-Roberts contra Reino Unido (1993)*

En 1993 el TEDH declaró que el Reino Unido era responsable del castigo corporal infligido a un alumno por el director de un colegio privado no subvencionado si se acreditaba –como fue el caso– que dicho castigo vulneraba los derechos reconocidos en los arts. 3 y 8 CEDH. Los argumentos en los que se basó el Tribunal fueron los siguientes (10):

- En primer lugar, el Estado tiene la obligación de garantizar a los niños su derecho a la educación de acuerdo con el art. 2 del Protocolo núm. 1; las funciones relativas a la administración interna de una escuela, como la disciplina, no pueden considerarse meramente auxiliares del proceso educativo. En el art. 28 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que ha sido ratificado por el Reino Unido, se reconoce que la disciplina escolar entra dentro del ámbito del derecho a la educación.
- En segundo lugar, las escuelas privadas forman parte en el Reino Unido del sistema público de enseñanza, por lo que el derecho a la educación se garantiza por igual a los niños que acuden a centros públicos y a los que acuden a centros privados.
- En tercer lugar, el Estado no puede exonerarse de su responsabilidad delegando sus obligaciones a entidades o personas privadas.

En esencia, la argumentación utilizada en este caso para fundamentar la responsabilidad estatal por una vulneración ocasionada por un particular no hizo referencia, como en el anterior, a la existencia de una legislación que amparase esa práctica privada (11), sino al carácter público del sistema educativo en el Estado en cuestión y a la responsabilidad estatal en el ámbito del derecho a la educación, derecho que –además– está reconocido en el ámbito del Convenio (12).

(10) STEDH de 25 de marzo de 1993, *Costello-Roberts c. Reino Unido*, § 27.

(11) Este podría haber sido el criterio del Tribunal, pues esa era la situación resultante de la legislación entonces vigente en el Reino Unido, después de que, como consecuencia de la Sentencia *Campbell y Cosans*, se modificara la legislación para prohibir el castigo corporal en las escuelas públicas. Por tanto, el castigo corporal en las escuelas privadas estaba explícitamente amparado por la legislación estatal. De hecho esta fue la argumentación desarrollada ante este previsible supuesto, antes de la Sentencia *Costello-Roberts*, por CLAPHAM, A., «The “Drittwirkung” of the Convention», en R. St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 175.

(12) EHLERS, D., «General Principles», en D. Ehlers (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Berlín, 2007, p. 45, se muestra crítico con este criterio de imputación.

c) *El caso X e Y contra Países Bajos (1985)*

Una menor de edad con una discapacidad mental había sido agredida sexualmente en el establecimiento privado en el que era atendida. En el Derecho neerlandés existía una laguna jurídica, porque la acusación privada no se podía ejercer en dicho supuesto ni por la víctima ni por el padre de la menor. Estos solo disponían de acciones civiles, que consideraban procedimientos arduos, traumáticos para la víctima y que no constituían protección adecuada.

Es evidente que la agresión como tal no podía ser imputada al Estado. Ahora bien, el Estado tiene el deber de proteger a las víctimas de agresiones sexuales. El Tribunal Europeo aplicó la doctrina de las obligaciones positivas, que había alumbrado en el «asunto lingüístico belga» (1968) y aplicado en unas pocas ocasiones desde entonces, también en el ámbito del derecho al respeto de la vida privada. En esta ocasión estableció por primera vez el criterio de que dichas obligaciones positivas se proyectan también sobre las relaciones entre individuos: «These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves» (13). Justamente con esta sentencia de 1985, la noción de las obligaciones positivas se empieza a difundir y a convertirse en un instrumento familiar del control del TEDH (14). Y debe valorarse la temprana recepción de la noción de obligaciones positivas en el ámbito del Convenio. El Tribunal Constitucional Federal alemán no se refirió a la doctrina equivalente de los deberes de protección (*Schutzpflichten*) hasta la primera sentencia sobre la interrupción voluntaria del embarazo, en 1975 (15).

El dinamismo posterior de la noción de obligaciones positivas queda subrayado por varios datos. En primer lugar, desde el punto de vista jurisprudencial, el punto de inflexión lo marca el año 1994 (año siguiente a la comentada sentencia *Costello-Roberts*), con ocho sentencias del TEDH que acuden a la noción de las obligaciones positivas, la mitad solo examinan la violación alegada desde esa perspectiva. En segundo lugar, desde el punto de vista doctrinal, la noción de obligaciones positivas apenas se había estudiado con anterioridad al trabajo de SUDRE publicado en 1995 (16): nótese que ese autor entrecomillaba entonces la expresión «obligaciones positivas», por tratarse todavía de una novedad conceptual.

Como consecuencia, los dos criterios examinados anteriormente de apreciación de una intervención estatal directa en la vulneración cometida por un particular no han tenido continuidad en la jurisprudencia posterior. Con posterioridad el Tribunal ha preferido orientarse de acuerdo con la teoría de las obligaciones positivas, aunque los dos criterios anteriores hubieran podido servir para atribuir al Estado respectivo como interferencia directa una vulneración causada por un particular. Así, en un caso posterior de castigos corporales infligidos a un menor por su padrastro,

(13) STEDH de 26 de marzo de 1985, *X e Y c. Países Bajos*, § 23.

(14) SUDRE, F., «Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme», *Revue trimestrielle de droits de l’homme*, 1995, p. 363; RENSCHMANN, *Wertordnung und Verfassung*, cit., pp. 220, 223-224.

(15) KRINGS, G., «Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der Schutzpflichten aus dem grundrechtlichen Freiheitsbegriff», en M. Sachs y H. Siekmann (dirs.), *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat – Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2012, p. 426.

(16) SUDRE, «Les “obligations positives”...», cit.

el TEDH acudió a la teoría de las obligaciones positivas y declaró que la legislación estatal no ofrecía adecuada protección frente a un trato o castigo contrario al art. 3 CEDH (17). En un caso sobre internamiento en un centro psiquiátrico privado sin orden judicial, el TEDH tampoco acudió al criterio *Costello* del carácter público del sistema sanitario y de la responsabilidad estatal en el ámbito del derecho a la libertad personal como título de imputación estatal de la responsabilidad, sino a la doctrina de las obligaciones positivas: el Estado no había ejercido un *control* efectivo sobre las instituciones psiquiátricas privadas (18). Asimismo, en un caso de negativa de una televisión privada a emitir un anuncio remitido por una asociación, el Tribunal no utiliza el criterio *Young, James y Webster*, en la medida en que era la legislación interna la que habilitaba al medio privado a rechazar la emisión de anuncios de contenido político, para fundamentar la imputación estatal de la prohibición de emisión, sino como criterio para constatar la existencia de obligaciones positivas en dicho supuesto de hecho (19). En estos y otros casos, el Tribunal ignora o pasa por alto elementos puntuales de implicación estatal directa en beneficio de la doctrina de las obligaciones positivas, que le ofrece un marco general para abordar la responsabilidad estatal por las vulneraciones del Convenio en muy diversos supuestos (20).

En definitiva, parece razonable pensar que la generalización de la noción de las obligaciones positivas ha sido una opción deliberada de carácter estratégico. El Tribunal exploró inicialmente diversos criterios para imputar al Estado respectivo la responsabilidad por vulneraciones cometidas por particulares. Ahora bien, una vez probada en su jurisprudencia la versatilidad de la noción de las obligaciones positivas, consideró correctamente que dicha noción se adoptaba mejor a la diversidad de situaciones que se podían plantear en la práctica y constituía un útil instrumento para paliar en parte la falta de aplicabilidad directa del Convenio en las relaciones entre particulares.

3. TRES TEORÍAS SOBRE LA RELEVANCIA DEL CONVENIO EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

En este epígrafe se analiza desde una perspectiva dogmática sobre qué fundamentos se podría desplegar la relevancia del Convenio en las relaciones entre particulares.

(17) STEDH de 23 de septiembre de 1998, *A. c. Reino Unido*, § 24.

(18) STEDH de 16 de junio de 2005, *Storck c. Alemania*, § 150.

(19) STEDH de 28 de junio de 2001, *Verein gegen Tierfabriken c. Suiza*, § 47.

(20) En el caso *Storck*, mencionado en una nota anterior, la propia policía había llevado de vuelta al centro psiquiátrico privado a la joven que se había escapado de él, lo cual podría haber supuesto una intervención estatal directa en su privación de libertad y en el tratamiento médico forzoso a partir de dicho momento. Igualmente, en el caso *Aksu c. Turquía* (2012), que versa sobre la publicación, con financiación pública, de un estudio académico y de dos diccionarios que contenían observaciones y expresiones que podían reflejar animosidad contra la comunidad gitana, el Tribunal Europeo, en formación de Gran Sala, no consideró la publicación como una interferencia *directa* de las autoridades estatales en la vida privada del recurrente, miembro de la comunidad gitana, sino desde la perspectiva de las obligaciones positivas del gobierno turco de protección de la vida privada del recurrente ante la interferencia de terceros. *Vid.* STEDH de 15 de marzo de 2012 (Gran Sala), *Aksu c. Turquía*, § 58, citando las SSEDH de 4 de diciembre de 2008 (Gran Sala), *S. y Marper c. Reino Unido*, § 66, y de 27 de abril de 2010, *Ciubotaru c. República Moldova*, § 49.

3.1 LA TEORÍA DE LA EFICACIA HORIZONTAL DIRECTA O INMEDIATA

Hasta principios de los años 90 del pasado siglo, un nutrido grupo de autores defendió, con diversos argumentos, la eficacia horizontal directa del Convenio (21). En la actualidad, sin embargo, la doctrina europea mayoritaria excluye que las disposiciones del Convenio desplieguen una eficacia horizontal directa o inmediata en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung*) (22). Dicho de otra forma, se descarta que, sobre la base exclusiva del Convenio, sus disposiciones puedan ser invocadas en los tribunales frente a los particulares. Dos son los argumentos que se pueden esgrimir para descartar la eficacia horizontal directa del Convenio.

El primer argumento es normativo. En ninguna de las disposiciones del Convenio que reconocen derechos se encuentran elementos que permitan sostener que, además de los Estados, también los particulares pueden ser sujetos pasivos del correspondiente derecho (23). Desde el punto de vista procedimental, los arts. 33 (asuntos entre Estados) y 34 (demandas individuales) dejan claro que las únicas violaciones de los derechos del Convenio o sus protocolos que pueden someterse al conocimiento del Tribunal son las que se imputen a las «Altas Partes Contratantes». Una demanda que no cumpla esos requisitos debe declararse inadmisibile.

Ninguno de los elementos normativos del Convenio que en el pasado se han alegado como fundamento de una potencial eficacia horizontal resulta convincente:

a) El sentido del inciso del art. 13, según el cual toda persona tendrá un recurso efectivo ante una instancia nacional «incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales», está

(21) Uno de los últimos en mantener viva la tesis de la eficacia horizontal directa fue Dean SPIELMANN, posteriormente juez del TEDH (2004-2015) y Presidente del mismo (2012-2015), quien en los años noventa se ocupó del tema en diversos trabajos: «L'effet potentiel entre personnes privées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Bulletin des Droits de l'Homme*, núm. 3, 1994, pp. 25-86; *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 1995; y «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», en F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 154-165. En esas obras recoge abundantes referencias de la amplia, pero no mayoritaria, corriente doctrinal favorable a la eficacia horizontal del Convenio, de fechas anteriores a 1990. Entre quienes habían defendido anteriormente una posición más matizada se encuentra ALKEMA, «The third-party applicability...», cit., p. 45.

(22) MEYER-LADEWIG, J., *Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*, 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 44; SCHWEITZER, R. J., «§ 138 Allgemeine Grundsätze», en D. Merten y H.-J. Papier (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. VIII, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 111 (Rdnr. 69); EHLERS, «General Principles», cit., p. 45; ROSEN, V., «Kapitel 5: Grundrechtsberechtigte und –verpflichtete, Grundrechtsgeltung», en O. Dorr, R. Grote y T. Marauhn (eds.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2.ª ed., vol. 1, Mohr Siebeck, Tübinga, 2013, p. 280; GRABENWARTER, C., *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4.ª ed., C. H. Beck-Helbing Lichtenhahn-Manz, Múnich, 2009, p. 130. *Vid.*, en cambio, ALLI ARANGUREN, J. C., «La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. La sentencia Lüth del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania de 15 de enero de 1958 y su asunción por el Tribunal Constitucional Español», en E. García de Enterría y R. Alonso García (coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial – Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. II, Civitas, Madrid, 2012, p. 3688.

(23) SCHWEITZER, «§ 138 Allgemeine Grundsätze», cit., p. 111 (Rdnr. 69).

todavía sin aclarar y carece de relevancia. En cualquier caso no puede ser utilizado como argumento a favor de una eficacia horizontal (24).

b) Una excepción podría contemplarse en el art. 17, que prohíbe el abuso de los derechos del Convenio y que implica que ningún «Estado, *grupo o individuo*» tiene derecho a «dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo». El precepto se ha aplicado a organizaciones cuyas actividades o fines incluyen la destrucción de los derechos reconocidos en el Convenio. El art. 17 podría ser contemplado como el fundamento de una eficacia directa, aunque limitada, sobre los particulares organizados en asociaciones o grupos, que, si no respetan los derechos del Convenio, se pueden enfrentar a una disolución que no es incompatible con el Convenio (25). En realidad, más que la previsión de una eficacia directa, se trata de una *exclusión* de determinadas actividades del ámbito de protección de los derechos del Convenio: en otras palabras, se delimita negativamente el ámbito de protección de los derechos del Convenio. El art. 17 no puede usarse para fundamentar una acción o un recurso interno dirigido contra una asociación privada que amenace el orden democrático o la destrucción de los derechos reconocidos en el Convenio (26).

c) Una de las justificaciones de interferencias en los derechos del Convenio es la protección de los derechos y libertades de terceros (arts. 8, 9, 10 y 11 del Convenio y art. 2 del Protocolo núm. 4, etc.). A un particular que invoca un derecho del Convenio frente a un Estado puede oponérsele la necesidad de proteger los derechos de otras personas a través de la interferencia de que es objeto. Pero aquí no se trata de atribuir a los particulares posiciones jurídicas individualizadas ejercitables frente a otros particulares, sino de afirmar que la protección del Convenio se pierde en el momento en que el ejercicio de los derechos allí reconocidos no se concilia con el respeto de los derechos de terceros. En otras palabras, los derechos del Convenio no se reconocen en el vacío, ni de forma absoluta e incondicional, sino en el seno de la sociedad, lo que conlleva la necesidad de conciliar su ejercicio con los derechos de otras personas, estén reconocidos o no en el Convenio dichos derechos.

El segundo argumento contra la eficacia horizontal directa del Convenio se basa en la estructura del sistema jurídico-internacional, del que forma parte el sistema del Convenio. El sistema del Convenio constituye un orden jurídico-internacional dirigido a los Estados contratantes, cuya responsabilidad reside en el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el ámbito de su territorio. La responsabilidad es exclusivamente estatal. Solo los Estados son, o pueden ser, responsables de las vulneraciones de los derechos del Convenio cometidas por particulares: cuando fracasen en la tarea de prevenir, atajar o remediar de forma razonable esas vulneraciones, se podrá generar una responsabilidad del Estado en el plano internacional (27).

(24) GRABENWARTER, C., *European Convention on Human Rights. Commentary*, C. H. Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn Verlag, Múnich, 2014, p. 339.

(25) CLAPHAM, «The “Drittwirkung” of the Convention...», cit., p. 167.

(26) CLAPHAM, «The “Drittwirkung” of the Convention...», cit., p. 169.

(27) CLAPHAM, «The “Drittwirkung” of the Convention», cit., pp. 164-165; SCHWEITZER, «§ 138 Allgemeine Grundätze», cit., p. 111 (Rndr. 69).

Las anteriores razones pueden explicar por qué la jurisprudencia del Tribunal Europeo nunca ha aceptado la eficacia horizontal inmediata del Convenio.

3.2 LA TEORÍA DE LA EFICACIA HORIZONTAL INDIRECTA O MEDIATA

Una parte de la doctrina sostiene que, de forma mediata o indirecta, el Convenio despliega eficacia horizontal, lo que en ocasiones se designa con la expresión *mittelbare Drittwirkung* proveniente de la dogmática alemana. Entre los argumentos que se aducen se encuentran los siguientes (28):

a) La eficacia mediata del Convenio en las relaciones entre particulares es la consecuencia lógica del contenido de su art. 1, que establece lo siguiente: «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título 1 del presente Convenio».

b) La efectividad del Convenio no quedaría garantizada si no desplegara una eficacia mediata.

c) El Tribunal Europeo considera los derechos del Convenio como «núcleo» de una sociedad democrática, de la cual los particulares forman parte esencial.

La tesis de la eficacia horizontal mediata suscita, en mi opinión, dos tipos de objeciones. La primera objeción es normativa: la pretensión de fundamentar una eficacia horizontal mediata con argumentos que giran básicamente en torno al efecto útil del Convenio contradice el punto de partida, antes señalado, de que las obligaciones del Convenio se dirigen únicamente a los Estados. O las disposiciones del Convenio obligan también a los particulares o no les obligan: lo que no resulta coherente es concebir que les obligan «de forma mediata».

La segunda objeción es de tipo conceptual. A diferencia de la noción de eficacia horizontal (inmediata), el contenido o el alcance de la noción de eficacia horizontal mediata no resulta preciso: ¿qué quiere decirse con eficacia mediata en el contexto del Convenio? Las opiniones doctrinales que suscriben la tesis de la eficacia mediata entienden con frecuencia cosas muy distintas bajo esa expresión. Aunque no es este el lugar para inventariar las diversas teorías o concepciones de la eficacia mediata desarrolladas en la dogmática de los derechos fundamentales (29), en síntesis puede afirmarse que la doctrina de la eficacia mediata sostiene que los derechos fundamentales despliegan su eficacia en el ámbito privado solo mediante el instrumento del derecho privado (30). Así, en Alemania, la doctrina de la *mittelbare Drittwirkung* postula la integración de conceptos de derecho civil, como por

(28) SCHWEITZER, «§ 138 Allgemeine Grundsätze», cit., pp. 110-111 (Rndr. 65).

(29) Sobre las doctrinas de la eficacia mediata en el ámbito interno puede verse, entre otros, BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos particulares frente a particulares*, CEC, Madrid, 1997, pp. 283-324; VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 115-178; DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «Incidencia o existencia de los derechos fundamentales en el derecho privado», en *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. I, Madrid, Iustel, 2014, pp. 121-184, esp. 140-143. En la dogmática alemana puede consultarse STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, C. H. Beck, Múnich, 1988, pp. 1509-1595, especialmente 1538-1561, donde se recogen y valoran las numerosas posturas doctrinales formuladas en aquel país.

(30) STERN, *Das Staatsrecht...*, vol. III/1, cit., p. 1556.

ejemplo los de buena fe y orden público, con valores y principios extraídos de los derechos fundamentales (31). Serían principalmente los conceptos jurídicos indeterminados, pero también otros elementos normativos como determinados supuestos de hecho de normas jurídicas y conceptos jurídicos de derecho privado, los instrumentos para una aplicación mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (32).

Ahora bien, este concreto sentido u operatividad de la noción de eficacia horizontal mediata es de imposible traslación al sistema del Convenio, que no constituye un ordenamiento jurídico completo sino un sistema de protección subsidiario al estatal, y en el que el Tribunal de Estrasburgo no ejerce una jurisdicción estatal de carácter ordinario que le permita resolver litigios entre particulares o formular interpretaciones de normas internas o actos jurídicos privados, con ayuda de conceptos de derecho civil enriquecidos con valores extraídos de los derechos humanos (33). Todo lo más, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede declarar que un órgano judicial no ha interpretado el derecho interno de conformidad con las disposiciones del Convenio. Por tanto, la teoría de la eficacia horizontal mediata, entendida en el sentido indicado, sufre necesariamente una alteración cuando se proyecta sobre el sistema del Convenio (34).

Lo anterior explica que algunos autores apunten directamente al derecho interno como instrumento de la eficacia horizontal del Convenio (35). El problema es que, como se indicó en la introducción, una teoría general de los derechos del Convenio debe construirse con los elementos normativos que proporciona el texto del Convenio y sus protocolos, no con los elementos contingentes y altamente variables en los que se fundamenta su aplicabilidad interna en los Estados parte. La eficacia horizontal no sería una cualidad de las disposiciones del Convenio, sino atribución de las normas de derecho privado de cada Estado parte.

Alternativa o adicionalmente, algunos autores entienden bajo la noción de eficacia indirecta una vinculación variable de los particulares a los derechos del Convenio, en el sentido de que la concreta medida del alcance de los derechos dependería de cada derecho fundamental e incluso de cada aspecto de cada derecho fundamental (36). Sin embargo, ni el texto del Convenio o sus protocolos ni la

(31) Esta sería la posición doctrinal mayoritaria, seguida por el TCF alemán, originalmente formulada por G. Dürig. *Vid.*, entre otros, STERN, *Das Staatsrecht...*, vol. III/1, cit., pp. 1509-1595, especialmente 1556; o, más recientemente, PAPIER, H.-J., «Drittwirkung», en D. Merten y H.-J. Papier (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. II, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 1341-1342.

(32) STERN, *Das Staatsrecht...*, vol. III/1, cit., pp. 1557-1558.

(33) Contra la revisión por el TEDH de las resoluciones de los órganos judiciales civiles se manifiesta por diversos motivos, con el trasfondo de la STEDH de 13 de julio de 2004 (*Plá y Puncernau c. Andorra*), BYDLINSKI, F., «Methodological Approaches to the Tort Law of the ECHR», en A. Fenyves et al. (eds.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, De Gruyter, Berlín, 2011, p. 67.

(34) SPIELMANN, «Obligations positives...», cit., p. 154.

(35) BRAGE CAMAZANO, J., «Ensayo de una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en J. García Roca y P. A. Fernández Sánchez (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009, p. 120.

(36) BRAGE CAMAZANO, «Ensayo de una teoría general...», cit., p. 120.

jurisprudencia del TEDH proporcionan cobertura o han acogido esta concepción de eficacia horizontal variable del Convenio.

Finalmente, otros autores usan la expresión de eficacia horizontal mediata (*mittelbare Drittwirkung*) no en el sentido expuesto, sino para referirse al fenómeno de las obligaciones positivas (37). Como veremos a continuación, se trata de nociones diferenciables.

3.3 LA TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS

La fundamentación jurídica más convincente, a mi juicio, de una relevancia mediata –sin llegar a aplicabilidad– del Convenio en las relaciones entre particulares viene de la mano de la dogmática de las obligaciones positivas. Estas consisten en esencia en la obligación de realizar ciertas actividades dirigidas a prevenir y perseguir violaciones de los derechos del Convenio cometidas por particulares. De acuerdo con el Tribunal de Estrasburgo, la formulación del art. 1 CEDH presupone la existencia de no solo obligaciones negativas o de abstención de interferir en los derechos del Convenio, sino también de obligaciones positivas a cargo de los Estados (38). Como segunda línea argumentativa, el Tribunal apela a la idea de efectividad de los derechos reconocidos por el Convenio (39).

La doctrina de la *Drittwirkung* y la dogmática de las obligaciones positivas se mueven en planos distintos (40). La dogmática de las obligaciones positivas desplaza el centro de gravedad del problema de la eficacia del Convenio que la *Drittwirkung* sitúa en la aplicabilidad *ratione personae*. En lugar de ampliar el ámbito subjetivo de aplicación del Convenio, aquella trata de determinar el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados contratantes. Por tanto, si la doctrina de la *Drittwirkung* indaga en quién está obligado por el Convenio, la dogmática de las obligaciones positivas se ocupa de precisar el alcance del Convenio como norma de protección (*Schutznorm*) o, dicho de otra manera, el alcance de los deberes de protección (*Schutzpflichten*) que dimanen del Convenio (41). Los particulares no están

(37) Diversos autores relacionan la eficacia horizontal del Convenio con la doctrina de las obligaciones positivas: SCHWEITZER, «§ 138 Allgemeine Grundsätze», cit., p. 110 Rdnr. 68. No obstante, no siempre está clara la relación entre ambas dimensiones. Así, DE FONTBRESSIN, P., «L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme, voie de démocratie participative», en *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Sakkoulas/Bruylant, Atenas/Bruselas, 2009, p. 221, señala que el enfoque del TEDH resulta «del recurso conjunto a la noción de obligación positiva y al efecto horizontal del Convenio», esto es, se trataría de un uso acumulativo de ambas técnicas o dimensiones.

(38) S TEDH de 18 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido*, § 239; y de 22 de junio de 2004, *Broniowski c. Polonia*, § 143.

(39) STEDH de 21 de junio de 1988, *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, § 32.

(40) SPIELMANN, «Obligations positives...», cit., pp. 135 y 152.

(41) Sobre las obligaciones de protección derivadas de los derechos fundamentales (*Grundrechtliche Schutzpflichten*) en el ámbito del derecho privado puede verse, desde la perspectiva dogmática alemana, RUFFERT, M., *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2001, pp. 141-255; y KRINGS, «Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion...», cit., pp. 425-443. No obstante, GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., p. 125, arguye que las obligaciones positivas del CEDH no se corresponden exactamente con las *Schutzpflichten* de la dogmática alemana, pues consistirían en obligaciones de garantizar; dicho autor subraya que el TEDH habla explícitamente de «obligation to secure» (STEDH de 12 de septiembre de 1998 [Gran Sala],

obligados por el Convenio, pero ello no significa que no estén protegidos frente a otros particulares mediante las obligaciones positivas que se imponen al conjunto de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) que integran el Estado.

Desde el punto de vista de los efectos jurídicos, existen también importantes diferencias. La eventual aceptación de la eficacia horizontal del Convenio implicaría que sus disposiciones serían inmediatamente aplicables y determinantes para resolver los litigios entre particulares. En cambio, cuando se declara que un Estado ha infringido sus obligaciones positivas por no haber tomado medidas adecuadas para proteger a los particulares, de esa constatación no se deriva sin más una regla de derecho directamente aplicable al litigio concreto o que resulte relevante para la interpretación de las normas internas. Por lo general, la declaración del Tribunal Europeo mira hacia el futuro: le obliga al Estado, si quiere evitar una nueva condena, a corregir la legislación desprotectora o a dotarse de una legislación suficientemente protectora.

No obstante, a pesar de estas diferencias, en la doctrina alemana se considera a menudo que el problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales se disuelve en la dogmática de las obligaciones positivas, de la que constituiría una variante (42).

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DINÁMICA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

4.1 LA AMBIGÜEDAD DE LA DOGMÁTICA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS

Como él mismo destacó en 1988 (43), el TEDH no ha elaborado una teoría general de las obligaciones positivas que dimanen del Convenio. En 2001 afirmó incluso que no considera «deseable, menos aún necesario, elaborar una teoría general sobre el alcance de la aplicabilidad de las garantías del Convenio a las relaciones entre particulares» (44). El TEDH se ha limitado a reiterar que tales obligaciones consisten en «adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos» que el particular deduce de las disposiciones del Convenio (45). El único requisito apuntado por la jurisprudencia es la exigencia de un vínculo directo e inmediato entre, por una parte, las medidas reclamadas por el demandante y, por

Guerra y otros c. Italia, § 60). Diversos autores alemanes emplean la expresión «deberes de garantía» (*Gewährleistungspflichten*) propuesta por este autor, como alternativa a la expresión «deberes de protección» (*Schutzpflichten*) usada en la dogmática alemana.

(42) STERN, *Das Staatsrecht...*, vol. III/1, cit., p. 1558; GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., p. 131; CREMER, H.-J., «Freiheitsentzug und Zwangsbehandlung in einer Privatklinik, Rechtskraftdurchbrechung und (mittelbare) Drittwirkung der EMRK», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2008, p. 576 en nota 193; KRINGS, «Die subjektiv-rechtliche...», cit., p. 439 en nota 84, con abundantes referencias.

(43) STEDH de 21 de junio de 1988, *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, § 32.

(44) STEDH de 28 de junio de 2001, *Verein gegen Tierfabriken c. Suiza*, § 46.

(45) STEDH de 9 de diciembre de 1994, *López-Ostra c. España*, § 51.

otra, el contenido del derecho invocado (46). La apreciación de las obligaciones positivas es, por tanto, sumamente casuística. Por eso, no debe extrañar que la invocación de las obligaciones positivas en la jurisprudencia del TEDH tenga aspectos ambiguos o poco aclarados. Me limitaré a señalar algunos.

El TEDH ha admitido expresamente en ocasiones que una cuestión puede ser analizada ya sea como interferencia activa ya como obligación positiva del Estado: el Tribunal afirma que se decanta por la perspectiva que le parece más adecuada para resolver el problema de fondo (47). Esa intercambiabilidad de la perspectiva de análisis sería irrelevante si no variara la intensidad de control aplicable, pero no está claro que ambas perspectivas conlleven un mismo nivel de protección (48). En efecto, la estructura de las obligaciones positivas es todavía un terreno sin desbrozar dogmáticamente: en particular está sin aclarar si el test de proporcionalidad es aplicable a las obligaciones positivas y cuál es la función de la doctrina del margen de apreciación (49).

El TEDH envía señales confusas. Dos líneas jurisprudenciales, que no parecen conciliarse del todo, se refieren a la naturaleza de las obligaciones positivas, al menos en el ámbito del art. 8 CEDH.

En unas sentencias el Tribunal afirma que la noción de «respeto» utilizada por el art. 8 no es clara, especialmente por lo que se refiere a las obligaciones positivas inherentes a dicho concepto: a la vista de la diversidad de prácticas seguidas y de situaciones resultantes en los Estados contratantes, las exigencias de la noción pueden variar considerablemente en cada caso (50), y el margen de apreciación que ha de ser reconocido a las autoridades puede ser mayor que el existente en otros ámbitos del Convenio (51). Esta primera línea jurisprudencial parece subrayar la asimetría y divergencia existente entre ambos planos, o cuando menos las diferencias existentes con respecto a las obligaciones positivas resultantes de otros derechos del Convenio.

En otras sentencias, en cambio, el Tribunal afirma que los límites entre las obligaciones positivas y negativas de los Estados en el ámbito del art. 8 no se prestan siempre a una definición precisa, aunque los principios aplicables a ambas obligaciones son similares: en ambos casos hay que ponderar debidamente el interés

(46) STEDH de 24 de febrero de 1998, *Bolta c. Italia*, § 34.

(47) *Vid.*, por ejemplo, SSTEDH de 3 de noviembre de 2011 (Gran Sala), *S.H. y otros c. Austria*, §§ 83-88; de 12 de junio de 2014 (Gran Sala), *Fernández Martínez c. España*, § 115; de 16 de julio de 2014 (Gran Sala), *Hämäläinen c. Finlandia*, § 64; y de 15 de noviembre de 2016 (Gran Sala), *Dubská y Krejzová c. República Checa*, §§ 164-165.

(48) Para SPIELMANN, «Obligations positives...», cit., p. 151, la recalificación de las interferencias activas en omisiones contribuye a diluir la responsabilidad de las autoridades estatales.

(49) *Vid.* al respecto GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., p. 129. Diversos estudios críticos recientes intentan desbrozar el contenido y la estructura de las obligaciones positivas: KLATT, M., «Positive Obligations under the European Convention on Human Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2011, pp. 691-718; PITKÄNEN, M., «Fair and Balanced Positive Obligations – Do They Exist?», *European Human Rights Law Review*, 2012, pp. 538-550; y LAVRYSEN, L., *Human rights in a positive sense – Rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2017.

(50) STEDH de 30 de julio de 1998, *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, § 52.

(51) SSTEDH de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, § 72; y de 11 de julio de 2002, *I. c. Reino Unido*, § 52.

individual y el interés de la comunidad en su conjunto y en ambos casos el Estado dispone de un cierto margen de apreciación (52). Esta segunda línea jurisprudencial parece indicar una relativa simetría entre ambos planos, obligaciones positivas y negativas (53).

4.2 LA EXTENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Aunque las obligaciones positivas afloran también en las relaciones con los poderes públicos, esta sección se centrará en las que inciden en las relaciones entre particulares. Las obligaciones positivas se conectan con casi todos los derechos sustantivos del Convenio (54) y se proyectan sobre un amplio abanico temático de relaciones entre particulares: custodia de los hijos, violencia doméstica (55), negligencias médicas (56), secuestro internacional de menores (57), explotación sexual y tráfico de seres humanos (58), emisiones contaminantes (incluido el ruido) (59), intromisiones empresariales en la libertad de expresión (60), actos violentos contra medios de comunicación (61), injerencias mediáticas en la vida privada (62), control empresarial de las comunicaciones de los empleados (63), etc. Exponer la abundante jurisprudencia emanada en este ámbito excedería la finalidad de esta presentación (64). No obstante, dada la naturaleza de este trabajo, puede ser de

(52) SSTEDH de 22 de abril de 1997, *X, Y y Z c. Reino Unido*, § 41; de 24 de junio de 2004, *Caroline von Hannover c. Alemania*, § 57; de 22 de junio de 2004, *Broniowski c. Polonia*, § 143; y de 16 de noviembre de 2004, *Moreno Gómez c. España*, § 55.

(53) Algunos autores han defendido un enfoque similar para las injerencias y las carencias: SUDRE, «Les “obligations positives”...», cit., p. 379; SPIELMANN, «Obligations positives...», cit., p. 149.

(54) HAJIYEV, K., «The evolution of positive obligations under the European Convention on Human Rights – by the European Court of Human Rights», en D. Spielmann et al. (eds.), *La Convention européenne des droits de l’homme, un instrument vivant/The European Convention on Human Rights, a living instrument*, Bruylant, Bruselas, 2011, p. 214.

(55) STEDH de 23 de febrero de 2016 (Sección 2.^a), *Civek c. Turquía*, comentada por L. Pelletier, «Précisions sur la portée de l’obligation positive pour les États de prendre des mesures préventives en matière de lutte contre les violences conjugales», *Recueil Dalloz*, núm. 19, 2016, pp. 1124-1127.

(56) STEDH de 17 de enero de 2002 (Gran Sala), *Calvelly y Ciglio c. Italia*, § 49.

(57) Vid. GOUTTENOIRE, A., «Les enlèvements internationaux d’enfants devant la Cour européenne des droits de l’homme: entre obligation positive et ingérence», *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, núm. 105, 2016, pp. 6176.

(58) STEDH de 21 de enero de 2016, *L. E. c. Grecia*, anotada por STOYANOVA, V., «L. E. v Greece: Human Trafficking and the Scope of States’ Positive Obligations under the ECHR», *European Human Rights Law Review*, núm. 3, 2016, pp. 290-300.

(59) Vid. infra en el texto.

(60) SSTEDH de 29 de febrero de 2000 (Sección 4.^a), *Fuentes Bobo c. España*, § 38; y de 28 de junio de 2001, *Verein gegen Tierfabriken c. Suiza*, § 47. En el primer caso se trata de una intromisión en la libertad de expresión proveniente del medio en el que trabaja el periodista; en el segundo, de una intromisión de una televisión privada en la libertad de expresión de una asociación que quiere difundir un anuncio de contenido político.

(61) STEDH de 16 de marzo de 2000, *Ozgur Gundem c. Turquía*, §§ 43-46.

(62) STEDH de 24 de junio de 2004, *Caroline von Hannover c. Alemania*, § 57.

(63) STEDH de 5 de septiembre de 2007 (Gran Sala), *Barbalescu c. Rumanía*, §§ 113-122.

(64) Para un estudio más exhaustivo, pueden consultarse los comentarios a los derechos sustantivos del Convenio incluidos en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos*

interés intentar sistematizar las líneas generales sobre la extensión de las obligaciones positivas (65).

En el ámbito de los arts. 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de la tortura), que constituyen las disposiciones más fundamentales del Convenio y, por tanto, las obligaciones positivas del Estado han de ser presumiblemente más intensas, el TEDH ha deducido dos garantías generales en conjunción con el art. 13 CEDH:

- En primer lugar, los Estados tienen el deber de realizar una investigación eficaz de las circunstancias que rodean la comisión cierta de un delito (un asesinato) o incluso su incierta comisión (una denuncia de torturas, de uso ilegítimo de la fuerza policial o de negligencia médica) (66). Esta obligación procedimental es autónoma con respecto a la obligación sustantiva derivada del art. 2 CEDH, y rige incluso para resultados de fallecimiento ocurridos antes de la asunción de las obligaciones del Convenio (67). Por lo general, la apreciación de la vulneración de esta obligación positiva se relaciona con la falta de efectividad o de independencia de la investigación realizada.
- En segundo lugar, el Estado tiene que garantizar a las víctimas de vulneraciones del Convenio cometidas por particulares un acceso efectivo a la justicia. Ello rige para las vulneraciones de todos los derechos. Una sentencia pionera de las obligaciones positivas, la Sentencia *Airey contra Irlanda*, versó precisamente sobre las dificultades de orden económico de una mujer casada víctima de violencia doméstica para tramitar un procedimiento de separación, pues el derecho interno no contemplaba ayuda alguna o un sistema de justicia gratuita (68). Aunque el Convenio no garantiza el derecho a la apertura de un proceso penal contra un tercero, el TEDH ha afirmado que el sistema judicial efectivo requerido por el art. 2 CEDH puede, en determinadas circunstancias, incluir el recurso al derecho penal. (69).

Fuera del ámbito de los arts. 2 y 3 CEDH, el margen de apreciación estatal a la hora de elegir las medidas adecuadas para garantizar los derechos del Convenio en

Humanos. Comentario sistemático, 3.^a ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015; también GRABENWARTER, *European Convention...*, cit.

(65) Para una clasificación de las obligaciones positivas puede consultarse GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., pp. 126-131.

(66) Al respecto puede verse MOWBRAY, A. R., «Duties of investigation under the European Convention on Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, pp. 437-448; AKANDJI-KOMBÉ, J.-F., «L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH», en C.-A. Chassin (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 123-140; BARCELONA LLOP, J., «Obligaciones positivas del Estado inherentes a la garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, 2007, pp. 11-52; ASHWORTH, A., *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart, Oxford/Oregon, 2013; O'BOYLE, M., «Duty to carry out an effective investigation under Article 2 of the ECHR», en L. López Guerra et al. (coords.), *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 215-233.

(67) STEDH de 9 de abril de 2009 (Gran Sala), *Silih c. Eslovenia*, § 159.

(68) STEDH de 11 de septiembre de 1979, *Airey c. Irlanda*, § 33.

(69) No, en cambio, necesariamente, en el caso de negligencias médicas. Vid. SSTEDH de 17 de enero de 2002 (Gran Sala), *Calvelli y Ciglio c. Italia*, § 51. Sobre negligencias médicas puede consultarse también STEDH de 9 de abril de 2009 (Gran Sala), *Silih c. Eslovenia*.

las relaciones interindividuales es tendencialmente mayor. Así, en el ámbito del art. 8 CEDH el TEDH subraya que existen «varias maneras de asegurar el respeto a la vida privada», que «la naturaleza de la obligación del Estado dependerá del aspecto de la vida privada que está en juego» y que el recurso al derecho penal no es la única opción posible (70). Estas pautas generales se han de concretar según el «aspecto de la vida privada que esté en juego». Cuando una importante faceta de la existencia o de la identidad de un individuo está en juego, se estrecha el margen permitido al Estado (71). A continuación se desarrolla la concreción de estas pautas generales que ha llevado a cabo el TEDH en algunas áreas temáticas cubiertas por el art. 8 CEDH (72).

a) Las obligaciones positivas frente a actos violentos en el ámbito del art. 8 CEDH pueden ser similares a las que emanan de los arts. 2 y 3 CEDH. Este es el caso, en primer lugar, cuando los actos violentos consisten en agresiones sexuales. La Sentencia *X e Y contra Países Bajos*, antes aludida, consideró vulneración del art. 8 CEDH la carencia de una protección jurídica adecuada frente a una agresión sexual contra una menor discapacitada. Solo el derecho penal resulta efectivo en este campo (73). Los Estados miembros deben establecer medidas penales efectivas de disuasión contra actos graves de agresión contra la integridad física y moral cometidos por particulares tales como las violaciones, que tocan a valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada (74). De acuerdo con los estándares actuales, las obligaciones positivas de los Estados miembros dimanantes de los arts. 3 y 8 del Convenio abarcan la penalización y efectiva represión de los actos sexuales no consentidos, incluso en ausencia de resistencia física de la víctima (75).

También es el caso, en segundo lugar, cuando las víctimas son especialmente vulnerables, como los niños (76). Tratándose de menores, las medidas estatales de protección frente a agresiones violentas que afectan a los arts. 3 y 8 CEDH deben ser efectivas e incluir trámites razonables para impedir el maltrato que conozcan o debieran conocer las autoridades y para disuadir de forma efectiva de la realización de tales conductas (77). Cuando las agresiones contra los menores revisten gravedad, como es el caso de la violación o el abuso sexual, los Estados tienen que garantizar que existan normas penales efectivas (78). Hasta la fecha, el Tribunal no

(70) SSTEDH de 26 de marzo de 1985, *X e Y c. Países Bajos*, § 24, y de 13 de febrero de 2003 (Gran Sala), *Odièvre c. Francia*, § 46. En este último supuesto el Tribunal considera que el sistema francés que garantiza el anonimato a las madres que dan a luz no rebasa el margen estatal de apreciación (§ 49).

(71) STEDH de 12 de noviembre de 2013 (Gran Sala), *Söderman c. Suecia*, § 79.

(72) Para un análisis más detallado de la protección dispensada por el art. 8 CEDH me remito a ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3.ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 338-438.

(73) STEDH de 26 de marzo de 1985, *X e Y c. Países Bajos*, § 27: «This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated».

(74) STEDH de 4 de diciembre de 2003, *M. C. c. Bulgaria*, § 150.

(75) STEDH de 4 de diciembre de 2003, *M. C. c. Bulgaria*, § 166.

(76) STEDH de 12 de noviembre de 2013 (Gran Sala), *Söderman c. Suecia*, § 81.

(77) STEDH de 12 de noviembre de 2013 (Gran Sala), *Söderman c. Suecia*, § 81.

(78) STEDH de 12 de noviembre de 2013 (Gran Sala), *Söderman c. Suecia*, § 82.

ha declarado que, en estos casos, los Estados tengan la obligación de establecer, como remedio mínimo, una vía para la compensación de daños y perjuicios derivados de la vulneración del Convenio ocasionada por un particular (79).

b) En un caso relativo al internamiento prolongado de un enfermo mental en una institución privada sin orden judicial, el Tribunal consideró que el mero recurso al derecho penal y a las acciones civiles de indemnización era insuficiente, por tratarse de medidas *ex post facto*. Como en los casos de privación de libertad, tales medidas no son en sí mismas suficientes para proporcionar una protección adecuada de la integridad física de los particulares que están en una situación vulnerable. En el caso concreto el Tribunal consideró que el Estado había incumplido su obligación positiva de ejercer un control efectivo sobre las instituciones psiquiátricas privadas (80).

c) En cambio, en relación con los actos que afectan a la integridad psíquica como la captación subrepticia de imágenes íntimas, la obligación estatal de disponer de un marco jurídico adecuado de protección no implica necesariamente la utilización del derecho penal: un marco jurídico adecuado también puede consistir en acciones civiles que proporcionen suficiente protección (81). En los asuntos relacionados con la divulgación de datos de carácter personal, las autoridades competentes nacionales tienen «una cierta libertad para establecer un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados que se encuentren enfrentados» (82).

d) Un ámbito que requiere un equilibrio delicado es el del medio ambiente. Según la jurisprudencia de Estrasburgo, los Estados disfrutan de un amplio margen de apreciación en el establecimiento de las políticas ambientales y económicas más adecuadas, con vistas a obtener un equilibrio justo entre el interés privado y el interés general. Ante la complejidad de los temas implicados en la protección ambiental, el TEDH concibe su función como básicamente subsidiaria. Examina si el proceso de decisión ha sido justo y suficiente para permitir una tutela adecuada de los intereses protegidos por el art. 8. Solo en circunstancias excepcionales puede ir más allá y revisar las conclusiones materiales de las autoridades internas (83). Desde la sentencia *Hatton y otros*, el Tribunal subraya las garantías procedimentales inherentes al art. 8 (84). De esta forma, el art. 8 no sólo protegería *ex post* fren-

(79) En la STEDH de 12 de noviembre de 2013 (Gran Sala), *Söderman c. Suecia*, § 15, el TEDH examinó la práctica interna sueca que acepta la indemnización de los daños ocasionado por la vulneración estatal del Convenio, incluso sin previsión legal explícita, pero no cuando la vulneración haya sido cometida por un particular. No vio en ello una vulneración inmediata de las obligaciones positivas, sino un elemento más de la valoración global sobre la existencia de remedios específicos –tanto penales como civiles– para que, en las circunstancias del caso, el afectado obtenga una protección efectiva contra la vulneración de su integridad personal. Véase el interesante voto concurrente formulado por el juez Pinto de Albuquerque, quien afirma que los Estados tienen la obligación de prever una vía indemnizatoria basada directamente en el Convenio para reparar las agresiones cometidas por particulares, siempre que no existan acciones penales.

(80) STEDH de 16 de junio de 2005, *Storck c. Alemania*, § 150. Sobre esta sentencia puede verse el completo comentario de CREMER, «Freiheitsentzug...», cit., pp. 562-581.

(81) STEDH de 12 de noviembre de 2013 (Gran Sala), *Söderman c. Suecia*, § 85.

(82) STEDH de 27 de mayo de 2014 (Sección 3.ª), *De la Flor Cabrera c. España*, § 8. El demandante había sido filmado mientras conducía una moto en la vía pública por una agencia de detectives privados, y las imágenes captadas fueron utilizadas como medio de prueba en un proceso civil.

(83) STEDH de 9 de junio de 2005, *Fadeyeva c. Rusia*, § 105.

(84) STEDH de 8 de julio de 2003 (Gran Sala), *Hatton y otros c. Reino Unido*, § 104.

te a la contaminación comprobada y medida según la tecnología disponible, sino también *ex ante* frente a los riesgos de emisiones contaminantes que resulten de las decisiones o políticas públicas con impacto ambiental; riesgos que, de acuerdo con las garantías procedimentales implícitas del art. 8, habrían de ser evaluados con carácter previo. En la sentencia *Taşkin y otros*, la doctrina sobre las garantías procedimentales inherentes al art. 8 fue sintetizada y precisada de la siguiente manera:

«Cuando un Estado tiene que determinar cuestiones complejas de política ambiental y económica, el proceso de decisión debe, en primer lugar, incluir investigaciones y estudios adecuados para permitir predecir y evaluar de antemano los efectos de dichas actividades que podrían afectar al medio ambiente e infringir los derechos de los particulares y para posibilitarles realizar un juicio de ponderación justo entre los diversos intereses en juego (...). La importancia del acceso público a las conclusiones de tales estudios y a la información que permitiría a los miembros de la colectividad evaluar el daño al que están expuestos está fuera de duda (...). Por último, los individuos afectados tienen también que poder acudir ante los tribunales contra cualquier decisión, acto u omisión, cuando ellos consideren que sus intereses o sus observaciones no han sido tenidas suficientemente en cuenta en el proceso de decisión (...)» (85).

La jurisprudencia emanada en relación con el ruido generado en los grandes aeropuertos es sumamente ilustrativa tanto sobre el alcance de las garantías procedimentales como sobre el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros. Aunque el Tribunal reconozca que el ruido generado por los grandes aeropuertos constituye una injerencia en el ámbito de la vida privada protegido por el art. 8.1, en los supuestos enjuiciados hasta la fecha ha estimado siempre que la medida de ampliación del aeropuerto o de autorización de vuelos nocturnos, contra la que se dirigen los demandantes, representa una injerencia justificada, de acuerdo con el art. 8.2, en el interés del bienestar económico del país (86).

La doctrina del margen de apreciación explica que, siempre que se ha constatado una violación del Convenio en materia ambiental, concurría también como factor decisivo el incumplimiento de normas del propio derecho interno, además de la insuficiencia de la protección efectiva desplegada por los poderes públicos. Se podría afirmar que el contenido de la legislación interna tiene como consecuencia reducir el margen de apreciación que los Estados contratantes disponen en el sistema del Convenio para proteger los derechos de sus ciudadanos frente a agresiones de terceros: por tanto, un Estado no puede exonerarse de su responsabilidad jurídico-internacional si al mismo tiempo incumple las propias normas que él mismo, voluntariamente, se ha dado en la materia (87).

(85) STEDH de 10 de noviembre de 2004, *Taşkin y otros c. Turquía*, § 119.

(86) SSTEDH de 21 de febrero de 1990, *Powell y Rayner c. Reino Unido*; y de 8 de julio de 2003 (Gran Sala), *Hatton y otros c. Reino Unido*.

(87) En *López Ostra c. España* (STEDH de 9 de diciembre de 1994), una planta de tratamiento de residuos vulneraba el ordenamiento jurídico interno en cuanto a su localización y en cuanto a su actuación sin la licencia preceptiva, y el ayuntamiento correspondiente no solo había omitido cualquier actuación al respecto, sino que también se había opuesto a las medidas judiciales adoptadas a instancia de los interesados. En *Guerra y otros c. Italia* (STEDH de 19 de febrero de 1998, § 60), se trataba de una fábrica de productos químicos con episodios de grave contaminación, y los recurrentes habían carecido de información básica que les permitiera evaluar los riesgos que podían resultar para ellos y sus

Por último, también fuera de los artículos 2, 3 y 8 se imponen obligaciones positivas a las autoridades públicas. El art. 11 CEDH (libertad de reunión y asociación) les obliga a proteger el ejercicio de la libertad de manifestación frente a contramanifestaciones y actos hostiles de terceros (88). De nuevo se reconoce aquí un amplio margen de apreciación de los Estados: «Aunque incumbe a los Estados contratantes la adopción de medidas razonables y apropiadas para garantizar el desarrollo pacífico de las manifestaciones lícitas, no tienen que garantizarlo de forma absoluta y disfrutan de un amplio margen de apreciación en la elección del método a utilizar [...]. En la materia, asumen en virtud del art. 11 del Convenio una obligación de medios y no de resultado» (89). En el caso concreto el Tribunal se dio por satisfecho con las disposiciones internas de carácter penal que tipificaban la perturbación de reuniones no prohibidas y las disposiciones de orden público que facultaban a los poderes públicos para dispersar, prohibir o clausurar concentraciones, incluidas las contramanifestaciones.

4.3 LAS LIMITACIONES DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Las obligaciones positivas aportan cierta efectividad –sin llegar a la aplicabilidad– a las disposiciones sustantivas del Convenio en las relaciones entre particulares: a veces directamente, otras veces indirectamente mediante obligaciones procedimentales de carácter autónomo que se añaden al contenido de las obligaciones sustantivas. En esencia, los Estados deben actuar para prevenir y reprimir las vulneraciones de los derechos del Convenio que puedan cometer particulares. Ahora bien, no es una obligación ilimitada. Como señala el Tribunal, se trata de una «obligación de medios y no de resultado». Dependiendo del aspecto concernido, las obligaciones positivas que se impongan a los Estados contratantes serán particularmente incisivas (agresiones mortales, sexuales y contra menores, tortura, internamientos psiquiátricos forzosos) o más laxas (captación de imágenes o datos, medio ambiente).

Quienes contemplan la teoría de las obligaciones positivas como un instrumento corrector de la inexistente eficacia horizontal de la Carta no pueden sino considerarla un mecanismo insuficiente para asegurar la eficacia horizontal completa del Convenio (90). Nada puede asegurar la eficacia horizontal completa salvo una previsión normativa explícita, pero ello es, a mi juicio, dudosamente compatible con la naturaleza del sistema del Convenio. La finalidad de la

familias si continuaban residiendo en un término municipal particularmente expuesto al peligro en caso de accidente de la fábrica. En *Gómez Moreno c. España* (STEDH de 16 de noviembre de 2004, § 61), el ayuntamiento había tolerado el continuo incumplimiento de las normas de la ordenanza local sobre ruido aplicables al lugar de emplazamiento de la vivienda del demandante, una zona declarada acústicamente saturada por la gran acumulación de locales de ocio nocturno. En *Fadeyeva c. Rusia* (STEDH de 9 de junio de 2005, §§ 83-84), el aire que se respiraba en las viviendas situadas alrededor del complejo siderúrgico más importante de Rusia superaba con creces los niveles máximos de contaminantes permitidos por la legislación nacional.

(88) STEDH de 21 de junio de 1988, *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, § 32.

(89) *Ibidem*, § 34.

(90) SPIELMANN, «Obligations positives...», cit., pp. 135.

teoría de las obligaciones positiva es extraer la máxima virtualidad de los compromisos jurídico-internacionales adquiridos por los Estados parte en el Convenio, una virtualidad que está en función de una interpretación evolutiva de esos compromisos.

Por último, conviene señalar que la discusión sobre la aplicabilidad horizontal del Convenio se relativiza de alguna manera –al menos en relación con los Estados adheridos al Convenio que también forman parte de la Unión Europea– una vez que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce derechos fundamentales que se corresponden con los del Convenio, pues de acuerdo con el art. 52.3 CDFUE «su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio». Como consecuencia, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea –cuya naturaleza es supranacional y no meramente internacional– las garantías materiales del Convenio pueden desplegar una eficacia horizontal directa a través de las disposiciones de la Carta, las cuales, además, se beneficiarán de la primacía inherente al Derecho de la Unión.

5. CONCLUSIONES

Las respuestas a las preguntas de si el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, por una parte, forman parte del derecho interno y, por otra, pueden ser invocados en las relaciones entre particulares no dependen del derecho del Convenio o la jurisprudencia del Tribunal Europeo, sino que deben resolverse con la ayuda del derecho interno. Si el Convenio y sus protocolos forman parte del derecho interno y si este admite la eficacia horizontal de las disposiciones constitucionales o legales que reconocen derechos fundamentales, como es el caso en España, lo normal es que la misma eficacia horizontal se atribuya también en el ámbito interno a las disposiciones del Convenio y sus protocolos.

Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho internacional y de la jurisdicción atribuida al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es la que se adopta en este trabajo, las garantías del Convenio y sus protocolos solo despliegan eficacia vertical, esto es, eficacia entre los Estados parte en el Convenio y las personas privadas. Una persona solo puede invocar las disposiciones del Convenio ante la jurisdicción del Tribunal Europeo si ha sido víctima de una acción u omisión imputable a un Estado contratante. Desde el punto de vista normativo la exclusión de la eficacia horizontal es inequívoca. Tampoco el Tribunal Europeo ha elaborado una doctrina de la eficacia horizontal mediata al modo de la que se sigue en algunos Estados europeos: como el Tribunal Europeo no aplica otro derecho que el Convenio, no tendría sentido acudir a una construcción que obliga a los órganos judiciales a aplicar nociones de derecho privado con un contenido mediatizado por los derechos fundamentales.

La exclusión de la eficacia horizontal implica la inadmisibilidad ante el Tribunal Europeo de una demanda basada exclusivamente en una violación atribuida a un particular, sin responsabilidad imputable al Estado correspondiente. Pero no significa que las disposiciones del Convenio sean irrelevantes en las relaciones

entre particulares incluso desde la perspectiva de la jurisdicción del Tribunal Europeo. Su posible incidencia puede venir por dos vías.

En primer lugar, a pesar de la negación de la eficacia horizontal, en determinadas circunstancias las actuaciones de particulares que no actúan en nombre o por cuenta del Estado pueden serle imputadas a este. En dos casos el Tribunal Europeo acudió a criterios de imputación que determinaron que, aunque la vulneración hubiera sido realizada por un particular, se generase la responsabilidad estatal: uno de los criterios fue el de la cobertura legislativa explícita (Sentencia *Young, James y Webster*); el otro, muy específico, se refirió a la responsabilidad pública sobre el sistema educativo (Sentencia *Costello-Roberts*). La jurisprudencia posterior ha dejado aislados ambos pronunciamientos.

En segundo lugar, el que los particulares no estén obligados por el Convenio no excluye que no estén protegidos frente a otros particulares mediante las obligaciones positivas que se imponen a los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) que integran el Estado. La relevancia del Convenio en las relaciones entre particulares puede provenir, en suma, de la teoría de las obligaciones positivas. Esta teoría deduce de las disposiciones sustantivas del Convenio obligaciones de los Estados de prevenir y, en su caso, perseguir violaciones de los derechos del Convenio cometidas por terceros. Por tanto, las vulneraciones de derechos cometidas por particulares se pueden combatir por medio del Convenio si se pueden construir razonablemente como déficits de protección imputables al Estado correspondiente: ya sea por la omisión del legislador interno, los órganos judiciales o las autoridades administrativas (91).

La teoría de las obligaciones positivas se diferencia en dos aspectos de la doctrina de la eficacia horizontal. Por un lado, la teoría de las obligaciones positivas tiene un ámbito de aplicación más amplio que las relaciones entre particulares, pues las obligaciones de protección se proyectan también en las relaciones entre los particulares y los poderes públicos. Por otro lado, la doctrina de la *Drittwirkung* y la dogmática de las obligaciones positivas se mueven en planos distintos. La primera indaga en quién está obligado por el Convenio, mientras la segunda se ocupa de precisar el alcance del Convenio como norma protectora.

La extensión de las obligaciones positivas es muy variable: tanto entre los diversos derechos del Convenio como en el seno de un mismo derecho con relación a los diversos aspectos incluidos en su ámbito de protección. Las obligaciones son más intensas en el ámbito de los arts. 2 y 3 CEDH, y en determinados ámbitos protegidos en el art. 8 CEDH (agresiones sexuales y contra menores, internamientos psiquiátricos). En estos ámbitos el margen de apreciación estatal se reduce ampliamente: no solo el derecho penal es un medio insoslayable para los Estados, estos también tienen la obligación de realizar investigaciones eficaces e independientes y de garantizar un acceso efectivo a la justicia. Fuera de los citados ámbitos, se abre el margen de apreciación de los Estados, que tienen libertad para elegir los medios más adecuados para garantizar la protección de los particulares en relación con los bienes protegidos en los arts. 8 y 11 CE frente a intromisiones no violentas en la intimidad y en el medio ambiente, contramanifestaciones, etc.

(91) En este sentido ya en 1988 ALKEMA, «The third-party applicability...», cit., p. 38.

BIBLIOGRAFÍA

- AKANDJI-KOMBÉ, J.-F., «L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH», en C.-A. Chassin (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 123-140.
- ALKEMA, E. A., «The third-party applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights», en F. Matscher y H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension – Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1988, pp. 33-45.
- ALLI ARANGUREN, J. C., «La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. La sentencia Lüth del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania de 15 de enero de 1958 y su asunción por el Tribunal Constitucional Español», en E. García de Enterría y R. Alonso García (coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial – Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. II, Civitas, Madrid, 2012, pp. 3651-3680.
- ARZOS SANTISTEBAN, X., «Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3.ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 338-438.
- ASHWORTH, A., *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart, Oxford/Oregon, 2013.
- BARCELONA LLOP, J., «Obligaciones positivas del Estado inherentes a la garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, 2007, pp. 11-52.
- BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos particulares frente a particulares*, CEC, Madrid, 1997.
- BRAGE CAMAZANO, J., «Ensayo de una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en J. García Roca y P. A. Fernández Sánchez (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 113-145.
- BUSTOS GISBERT, R., «Vida privada y derecho a la información. Desarrollos jurisprudenciales en 2013-2014: la extraña y tardía recepción de Carolina en España», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, pp. 369-414.
- BYDLINSKI, F., «Methodological Approaches to the Tort Law of the ECHR», en A. Fenyves et al. (eds.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, De Gruyter, Berlín, 2011, pp. 29-127.
- CLAPHAM, A., «The 'Drittwirkung' of the Convention», en R. St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 163-206.
- COURTIS, Ch., «Die Wirkung der Menschenrechte auf Privatrechtsverhältnisse», en J. Neuner (ed.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2007, pp. 57-79.
- CREMER, H.-J., «Freiheitsentzug und Zwangsbehandlung in einer Privatklinik, Rechtskraftdurchbrechung und (mittelbare) Drittwirkung der EMRK», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2008, pp. 562-581.
- DE FONTBRESSIN, P., «L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme, voie de démocratie participative», en *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Sakkoulas/Bruylant, Atenas/Bruselas, 2009, pp. 215-226.

- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «Incidencia o existencia de los derechos fundamentales en el derecho privado», en *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, vol. I, Madrid, Iustel, 2014, pp. 121-184.
- EHLERS, D., «§ 2 General Principles», en D. Ehlers (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter, Berlín, 2007, pp. 25-66.
- ELLGER, R., «The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law», en D. Friedmann y D. Barak-Erez (dirs.), *Human Rights in Private Law*, Hart, Oxford-Portland, 2001, pp. 161-178.
- GOUTTENOIRE, A., «Les enlèvements internationaux d'enfants devant la Cour européenne des droits de l'homme: entre obligation positive et ingérence», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 105, 2016, pp. 61-76.
- GRABENWARTER, C., «Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderweges?», *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, 2004, pp. 309-316.
- *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4.^a ed., C. H. Beck-Helbing Lichtenhahn-Manz, München, 2009.
- *European Convention on Human Rights. Commentary*, C. H. Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn Verlag, München, 2014.
- HAIJYEV, K., «The evolution of positive obligations under the European Convention on Human Rights – by the European Court of Human Rights», en D. Spielmann et al. (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant/The European Convention on Human Rights, a living instrument*, Bruylant, Bruselas, 2011, pp. 207-218.
- HONG, M., «Caroline von Hannover und die Folgen – Meinungsfreiheit im Mehrebenensystem zwischen Konflikt und Kohärenz», en N. Matz-Lück y M. Hong (eds.), *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen*, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 251-292.
- KLATT, M., «Positive Obligations under the European Convention on Human Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2011, pp. 691-718.
- KORBER, T., *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2004.
- KRINGS, G., «Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der Schutzpflichten aus dem grundrechtlichen Freiheitsbegriff», en M. Sachs y H. Siekmann (dirs.), *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat – Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2012, pp. 425-443.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3.^a ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- LAVRYSEN, L., *Human rights in a positive sense – Rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2017.
- LEBECK, C., «Horizontal effect of the European Convention on Human Rights in Swedish law – a quiet constitutional change?», *Public Law*, 2009, pp. 25-36.
- MEYER-LADEWIG, J., *Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*, 2.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2006.
- MICHAEL, L., «Mittelbare Drittwirkung spezifisch europäischen Verfassungsrechts am Beispiel des Schutzes der Privatsphäre vor der Presse», *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, 2006, pp. 311-319.
- MIJANGOS y GONZÁLEZ, J., «La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en E. Ferrer MacGregor y

- A. Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional-Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, vol. IV: Derechos fundamentales y tutela constitucional, UNAM/ Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, pp. 547-577.
- MOWBRAY, A. R., «Duties of investigation under the European Convention on Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, pp. 437-448.
- NEUNER, J. (ed.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2007.
- O'BOYLE, M., «Duty to carry out an effective investigation under Article 2 of the ECHR», en L. López Guerra *et al.* (coords.), *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 215-233.
- PAPIER, H.-J., «Drittwirkung», en D. Merten y H.-J. Papier (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. II, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 1341-1342.
- PITKÄNEN, M., «Fair and Balanced Positive Obligations – Do They Exist?», *European Human Rights Law Review*, 2012, pp. 538-550.
- RENSMANN, T., *Wertordnung und Verfassung*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2007.
- ROBEN, V., «Kapitel 5: Grundrechtsberechtigte und –verpflichtete, Grundrechtsgeltung», en O. DORT, R. Grote y T. Marauhn (eds.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2.^a ed., vol. 1, Mohr Siebeck, Tubinga, 2013, pp. 253-286.
- RUFFERT, M., *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2001.
- SCHINDLER, D., *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten – Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten– und der Drittwirkungslehre*, Duncker und Humblot, Berlín, 2001.
- SCHWEITZER, R. J., «§ 138 Allgemeine Grundsätze», en D. Merten y H.-J. Papier (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. VI/A, C. F. Müller, Heidelberg, 2010, pp. 77-123.
- SPIELMANN, D., «L'effet potentiel entre personnes privées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Bulletin des Droits de l'Homme*, núm. 3, 1994, pp. 25-86.
- *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 1995.
- «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», en F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 154-165.
- STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, C. H. Beck, Múnich, 1988.
- STOYANOVA, V., «L. E. v Greece: Human Trafficking and the Scope of States' Positive Obligations under the ECHR», *European Human Rights Law Review*, núm. 3, 2016, pp. 290-300.
- SUDRE, F., «Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 1995, pp. 363-384.
- TUSHNET, M., «The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 79-98.
- VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.