ÍNDICE DEL TOMO II

CAPÍTULO IV

La teoría monista: la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares 1

CAPÍTULO CUARTO.

La teoría monista: la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares 3

4.1. Ideas previas. 3

4.2. La tesis defendida por Hans–Carl Nipperdey y a cargo de otros postuladores de la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desenvueltas entre particulares. 7

4.2.1. La tesis clásica y original de la eficacia inmediata teorizada por *Hans–Carl Nipperdey*. 7

4.2.1.1. El inicio del despliegue de toda una batería argumentativa favorable a la *unmittelbare Drittwirkung*: las transformaciones impuestas por la organización del poder al constituirse el Estado Social. 7

4.2.1.2. Dignidad humana y Libertad, fundamento en última instancia de la teoría. 10

4.2.1.3. Orden material de valores y doble carácter de los Derechos Fundamentales como base más inmediata de la eficacia directa. 12

4.2.1.4. La referencia y toma en consideración de la eventual desigualdad estructural entre las partes de la relación jurídica. 20

4.2.1.5. El carácter selectivo, atendiendo a su finalidad y esencia, de los Derechos Fundamentales inmediatamente aplicables en las relaciones intersubjetivas. 22

4.2.1.6. Consideraciones acerca de la validez de los contratos y garantía del principio de autonomía privada: insistencia por el autor en el respeto de la Dignidad humana como guía orientadora. 28

4.2.2. La tesis de la eficacia inmediata defendida por otros destacados postuladores de la misma. 33

4.2.2.1. En particular, la defensa de la eficacia inmediata a cargo de *Walter Leisner*. 33

4.2.2.2. La defensa de la eficacia inmediata mantenida desde otros sectores doctrinales, con algunos ejemplos extraídos de nuestro contexto patrio. 42

4.3. Fundamentos de la eficacia inmediata: la fuerza normativa *erga omnes* de la Constitución como inevitable punto de partida. 54

4.3.1. Los fundamentos de la teoría en sí mismos considerados...54

4.3.2. Premisas básicas, susceptibles de ser extraídas (resumen).59

4.4. Diferencias esenciales de la teoría inmediata respecto de la tesis de la eficacia mediata. 60

4.4.1. Planteamiento. 60

4.4.2. La ausencia de mediación legislativa. 62

4.4.3. El descarte de empleo de artimañas interpretativas desde la teoría de la eficacia inmediata. 63

4.4.4. En particular, la diferencia entre ambos tipos de eficacia según *Jürgen Schwabe*. 66

4.4.5. Recapitulación conclusiva realizada en breves términos. ...67

4.5. *Hans–Carl Nipperdey* y su comprensión acerca de los efectos absolutos de los Derechos Fundamentales. 68

4.6. Variaciones teórico–prácticas de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales. 71

4.6.1. Ideas previas. 71

4.6.2. La versión "fuerte" de la eficacia inmediata. 73

4.6.3. La versión "débil" de la eficacia inmediata. 74

4.6.3.1. Líneas esenciales descriptoras de la variante. 74

4.6.3.2. Jurisprudencia constitucional española próxima (acogedora) de esta variante. 77

4.6.3.3. ¿Aceptación jurisprudencial aislada de la tesis de la corresponsabilidad? 115

4.6.4. La versión "intermedia" y adecuada de la eficacia inmediata. 132

4.7. La acogida de la tesis de la eficacia inmediata en el plano jurisprudencial a cargo del Tribunal Laboral Federal alemán (1954). ..135

4.8. Objeciones críticas a la teoría de la eficacia inmediata. 141

4.8.1. Ideas previas. 141

4.8.2. La falta de apoyo expreso en el texto constitucional de la eficacia inmediata. 142

4.8.3. La equivocada equiparación entre la relación jurídica individuo–Estado y la establecida particular–particular. 147

4.8.4. El peligro de degradación del principio de la autonomía privada. 152

4.8.4.1. Planteamiento inicial: aproximación conceptual al principio y rasgos básicos del mismo. 152

4.8.4.2. Concretización en breves términos del principio de autonomía privada por relación a la autonomía de la voluntad. 155

4.8.4.3. Carácter instrumental del principio de la autonomía privada al servicio de la autodeterminación personal. 156

4.8.4.4. La objeción crítica propiamente dicha para el rechazo de la teoría inmediata desde la "defensa" de la autonomía privada. 159

4.8.4.4.1. La transformación del principio de autonomía privada en el contexto del Estado Social de Derecho. 159

4.8.4.4.2. Crítica de la teoría de la eficacia inmediata, por el peligro que entraña para el principio de autonomía privada. 162

4.8.4.4.3. Réplica a las críticas formuladas desde la vertiente de combate de la eficacia mediata. 165

4.8.4.5. Tutela constitucional del principio de autonomía privada. 169

4.8.4.5.1. Planteamiento inicial. 169

4.8.4.5.2. La tutela constitucional en sentido estricto del principio de autonomía privada. 171

4.8.4.5.3. Las relaciones jurídicas establecidas entre partes situadas en posición de desigualdad estructural. 178

4.8.4.5.3.1. Mediatización de la libertad de la parte débil de la relación jurídica. 178

4.8.4.5.3.2. Intervención de los contratos por parte del poder público en los que una de las partes se halla en posición de dominio. 184

4.8.4.6. Principio de autonomía privada y principio de igualdad: una relación tensa por naturaleza. 191

4.8.5. La pérdida de autonomía e identidad del Derecho Privado causada por el despliegue de eficacia inmediata a cargo de los Derechos Fundamentales. 216

4.8.5.1. Pérdida de autonomía e identidad, y, en fin, consecuencias dogmáticas insostenibles para el Derecho Privado, derivadas de la aplicación inmediata de las normas de Derechos Fundamentales. 216

4.8.5.2. Cuestionamiento–rechazo de las críticas previas. 219

4.8.5.3. Distinto modo de abordar la problemática. 224

4.8.5.3.1. Planteamiento inicial. 224

4.8.5.3.2. Principio de supremacía de la Constitución: repercusión para el Derecho Privado. 224

4.8.5.3.3. Principio de unidad del ordenamiento y su significado para el Derecho Privado. 227

4.8.5.3.4. La clara consecuencia a extraer: primacía irresistible del Derecho Constitucional sobre el resto del ordenamiento. 232

4.8.5.3.5. Indudables dificultades para asumir su nueva función por parte del Derecho Privado (Civil). 235

4.8.5.3.6. Aceptación de la relación de complementariedad Derecho Constitucional–Derecho Privado, pero condicionada a la supremacía del primero. 239

4.8.6. La pérdida de claridad conceptual del sistema de Derecho Privado. 243

4.8.6.1. Planteamiento de la crítica y respuesta frente a la misma. 243

4.8.6.2. ¿Tan cualificada precisión conceptual es propia de las cláusulas generales y de los principios jurídicos indeterminados? 246

4.8.7. La presunta afectación del principio de seguridad jurídica. 258

4.8.7.1. Concreción de la posición crítica al efecto. 258

4.8.7.2. Réplica–rechazo de la formulación crítica construida. 261

4.8.8. La debilitación del principio democrático y del principio de separación de poderes. 267

4.8.8.1. Argumentos fundamentales vertidos por la crítica. 267

4.8.8.2. Réplica–rechazo frente a la argumentación crítica. 268

3.7.9. Las críticas adicionales debidas a la pluma de Konrad Hesse y su rechazo. 283

CAPÍTULO QUINTO

Las teorías constructivas dualistas acerca de la eficacia de los Derechos Fundamentales en (para) las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares; y otros ensayos teóricos de menor proyección acerca de la *Drittwirkung* o en su sustitución 287

CAPÍTULO QUINTO.

Las teorías constructivas dualistas acerca de la eficacia de los Derechos Fundamentales en (para) las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares; y otros ensayos teóricos de menor proyección acerca de la *Drittwirkung* o en su sustitución 289

5.1. Planteamiento general. 289

5.2. La teorización inicial de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desenvueltas entre particulares. 295

5.2.1. Premisas iniciales establecidas por *Günter Dürig.* 295

5.2.2. Primera y breve sugerencia crítica de las premisas de *Günter Dürig* referidas en el punto anterior. 301

5.2.3. El fundamento expreso de su tesis, según *Günter Dürig*, en el texto positivo de la Ley Fundamental de Bonn. 304

5.2.3.1. El fundamento expreso en sentido propio. 304

5.2.3.1.1. La construcción argumentativa con apoyo en el texto de Derecho Constitucional positivo. 304

5.2.3.1.2. Lo que posiblemente trató de evitarse. 310

5.2.3.2. Las consecuencias esenciales derivadas. 313

5.2.4. Acogida de las tesis de *Günter Dürig* por el Tribunal Constitucional Federal alemán a través de la *Lüth-Entscheidung* (aun cuando la sentencia adicionara aportaciones propias relevantes). 317

5.2.5. Compendio: aspectos nucleares identificadores de la teoría de la eficacia mediata. 321

5.2.5.1. Premisas argumentativas de carácter recapitulador. 321

5.2.5.2. Síntesis de compendio expuesta en siete puntos ..334

5.2.6. Fundamentos materiales esenciales de la teoría de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas. 336

5.2.6.1. La fundamentación en sí misma considerada: puntos esenciales de apoyo. 336

5.2.6.2. Réplicas y contrarréplicas a la fundamentación previa efectuadas por la literatura jurídica especializada ..344

5.3. Mediación a cargo de un órgano estatal exigida por la teoría de la eficacia mediata, con carácter previo a la aplicación de las normas iusfundamentales en las relaciones intersubjetivas. 350

5.3.1. Planteamiento de la cuestión. 350

5.3.2. Tarea mediadora llevada a cabo por el Poder legislativo. ..351

5.3.2.1. El Legislador como órgano primero encargado de llevar a cabo la tarea de desarrollo–mediatizante de las normas iusfundamentales. 351

5.3.2.2. La amplia libertad de configuración reconocida en favor del Legislador: contenido esencial y respeto de la proporcionalidad como límites irrebasables. 354

5.3.2.3. Acerca de la tarea legislativa concretizante. 358

5.3.2.4. Insuficiencias–deficiencias que puede presentar la mediación legislativa. 362

5.3.2.5. Las cláusulas generales como vehículo esencial de conexión del orden de valores iusfundamental con el Derecho Privado. 366

5.3.3. La mediación producida a través de los órganos judiciales.....369

5.3.3.1. Carácter subsidiario, pero de indudable importancia, propio de la acción mediadora judicial. 369

5.3.3.2. Especificidad del desarrollo de la concretización judicial. 374

5.3.3.3. Mediación judicial y función de las cláusulas generales, en sentido más concreto. 376

5.3.3.4. Matización respecto de la concretización judicial de las cláusulas generales de Derecho Privado. 379

5.3.3.4.1. La postura matizadora considerada con brevedad. 379

5.3.3.4.2. Interrogantes suscitados (algunos). 384

5.3.3.5. Crítica del recurso, primordialmente a las cláusulas generales de Derecho Privado, en orden a realizar la mediación judicial. 387

5.3.3.6. Valoración genérica sobre la teoría de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas: breve puntualización concerniente a la tesis de la asunción judicial. 394

5.3.3.7. Las excepciones avanzadas desde la construcción teórica de la eficacia mediata: línea restrictiva y perspectiva aperturista. 403

5.3.3.7.1. La línea restrictiva, y su crítica. 403

5.3.3.7.1.1. La perspectiva teórica. 403

5.3.3.7.1.2. El sentido teleológico sumamente cuestionable de la matización. 405

5.3.3.7.2. Perspectiva aperturista, y pertinente matización(es). 407

5.3.3.7.2.1. La perspectiva(s). 407

5.3.3.7.2.2. Matización(es). 410

5.5. Teoría de la convergencia estatista (Teoría de la imputación al Estado). 413

5.5.1. Planteamiento general realizado desde la teoría de la convergencia estatista: líneas esenciales estimadas. 413

5.5.2. Corta réplica inicial a los argumentos vertidos en el punto previo. 419

5.4.3. El punto clave de la teoría. 420

5.4.4. Exigencia de responsabilidad estatal por las acciones lesivas de los Derechos Fundamentales y Deber de tolerancia. 423

5.4.4.1. La exigencia al Estado de responsabilidad por toda lesión de naturaleza intersubjetiva iusfundamental. 423

5.4.4.2. Deber de tolerancia y sus prontos límites. 428

5.4.5. Alguna posición doctrinal específica fijada con relación a la teoría de la convergencia estatista. 430

5.4.6. Las diferencias de la teoría de la convergencia estatista con las tesis de la *State Action* norteamericana. 433

5.4.7. Breve valoración crítica de la teoría de la convergencia estatista. 434

5.4.8. Un posible modo de intentar la salvación parcial de la teoría desde dentro de la misma. 441

5.5. Teoría de los tres niveles de eficacia del efecto de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares propuesta por *Robert Alexy*. 444

5.5.1. Planteamiento general de la teoría de los tres niveles de eficacia. 444

5.5.2. La propuesta concreta de los tres niveles de eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas. 446

5.5.2.1. Los niveles primero y segundo y la eficacia desplegada desde los mismos: complementariedad entre ambos. 446

5.5.2.2. La interconexión del nivel tercero de eficacia con el resultado de la complementariedad entre los dos primeros niveles. 450

5.3.3. Escueta valoración crítica de la propuesta. 452

5.6. Una aportación en parte de similares pretensiones a la previa: la Teoría de los grupos de eficacia apuntada por *José Joaquím Gomes Canotilho*. 455

5.6.1. Las posiciones diferenciadas de eficacia conforme a los Derechos en cuestión. 455

5.6.2. La clasificación en grupos de las varias constelaciones de eficacia. 457

CAPÍTULO SEXTO

La teoría de los deberes de protección a cargo del Estado (correlativamente, derechos a protección de los particulares) en el marco de las relaciones intersubjetivas 461

CAPÍTULO SEXTO.

La teoría de los deberes de protección a cargo del Estado (correlativamente, derechos a protección de los particulares) en el marco de las relaciones intersubjetivas 463

6.1. Ideas previas. 463

6.2. Planteamiento genérico inicial realizado por la teoría de los deberes de protección estatales. 464

6.3. El punto de arranque de la teoría del deber de protección. 467

6.4. El sujeto del deber de protección estatal y la principal consecuencia dogmática derivada: el carácter autónomo de la construcción teórica..471

6.5. El objeto para la teoría del deber de protección estatal. 478

6.6. La distinción llevada a cabo por la teoría del deber estatal de protección en cuanto a las funciones a desarrollar por los Derechos Fundamentales. 481

6.7. Primacía del Legislador en orden al cumplimiento del deber de protección: diversidad de medios a su disposición para desarrollar tal tarea. 485

6.8. Recapitulación: la fundamentación, en sentido amplio, de la teoría del deber de protección estatal. 492

6.9. Reconocimiento-elaboración jurisprudencial de la construcción dogmática del deber de protección. 504

6.9.1. La inicial jurisprudencia constitucional alemana sobre la teoría del deber de protección: la "primera sentencia acerca de la interrupción del embarazo", de 25 de febrero de 1975. 504

6.9.1.1. El argumentario de la Sentencia empleado para el acogimiento y perfilado de la teoría del deber de protección. 504

6.9.1.2. La disensión en el seno del Tribunal Constitucional Federal alemán, expresada por la magistrada Wiltraut Rupp-Von Brüneck y por el magistrado Helmut Simon. 510

6.9.2. El deber de protección construido desde la premisa del principio de prohibición de insuficiencia (*Untermaßverbot*). 511

6.9.2.1. El punto de partida, la "segunda sentencia acerca de la interrupción del embarazo", de 28 de mayo de 1993, dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán: líneas esenciales a destacar de su fundamentación jurídica. 511

6.9.2.2. Primacía del Legislador para dar cumplimiento al deber de protección, margen amplio de disponibilidad al efecto y respeto del principio de reserva de Ley. 520

6.9.2.3. El Legislador ordinario instalado relativamente cómodo entre los principios de prohibición de insuficiencia de protección (*Untermaßverbot*) y de prohibición de exceso de protección (*Übermaßverbot*); para nada "atrapado" entre ambos. 526

6.9.2.4. Apunte sobre la crítica doctrinal a la que se estima escasa fundamentación del deber estatal de protección a cargo del Tribunal Constitucional Federal alemán. 533

6.9.2.5. Algunas sentencias paradigmáticas de la jurisprudencia constitucional alemana en las que se acoge la teoría del deber de protección. 535

6.9.2.5.1. Un par de breves ideas previas. 535

6.9.2.5.2. La sentencia del caso *Schleyer.* 536

5.9.2.5.3. La sentencia acerca de las instalaciones potencialmente peligrosas. 537

6.9.2.5.4. La sentencia sobre el ruido del tráfico aéreo (*Fluglärmentscheidung*). 539

6.9.2.5.5. La sentencia del agente comercial (*Handelsvertreterentscheidung*). 540

6.9.2.5.6. La sentencia referente a los contratos matrimoniales. 542

6.9.2.5.7. La sentencia sobre la antena parabólica ..543

6.9.2.5.8. La sentencia concerniente a la pensión alimenticia. 545

6.9.3. Jurisprudencia constitucional (esencial) española sobre el deber de protección. 548

6.9.3.1. El acogimiento de la tesis del deber de protección estatal de los Derechos Fundamentales: la sentencia de 7 de febrero de 1984. 548

6.9.3.2. Y… doce años después: la teorización del deber de protección estatal por el Tribunal Constitucional español: el ATC 382/1996, de 18 de diciembre. 552

6.9.3.3. Referencia a algunos pronunciamientos posteriores al esfuerzo "pedagógico" de 1996 que acogen la tesis del deber de protección. 555

6.9.4. La posición doctrinal más en concreto de *Claus–Wilhelm Canaris*, acerca del deber de protección. 559

6.9.4.1. Los destinatarios de los deberes de protección estatales: el Legislador como primer destinatario. 559

6.9.4.2. La indudable estimación de destinatarios propia del Legislador de Derecho Privado, así como de los órganos integrantes de la jurisdicción civil. 561

6.9.4.3. Particular insistencia reiterativa-ampliadora de la idea expuesta en el punto anterior, tocante a la concretización judicial. 565

6.9.4.4. Objeto del deber de protección: el nacimiento de un Derecho subjetivo autónomo a favor del titular de los Derechos Fundamentales. 567

6.9.4.5. Vinculación inmediata de los Derechos Fundamentales para las disposiciones de Derecho Privado. 569

6.9.4.6. Choques entre Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas y su corrección mediante el empleo del principio de proporcionalidad. 574

6.9.4.7. La crítica de la versión clásica de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales: la doctrina de la sentencia *Lüth* como referencia para su realización. 577

6.9.4.8. Los efectos desplegados por los deberes de protección estatales, en los supuestos de autovinculación contractual. 581

6.9.4.9. El inicial desenvolvimiento de la teoría del deber de protección en la jurisprudencia constitucional alemana, según estima de *Claus–Wilhelm Canaris.* 586

6.9.4.10. Valoración de la teoría del deber de protección, fundamentalmente a partir de la aportación de *Claus–Wilhelm Canaris.* 591

6.9.4.10.1. Las ventajas fundamentales según el propio *Claus–Wilhelm Canaris* (repaso de síntesis). 591

5.9.4.10.2. Algunas matizaciones y críticas favorables y desfavorables, desde dentro de la construcción (se descartan ahora, básicamente, las realizadas desde las premisas de otros "sistemas" jurídico-constructivos). 594

6.10. El deber de protección contra sí mismo (uno mismo), ¿es de carácter autónomo o está comprendido dentro de la categoría del deber general de protección estatal? 607

6.10.1. Idea previa. 607

6.10.2. En particular, la argumentación de *Christian Hillgruber*, y su crítica. 608

6.10.3. En particular, la argumentación de *Josef Isensee*, y su crítica. 609

CAPÍTULO SÉPTIMO

La colisión de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico–privadas y los medios(medio) fundamentalmente empleados en orden a su solución 615

CAPÍTULO SÉPTIMO.

La colisión de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico–privadas y los medios(medio) fundamentalmente empleados en orden a su solución 617

7.1. Las colisiones de naturaleza iusfundamental. 617

7.1.1. Ideas previas: la necesidad de diferenciar atendiendo a la función del carácter de los sujetos envueltos en la colisión iusfundamental. 617

7.1.2. La necesidad de diferenciar, aunque los sujetos sean de la misma naturaleza, atendiendo a la posición de los mismos en la relación jurídica y a las circunstancias concurrentes. 624

7.1.3. Resolución propiamente dicha de conflictos en los supuestos de colisión de Derechos Fundamentales cuando se está ante la presencia de relaciones jurídico–privadas. 627

7.1.3.1. Planteamiento de la cuestión. 627

7.1.3.2. Los fundamentales tipos de colisiones de naturaleza iusfundamental. 631

7.1.3.3. La regla general del sacrificio proporcionado de Derechos Fundamentales a partir inexcusablemente de las previsiones constitucionales. 633

7.1.3.4. Reglas generales *versus* reglas-no-generales, por la imposibilidad de construcción jurídicamente imposible(posible), en orden a la concreta ponderación restrictiva de los Derechos Fundamentales. 636

7.1.3.5. Configuración–delimitación como tarea previa a la restricción de Derechos Fundamentales. 647

7.1.4. Ponderación *versus* principio de proporcionalidad para la resolución de conflictos surgidos en las relaciones iusfundamentales intersubjetivas. 653

7.1.4.1. Una aproximación conceptual–funcional a la técnica de la ponderación. 653

7.1.4.2. Estructura de la ponderación. 659

7.1.4.3. Valoración de la técnica ponderativa entre Derechos Fundamentales (breve compendio). 663

7.1.5. Desde la ponderación a la proporcionalidad, pasando por la concordancia práctica. 666

7.1.5.1. Planteamiento inicial. 666

7.1.5.2. La construcción dogmática-*alemana* del principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsprinzip)*. 672

7.1.5.2.1. Apunte previo. 672

7.1.5.2.2. El «*Prüfung*» dogmático elaborado actualizadoramente por la literatura jurídica y la jurisprudencia constitucional alemanas. 675

a) *Grundsatz der Geeignetheit*: adecuación (idoneidad). 675

b) *Grundsatz der Erforderlichkeit*: idoneidad (necesidad). 677

c) *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* (*Angemessenheit*): (proporcionalidad en sentido estricto). 680

7.1.5.3. La acogida más en concreto del principio de proporcionalidad por la jurisprudencia constitucional española. 685

7.1.5.3.1. Del acogimiento a la definición jurisprudencial del principio. 685

7.1.5.3.2. La importancia de tener en cuenta las circunstancias del caso. 690

7.1.5.3.3. Motivación sustancial y fuerte de las resoluciones iusfundamental–restrictivas proporcionadas. 692

7.1.5.4. Las principales líneas críticas dirigidas frente a la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en materia de Derechos Fundamentales, centradas esencialmente en el modo de empleo del principio de proporcionalidad. 693

7.1.5.4.1. Apunte de las críticas más esenciales y alguna que otra contrarréplica. 693

7.1.5.4.2. La crítica específicamente centrada en el habitual modo de empleo del principio de proporcionalidad por la jurisprudencia constitucional alemana. 700

7.1.5.4.2.1. Líneas básicas de la crítica, e intento de "superación" por la Sala primera del *Bundesverfassungsgericht*. 700

7.1.5.4.2.2. Objeciones frente a esta pretensión de cambio jurisprudencial. 703

7.1.5.5. Las colisiones entre el principio de autonomía privada y el resto de los Derechos Fundamentales. 708

7.1.5.5.1. Planteamiento de la cuestión. 708

7.1.5.5.2. Los conflictos surgidos en situaciones caracterizas por una situación de desigualdad estructural de las partes de la relación jurídica. 711

7.1.5.5.2.1. Apunte breve acerca de la relación Derechos Fundamentales–principio de autonomía privada (libertad contractual). 711

7.1.5.5.2.2. La superior vinculación a los Derechos Fundamentales de los sujetos privados dotados de superior poder social de dominio..715

7.1.5.5.3. Situaciones caracterizadas por la tendencial igualdad entre las partes de la relación jurídica y los choques iusfundamentales en ellas planteados. 718

7.1.5.5.4. Balance conclusivo provisional: el respeto de la Dignidad humana como norte orientador y como fin supremo a observar, en la resolución del conflicto iusfundamental. 721

7.1.5.6. ¿Límite? de los Derechos Fundamentales por el ejercicio de la libertad contractual. 727

7.1.7. Vuelta acerca del reclamo de la vinculación de los sujetos privados dotados de poder social a los Derechos Fundamentales; especialmente cuando surjan amenazas para la Dignidad humana. 730

7.1.8. El deber estatal de protección de las lesiones frente a sí mismo del titular de los Derechos Fundamentales. 737

7.1.8.1. Planteamiento de la problemática. 737

7.1.8.2. La mayoritaria aceptación doctrinal y jurisprudencial de la tesis. 738

7.1.8.3. La reacción de sectores doctrinales frente a la tesis del deber de protección estatal del titular del Derecho Fundamental frente a sí mismo. 743

7.2. La renuncia a los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas. 748

7.2.1. Planteamiento: el carácter irrenunciable de la titularidad de los Derechos Fundamentales. 748

7.2.2. Eventuales diferencias de los Derechos Fundamentales con los Derechos patrimoniales (compendio sintético). 752

7.2.3. Irrenunciabilidad a la titularidad *versus* renunciabilidad al ejercicio de los Derechos Fundamentales. 755

7.2.4. Las pretensiones de renuncia a la titularidad y su vía de salida parcial: la renuncia al ejercicio de los Derechos Fundamentales. 757

7.2.5. Presupuestos jurídicos exigibles para la validez de la renuncia al ejercicio de Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas. 764

7.2.5.1. El presupuesto inexcusable de que la renuncia se haga por el titular del Derecho Fundamental. 764

7.2.5.2. Carácter voluntario de la renuncia. 765

7.2.5.3. Exigencia de que se haga la renuncia de modo expreso. 766

7.2.5.4. Carácter indemne del acto de renuncia: libertad real del titular del Derecho en el momento de la renuncia a su ejercicio. 767

7.2.5.5. El requisito de la limitación temporal de la renuncia. 773

7.2.5.5.1. La limitación temporal en sentido propio del acto de renuncia. 773

7.2.5.5.2. El surgimiento del deber de indemnizar en los supuestos de incumplimiento del plazo por avocación del ejercicio del Derecho. 776

7.2.5.6. El genérico deber de sometimiento de la renuncia a otros principios y disposiciones constitucionales. 777

7.2.6. La sujeción más estricta a parámetros constitucionales específicos de la renuncia al ejercicio de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico privado. 780

7.2.6.1. El peculiar carácter asumido por la técnica ponderativa en este tipo de situaciones renuncia al ejercicio iusfundamental. 780

7.2.6.2. El alcance decisivo del principio (derecho) de la Dignidad del ser humano. 782

7.2.6.2.1. Ideas previas. 782

7.2.6.2.2. La necesidad de prestar atención a las diferentes peculiaridades de cada Derecho. 784

7.2.6.2.3. El criterio particularmente determinante de la necesaria disponibilidad de libertad real por parte del renunciante. 785

7.2.6.2.4. El decisivo criterio de respeto a la Dignidad Humana. 787

7.2.6.2.4.1. La relevancia, ahora sí ya decisiva y definitiva del criterio de tutela a la Dignidad de la persona. 787

7.2.6.2.4.2. La posibilidad y realidad, de invocación del principio de Dignidad Humana desde una doble perspectiva. 793

CONCLUSIONES (de carácter abierto) 797

CONCLUSIONES (de carácter abierto). 799

BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA 833

CAPÍTULO CUARTO.

La teoría monista: la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares.

CAPÍTULO CUARTO.

La teoría monista: la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares.

4.1. Ideas previas.

La teoría de la eficacia inmediata aboga la comprensión de que los Derechos Fundamentales preceptúan validez absoluta dada su naturaleza de derechos subjetivos constitucionales y normas objetivas de valor, aplicándose también de modo directo a las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados, sin necesidad alguna de intermediaciones concretizantes[1]; dicho con otras palabras, los Derechos Fundamentales regulados por la Constitución normativa, son de aplicación directa a los actos imputables a los particulares en el contexto del tráfico jurídico privado y, por lo tanto, desarrollados dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, dotando de auténtica eficacia a

[1] José Jo*ão* NUNES ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas aos Direitos fundamentais*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1990, p. 96.

aquellos congruentemente con su significado de instrumentos y garantías de la real libertad individual[2].

Al ser los Derechos Fundamentales invocables como auténticas normas jurídicas contenidas en el seno de una Constitución normativa, que incorporan a su contenido sustantivo valores objetivos lícitos para todos los sectores del ordenamiento jurídico, han de tener validez y, por consiguiente, ser aplicados en cuanto configuran genuinos derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, atendida la nueva realidad social constitutiva del Estado Democrático. Vale decir, resultan aplicables directamente en orden a la protección de posiciones jurídicas de titularidad particular, frente a sujetos privados erigidos en verdaderos poderes sociales equiparables o superiores al propio poder del Estado, y ante individuos que dispongan, para los supuestos de relaciones intersubjetivas, de una efectiva situación de dominio. Hipótesis en las cuales quedará de ordinario vulnerada la autonomía privada y la libertad contractual; o en términos más expresivos, comprometida la libertad de autodeterminación correspondiente a la parte débil de la relación jurídica[3]. E, igualmente, van a ser eficaces de modo inmediato cuando estemos frente a la presencia de relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados situados en posición de equilibrio, toda vez los Derechos

[2] Ludwig ENNECCERUS-Hans–Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Band I, Halbband 1, 15ª ed., J.C.B. Mohr Siebeck, Tübingen, 1959, pp. 93 y 98 y ss; del mismo, *Grundrechte und Privatrecht*, Scherpe Verlag, Krefeld, 1961, p. 14.

[3] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und Privatrecht", en *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag 3. Oktober 1961*, edición de Hans–Carl Nipperdey, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1962, pp. 25-26. Por el contrario, clásico en la crítica de que las desigualdades de poder de las partes constituyan argumento válido definitivo para la defensa de la eficacia inmediata de los Derecho fundamentales en las relaciones jurídico–privadas, Claus–Wilhelm CANARIS, por ejemplo, en *Grundrechte und Privatrechts– eine Zwischenbilanz*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1999, p. 45; en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 184, Heft. 3, 1984, pp. 206-207. Evidentemente, la desigualdad sustancial entre las partes puede que en ocasiones no provoque la vulneración de la autonomía privada, pero de un lado, y como veremos, no es este el único argumento en el que se apoya la teoría de la eficacia inmediata, y, de otro, esa falta de paridad constituye una fuerte presunción *iuris tantum*, ante lo cual, habrá de demostrarse que la parte débil actuó con libertad real.

Fundamentales son la traducción de valores comunitarios materiales convertidos en derechos subjetivos a través de su positivación por medio de la Norma Suprema. No son de esta manera restringidos a la condición de meras reglas hermenéuticas, canalizados a través de las normas y, sobre todo, de los principios jurídicos indeterminados y especialmente de las cláusulas generales de Derecho Privado[4], tal como acontece mediante su aplicación de manera mediata, según veremos más detenidamente en otro lugar de este escrito más adelante.

Los defensores de la teoría de la *Drittwirkung* inmediata, por consiguiente, mantienen que los Derechos Fundamentales despliegan eficacia directa frente a las lesiones de naturaleza iusfundamental causadas por la totalidad de los sujetos de Derecho Privado, obligándoles, asimismo, aun para los supuestos "de silencio guardado por el Legislador o cuando la Ley fuera insuficiente". En apoyo de esta tesis pueden esgrimirse varios argumentos, que, esencialmente, se reconducen fundamentalmente a dos: en primer lugar, "el texto de los preceptos que establecen derechos fundamentales no restringe ni el tipo de conductas –de hacer o de no hacer– a las que se tiene derecho, ni tampoco los sujetos obligados a realizarlas, de modo que, con arreglo a una interpretación estrictamente literal de tales preceptos, todos tienen derecho a que cualesquiera sujetos realicen cualesquiera conductas que interesan al correspondiente bien fundamental"[5]; y, en segundo término, ateniéndonos al empleo del canon teleológico, es necesario considerar que, dada su condición de principios, "constituyen mandatos de optimización, que ordenan realizar un valor en la mayor medida posible", por lo que parece evidente están abocados a desplegar "sus efectos también en las relaciones *inter privatos* al objeto de acrecentar su

[4] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 27; José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2010, p. 245.

[5] Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 131.

efectividad"[6]. Eficacia jurídica inmediata, constitutiva de una apremiante puesta en práctica política característica del actual momento histórico–concreto, por cuanto estamos atravesado una época "en la que, al poder público, secular amenaza potencial contra las libertades, le ha surgido la competencia de poderes económico-sociales, en muchas ocasiones, más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales"[7].

Mediante la alusión a la aplicabilidad inmediata de los Derechos Fundamentales para el contexto integrado por las relaciones jurídicas intersubjetivas, estamos queriendo afirmar que en la organización jurídico–política actual, de idéntica forma a la cual los Derechos Fundamentales son aplicados en las relaciones jurídicas desarrolladas entre los individuos y el Estado, no es necesaria ninguna acción intermedia de algún poder público a fin de que los preceptos iusfundamentales sean asimismo aplicados inmediata o directamente para aquellas relaciones jurídicas donde medien actos no estales. Resumiendo sintéticamente, los Derechos Fundamentales, según la teoría de la eficacia inmediata, dada su doble vertiente subjetiva y objetiva, constituyen el fundamento de la totalidad del "ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador", toda vez las normas iusfundamentales generan, de conformidad "a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto los poderes públicos como"[8] a los propios sujetos particulares; al estar ante

[6] Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos…*, *op. cit.*, pp. 131-132.

[7] Antonio–Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 314, citado por Gabriel Doménech Pascual, *Derechos fundamentales y riesgos…*, *op. cit.*, p. 132.

[8] Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, p. 215.

la sujeción a las disposiciones iusfundamentales entre sujetos privados, equiparable por su naturaleza a la existente entre el ciudadano y el poder público, justifica ello, para Carl-Hans NIPPERDEY, que las "las normas constitucionales deben ser aplicadas directamente"[9] al tráfico jurídico privado.

4.2. La tesis defendida por Hans–Carl Nipperdey y por otros autores postuladores de la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desenvueltas entre particulares.

4.2.1. La tesis clásica y original de la eficacia inmediata teorizada por *Hans–Carl Nipperdey*.

4.2.1.1. El inicio del despliegue de toda una batería argumentativa favorable a la *unmittelbare Drittwirkung*: las transformaciones impuestas por la organización del poder en Estado Social.

La teoría denominada ahora *unmittelbare Drittwirkung* (eficacia inmediata), o *direkte Drittwirkung*, (eficacia directa), sería formulada inicialmente por Hans–Carl NIPPERDEY, una vez entrada en vigor la Ley Fundamental de Bonn[10].

[9] Aspecto recogido por el autor y recordado oportunamente por María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada,* Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 197-198.

[10] No obstante, el autor ya había manifestado su posición favorable a la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas entre sujetos privados durante el incipiente debate surgido en la República de Weimar, sobre todo, relativo a la posición de los poderes sociales y la defensa ante ellos de la libertad sindical, entre otros momentos, "Artikel 159 der Reichsverfassung: Koalitionsrecht", en *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweite Teil der Reichsverfassung,* edición de Hans–Carl Nipperdey, Band. III, Verlag Reimar Hobbing, Berlin, 1930, pp. 385 y ss, especialmente p. 403; quien ya había esbozado cuál iba a ser su posición en la segunda monografía que publicara, *Kontrahierungszwang un diktierte Vertrag*, Georg Fischer Verlag, Jena 1920, pp. 46 y ss, entre otros momentos. De todos modos, una teorización decidida favorable a la aplicación directa de los Derechos Fundamentales, esencialmente referida a las relaciones laborales, podemos encontrarla en la corta pero intensa monografía del importante laboralista Potthoff HEINNZ, *Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das*

Ciertamente, fue este autor el que primero, y con mayor énfasis, defendiera la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, como es natural, ante el cambio estructural producido en la realidad social, política y económica, y desde la comprensión de la *Grundgesetz* en cuanto supremo orden de valores[11]. Y es a partir de este momento (1950, artículo citado en la nota número once) en el cual escribe por primera vez sobre la cuestión como corolario del advenimiento del nuevo régimen constitucional, y alentado (obligado) a ello ante la pereza mostrada por el Parlamento federal para proceder al desarrollo de aspectos esenciales de la Constitución, especialmente referido a materias de Derechos Fundamentales, obvio es, con la finalidad de que los órganos judiciales no dejaran a los ciudadanos desprotegidos en sus Derechos esenciales[12].

De hecho, Hans–Carl NIPPERDEY argumentaría con tenacidad a favor de la aplicación inmediata de las normas propias del constitucionalismo social mediante las que se establecen y garantizan los Derechos Fundamentales para los supuestos de relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados, Derechos a los que calificara de principios regitivos del conjunto del ordenamiento y, por ende, directamente aplicables asimismo al tráfico jurídico privado, ya fuera para el marco propio de las relaciones contractuales, o fuera en el ámbito extracontractual, sin necesidad de mediación previa a cargo del Derecho

Arbeitsrecht, Andr. Diechert´sche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig und Relajen, 1925.pp. 78 y ss.

[11] Hans–Carl NIPPERDEY, primero en "Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung. Ein Beitrag zur Auslegung der Grundrechte", en *Recht der Arbeit*, núm. 3, 1950, pp. 124-125.

[12] Por ejemplo, Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie. Ein Beitrag zu der funktionell–rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 119, 1994, pp. 532 y ss.

Privado[13]. Idea, la de la consideración principialista de los Derechos Fundamentales, esto es, principios ordenadores para la vida social –*Ordungsgrundsätze für das soziale Leben*– de carácter vinculante, que detentan una significación inmediata –*unmittelbare Bedetung*– en la ordenación de las relaciones jurídicas privadas, aspecto acerca del cual vamos a incidir un poco más abajo. Es más, consideraría, persistiendo en esta línea de razonamiento, que ningún acto o negocio jurídico, independientemente de quien sean los partícipes, dispone de licencia para irrumpir en discordancia con los fundamentos estructurantes básicos de un ordenamiento jurídico democrático y social. Y en estos planteamientos insistiría más adelante, aun después de haber aceptado que parte de las disposiciones totalizantes del catálogo de los enunciados iusfundamentales contenían Derechos genuinos (clásicos), a saber, derechos subjetivos de naturaleza pública del individuo frente al Estado, a los cuales están vinculados inmediatamente el poder legislativo, el poder ejecutivo y el judicial[14]. Pero, sustentando al mismo tiempo, mostrarse ser también verídico que toda una serie de Derechos Fundamentales, englobados la casi totalidad de los anteriores, despliegan "además una importante función como principios, es decir, como normas que rigen todo el ordenamiento jurídico", o lo que es lo análogo, "vinculan también por ello al tráfico privado de forma inmediata, (…) y no sobre la base de leyes dictadas por el Legislador en cumplimiento de dichas normas objetivas"[15]. Esa función de los Derechos Fundamentales, perseveraría infiriendo el autor, a la "que llevo remitiéndome desde hace tiempo, se ha denominado hasta ahora, por lo general, «*Drittwirkung*» de

[13] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 121-122; "Boykott und freie Meinungsäußerung", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 73 (13), 1958, pp. 445-452.

[14] Hans–Carl NIPPERDEY, "Boykott und freie…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 445-446; "Grundrechte und…, *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 22-23.

[15] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 23-24.

los Derechos Fundamentales. Esto es impreciso, de todas formas, porque los Derechos Fundamentales, en sentido clásico, estricto, solo se dirigen contra el Estado. Sería más correcto hablar de eficacia absoluta de disposiciones de Derechos Fundamentales aisladas que, debido a su naturaleza de Derecho Constitucional objetivo y vinculante, derogan, modifican, completan o crean disposiciones de Derecho Privado"[16].

Por consiguiente, respaldaría desde la iniciación de su reflexiva teórica, que la eficacia directa de las normas iusfundamentales brota aparece como una consecuencia lógica de las transformaciones experimentadas en el ámbito del Estado Social y Democrático de Derecho, debido a los trascendentales cambios que afectan, igualmente, al significado y a la finalidad de las constituciones democráticas modernas que le constituyen, y respecto de las cuales componen su núcleo esencial.

4.2.1.2. Dignidad humana y Libertad, fundamento en última instancia de la teoría.

Acorde ultimamos de enunciar, la aquiescencia a la *Drittwirkung der Grundrechte* es una buena percepción de la también evolución histórica y capacidad adaptativa de los Derechos a las nuevas realidades socio–políticas[17]. En el tipo histórico de organización estatal democrática, la Constitución es auténtica norma jurídica, jerárquicamente superior e inmediatamente aplicable en todas sus partes, constitutiva de un ordenamiento que tiene como fundamento último el principio de la intangible Dignidad humana, la cual entraña, también para el tráfico jurídico privado, un derecho subjetivo o principio absoluto e

[16] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 24.

[17] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für…", *loc. cit.* en *op. cit.*, 1950, pp. 124-125; "Boykott und freie…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 445 y ss; "Grundrechte und…, *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 17 y ss.

irrenunciable, emplazándose a modo de valor material supremo del ordenamiento en su conjunto[18]. Y escoltada siempre, dada su condición de punto central del sistema de valores, por la libertad como bien igualmente supremo, por lo cual, los Derechos Fundamentales garantizan al hombre una esfera libre donde no se encuentre sometido al poder de otros y, ni tan siquiera, a los fines comunitarios[19]; de manera que, merced a esa dignidad y libertad que inherentemente se le agregan, sea perpetuamente valorado "como sujeto, nunca como objeto"[20]. Para el autor, la Dignidad humana proviene de un principio elemental de Derecho natural, de Derecho preestatal, que vinculara incluso al Legislador constituyente, ahora bien, su incorporación por el texto constitucional positivo, la dota de una mayor eficacia, publicidad y ejecutividad práctica, así como de general acatamiento.

A raíz de lo previo, la validez de la Constitución para la vida jurídica se basa en la Dignidad humana como última *ratio*, aun sin perder esta por tal razón su especial carácter, de ahí que, en un momento histórico en el cual recibe el individuo la reputación de centro del Derecho y no la colectividad o el Estado, las decisiones básicas del ordenamiento deben recaer, forzosamente, sobre la Dignidad y la libertad de la persona individual, bases así de los Derechos Fundamentales[21]. Ello obliga al tratamiento del individuo vetando su conversión en objeto del poder público (incluso cuando este oriente su actividad a la procura existencial), esto es, empleando formulaciones jurídicas impeditivas de su

[18] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 125.

[19] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung des Art. 1 Abs. 1 GG", en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis del Grundrechte,* Band II*, Die Freiheistsrechte in Deutschland*, edición de Franz L. Neumann / Hans–Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner, Duncker & Humblot, Berlin, 1954, pp. 9-10.

[20] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 23.

[21] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 2-9.

eventual instrumentalización a la manera de "simple medio para el logro de fines de la comunidad"[22].

E igualmente Günter DÜRIG, mantiene mayormente esta teleología acerca del significado de la Dignidad, pues revela que el "artículo 1.1 de la Ley Fundamental (reconocimiento de la dignidad intangible del hombre), en relación con el derecho a la vida del artículo 2.2 y el principio del Estado Social de Derecho de los artículos 20 y 28, que garantizan también el derecho a un mínimo de bienes materiales para una existencia digna"[23].

4.2.1.3. Orden material de valores y doble carácter de los Derechos Fundamentales como base más inmediata de la eficacia directa.

Los preceptos constitucionales enunciativos de los Derechos Fundamentales, núcleo material sobre el que se cimienta el conjunto de relaciones jurídicas surgidas dentro del sistema normativo, evidencian una doble dimensión: de una parte, siguen manteniendo su tradicional sentido de derechos públicos subjetivos constitucionalizados, cuyo objeto es la protección de las esferas de la vida privada de los individuos frente a las injerencias del Estado, si bien esta no puede ser su exclusiva finalidad en la comunidad política pluralista, pues estaríamos poniendo en serio riesgo el significado y sentido de las constituciones democráticas

[22] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 7-10. Asimismo Reinhold ZIPPELIUS, quien la considera el primero y más importante Derecho Fundamental, "Menschenwürde", en *Evagelische Staatslexikon*, 2ª ed., edición de Hermann Kunst / Roman Herzog / Wilhelm Schneemelcher, 1975, p. 1556

[23] Günter DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 81, 1956, pp. 5 y ss.

modernas, en tanto el Estado incumpliría con el deber de proteger los Derechos Fundamentales que constitucionalmente le viene impuesto[24].

Por ello, en segundo lugar, se configuran al mismo tiempo como principios objetivos que permean la totalidad del ordenamiento jurídico, incluyendo obvio es, el sector del Derecho Privado. Doble carácter o doble dimensión ya apuntada por Carl-Hans NIPERDEY, y acogida más perfiladamente por el Tribunal Constitucional Federal alemán a través de su sentencia de 18 de enero de 1958 sobre el caso *Lüth*, aunque asumiría este a partir de ahí la teoría de la eficacia mediata, y con aceptación de que el orden de valores instituido por el sistema de Derechos Fundamentales también influye sobre todo el tráfico normativo aun cuando el Estado no participe en la relación jurídica.

En realidad, cuando el Legislador ordinario ha dejado de implementar el programa constitucional concretizando valores y principios de carácter iusfundamental constitucionalmente incorporados, pueden los órganos judiciales girarse hacia la Norma Fundamental aplicando directamente sus principios objetivos, que van a operar también como derechos subjetivos. Esto es, Hans–Carl NIPPERDEY adopta el concepto de Constitución como orden de valores supremo, del cual considera lícito extraer directamente reglas para la resolución de casos concretos de Derechos Fundamentales; de ahí su valoración positiva en este aspecto concreto de la sentencia resolutoria del caso *Lüth,* al haberse recordado a su través que la Constitución no quiere permanecer indiferente a los valores, sino su pretensión de ser en todo momento un orden axiológico supremo, objetivo y vinculante[25].

[24] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für gleiche…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 124.

[25] Ludwig ENNECCERUS–Hans–Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen…*, *op. cit.*, p. 98.

De manera consecuente, a ningún precepto jurídico iusprivado le está autorizado irrumpir contradictoriamente con ese orden de valores supremo, y todos han de interpretarse conforme a su sustancia material y espíritu[26]. Adicionalmente, opina nuestro autor, la Ley Fundamental de Bonn simbolizó una transformación jurídica terminante para la eficacia de los enunciados iusfundamentales, mediante la dotación expresa de fuerza vinculante inmediata a las normas constitucionales iusfundamentales en relación con los poderes públicos incluido el Legislador (según declara el artículo 1.3 de la *Grundgesetz*)[27]. Consiguientemente, de modo diverso a lo acontecido durante la vigencia de la Constitución de Weimar, esa vinculación inmediata de los poderes estatales a los Derechos Fundamentales, comporta la atribución, en la medida permitida por el pertinente Derecho Fundamental, de un significado de derechos subjetivos y de principios objetivos de derecho material a favor de los Derechos constitucionalmente consagrados, así como su carácter de principios generales objetivos del ordenamiento. Y su eficacia inmediata, bajo ninguna circunstancia ha de quedar circunscrita exclusivamente, sin más, al ámbito de los poderes públicos, resultando obligada la extensión de la misma a las eventuales vulneraciones imputables a los actos debidos a la autoría de los sujetos privados. De lo contrario, el Estado Democrático y Social incumpliría el deber protector de los Derechos Fundamentales que le viene impuesto *secundum constitutione*, especialmente, la primacía del interés general y

[26] BVerfGE 7, 198, 205 y ss; y luego, como hemos citado, se incorpora tempranamente el reconocimiento para nuestro ordenamiento, prácticamente en los mismos términos, del doble carácter de los Derechos Fundamentales, por Tribunal Constitucional español a través de la STC 25/1981, de 14 de julio, como ya se ha señalado, aun cuando ya se recoge directamente a través del artículo 10.1 de la Constitución.

[27] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für gleiche…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 125; "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 18.

la realización efectiva del mandato de igualdad, dirigidos al auténtico respeto y promoción del libre desarrollo de la personalidad[28].

Si bien, en su sentido tradicional, los Derechos Fundamentales siguen teniendo por objetivo la "protección de las esferas de la vida de los individuos (*Lebenssphäre*) frente a las injerencias del Estado", mas esta no puede ser actualmente su única finalidad como hemos expresado hace unas líneas[29]. Promovido tal sentir, desde la bien entendida interpretación de que los preceptos constitucionales iusfundamentales, como se ha manifestado igualmente, contienen asimismo principios de Derecho Constitucional objetivo y resultan vinculantes para todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión del ámbito del Derecho Privado, lo que garantiza a los ciudadanos un *status socilialis* pleno, a partir del cual es necesario derivar exigencias normativas de carácter inmediato para las relaciones jurídico–privadas[30]. De esa naturaleza de normas objetivas, dimanan no solo directrices, impulsos y reglas de interpretación, sino que la mayoría de disposiciones de Derechos Fundamentales atesoran adicionalmente "la importante función de proposiciones ordenadoras o principios para con el orden jurídico en su conjunto. Se trata del efecto directamente normativo de algunas disposiciones jurídico–fundamentales como Derecho Constitucional objetivo vinculante, que ha venido a derogar, modificar, completar o crear disposiciones jurídico–privadas. Este Derecho Constitucional objetivo contiene, para los ámbitos jurídicos extraconstitucionales, no solamente directrices o reglas de interpretación, sino una regulación normativa del

[28] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für gleiche…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 125; "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 18-19; Ludwig ENNECCERUS–Hans–Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen…*, *op. cit.,* p. 95.

[29] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für gleiche…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 124.

[30] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 20-21.

orden jurídico en su conjunto unitario, de la que también emanan directamente derechos subjetivos privados del individuo"[31]. Estamos, en puridad, ante auténticas regulaciones normativas que rigen el conjunto de relaciones del ordenamiento jurídico, incluidas las intersubjetivas, y de las cuales provienen, por lo tanto, y como concluimos hace unas frases, derechos subjetivos privados a favor de los individuos que, en ausencia de norma aplicable producida vía concretización del precepto iusfundamental por el Legislador y resolutoria del caso concreto, van a ser concretizadas directamente también para el tráfico jurídico privado sin necesidad de mediación alguna del Derecho Civil, Mercantil o Laboral[32]. Así vistas las cosas, los Derechos Fundamentales son aplicados en las relaciones jurídicas privadas también "de forma inmediata, es decir, no sobre la base de leyes dictadas por el Legislador en cumplimiento de normas objetivas", con lo cual, los particulares quedan directamente conexionados para los supuestos de sus relaciones jurídicas a los principios constitucionales de naturaleza iusfundamental, y al orden material de valores supremo incorporados a su través[33].

De exigirse la mediación previa de un órgano estatal, realmente, ni los actos de los sujetos privados, ni las propias normas de Derecho Privado, estarían vinculados a los Derechos Fundamentales. La Constitución, expresado textualmente con el mismo Hans-Carl NIPPERDEY: "ha de ser el reflejo del orden estatal en el momento de su promulgación, por lo que deben ser contempladas, a la hora de interpretarla, las tendencias espirituales determinantes y las circunstancias dadas en ese momento. Al ver el alcance de los Derechos Fundamentales, como en el siglo pasado, en su exclusivo destino hacia el

[31] Ludwig ENNECCERUS–Hans–Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen...*, *op. cit.*, p. 95.

[32] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für gleiche...", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 121.

[33] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und...", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 24.

Estado, se señala que la protección del individuo ante intromisiones arbitrarias del Estado era entonces el propósito principal del constituyente al incorporar los Derechos Fundamentales en el texto constitucional. Frente a ello, debía aparecer como secundaria la protección jurídico–constitucional de los Derechos Fundamentales ante los poderes sociales y terceros en general, por lo que su necesidad antes no se reconocía aún con claridad"[34].

Corolario de todo lo anterior, los Derechos Fundamentales estimados jurídicamente en su doble dimensión, como derechos subjetivos constitucionalizados y en cuanto asimismo principios o valores objetivos supremos del orden jurídico del Estado, vienen obligados a garantizar a cada individuo un ámbito de libertad individual constitucionalmente protegido, tanto frente a los poderes estatales como ante los poderes sociales, grupos, asociaciones y grandes empresas, y eventualmente individuos, cuya posición de dominio (descomunal, en ocasiones) amenaza, sobre todo, al ciudadano aislado. Pero amenazan también a otros sujetos privados que, por encontrarse en condiciones de desigualdad real, tampoco pueden ejercer plenamente su autonomía en el momento de establecer la correspondiente relación jurídico–privada, lo que está claramente contrapuesto a la opción por la que se decantara la Ley Fundamental de Bonn, favorable a un modelo de libertad distante de ser de carácter meramente formal–positivista[35], como ha procedido de idéntico modo el constituyente español. Sin embargo, algunos actuales

[34] Ludwig ENNECCERUS–Hans–Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen…*, *op. cit.*, p. 97; similares términos contenidos en "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 1 y ss.

[35] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung des Art. 2 GG", en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, edición de Karl–August Bettermann / Hans–Carl Nipperdey, Band. IV (*Grundrechte und institutionelle Garantien*) 2. Halbband, Duncker und Humblot, Berlin, 1962, pp. 756-757. Friedrich MÜLLER –Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Band. I, *Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, 11ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 48 y ss, entre otros momentos.

defensores de una eficacia inmediata flexible y gradual de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídico–privadas, entienden que la asimetría jurídica generada por la presencia de un poder social poderoso, no constituye siempre –subrayan– por sí sola, un factor determinante por completo de la eficacia directa de los Derechos Fundamentales en el ámbito jurídico–privado[36].

En congruencia con lo postulado hasta ahora, le resultan totalmente chocantes e incomprensibles las posiciones doctrinales que apoyan la exclusiva vinculación inmediata de los poderes estatales a los Derechos Fundamentales, toda vez las mismas niegan ver lo evidente, vale decir, que los Derechos Fundamentales incorporados por la Ley Fundamental de Bonn han de adquirir bajo su vigencia un significado y alcance completamente distintos del que tuvieron en otros momentos históricos del constitucionalismo, en cuanto se erige esta como norma jurídica atributiva a los mismos de carácter pluridimensional, por establecer precisamente a su través un nuevo orden para la vida socio-estatal[37].

Efectivamente, las circunstancias concurrentes en el viejo Estado Liberal –relaciones sociales regidas por el libre juego que permitiera el principio de la autonomía privada, y ante la abstención de los poderes estatales– han sufrido desde entonces una profunda alteración, a resultas de la cual, concluye desvaneciéndose por completo la validez de la tesis liberal–abstencionista de los Derechos Fundamentales, luego de haberse dado paso a un Estado Social y Democrático de Derecho

[36] Ingo Wolfgang SARLET, "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira", en *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 29.

[37] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 753.

fuertemente intervencionista[38]. Modelo de Estado que, lógicamente, trajo consigo un nuevo orden regitivo del conjunto de la Sociedad a desarrollar desde la generalidad de sectores del orden jurídico, asegurando a los individuos la garantía de sus Derechos Fundamentales en todos los órdenes de su vida[39]. Y ello, a partir de la estimación de que el ciudadano es dependiente en este momento histórico, día tras día en superior grado, no solo de las prestaciones del Estado, sino de grupos, asociaciones y grandes empresas, razón por la cual, necesita ser asimismo protegido frente a esos anónimos poderes extrapúblicos situados en una posición social dominante. E incluso ante particulares emplazados en idéntica posición de relevancia social (sea en el plano económico sea en el plano ideológico) frente a otros colocados irrebatiblemente en situación más débil, a fin de alcanzar un equilibrio simétrico (precisamente, la justificación constante de la autonomía privada) extensible al contexto de las relaciones intersubjetivas, aun cuando no se estuviera para el caso ante la presencia de un poder social colectivo o individual, pues frente "a todos ellos, sujetos individuales incluidos, protegen los Derechos Fundamentales"[40].

Las contingencias cernidas sobre los Derechos Fundamentales en las sociedades modernas, proceden, ciertamente, de los poderes estatales, e igualmente de los considerados poderes sociales. La "hegemonía" de estos es privada por lo referido a sus fuentes y sujetos intervinientes, sin embargo, desde la consideración del propio acto de ejercicio, se realiza el mismo bajo formas de autoridad sustancialmente asimilables (pero no idénticas) a las empleadas por los poderes públicos, detentando parcelas significativas de un poder impuesto a los individuos

[38] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 19-20.

[39] Han–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 753.

[40] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für gleiche…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 125.

de múltiples formas, lo que afecta intensamente aspectos relevantes de su vida y personalidad, y condiciona, de modo decisivo, el ejercicio libre de su voluntad, esto es, aquello que les caracteriza como personas[41]. Así, un elemento importante para extender la aplicación inmediata de los Derechos Fundamentales al conjunto de las relaciones jurídico–privadas, viene representado por el supuesto en el que una de las partes ostente como su elemento exponencial un Poder Privado desmesurado frente a la contraparte dentro del marco de relaciones jurídicas recíprocas, colocando a esta última en una posición de debilidad y sujeción frente a la primera, por cuanto dispone de una inferior libertad de autodeterminación[42]; cuestión, la de los denominados poderes privados y su vinculación por los Derechos Fundamentales, que ya había sido suscitada durante la República de Weimar, aun cuando no diera tiempo a su desarrollo.

4.2.1.4. La referencia y toma en consideración de la desigualdad estructural entre las partes de la relación jurídica.

También haría clara referencia Hans–Carl NIPPERDEY, según hemos ya insinuado, a aquellas situaciones caracterizadas por una disparidad sustancial entre las partes, capaz de alterar el necesario equilibrio de posiciones (equilibrio constitutivo del presupuesto necesario, conforme se ha apuntado, para el ejercicio de la autonomía privada por ambas partes), como es el caso ejemplificativo por excelencia de las situaciones de trabajo subordinado, ante la exigencia de una autónoma garantía de las posiciones constitucionales de libertad[43]. Con

[41] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 1.

[42] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 753.

[43] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 753.

lo cual, a nuestro modo de ver, resulta injustificada la crítica vertida por autores como es el caso por ejemplo de Klaus STERN, frente a los defensores de la eficacia directa, por considerar que el camino recorrido, especialmente en el ámbito de las relaciones laborales, no se revela correcto, ni desde el punto de vista del Derecho Privado ni desde la óptica de la dogmática de los Derechos Fundamentales, objeciones consideradas insuperables, incluso valorando y admitiendo la evidente necesidad de limitar el dominio de los poderes sociales[44]. Y la calificamos de injustificada, porque este no es el único argumento esgrimido al objeto de defender la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales según terminamos de observar, a diferencia de lo dado a entender por el último renombrado iuspublicista y los situados en su misma línea. Frente a ello, incluso en los momentos actuales, autores comprendidos dentro de la órbita de la eficacia mediata, defienden la excepcional aplicación inmediata de los Derechos Fundamentales, previa constatación de estar ante una relación jurídico–privada caracterizada por la posición de desigualdad estructural desequilibrante de la relación, ya que uno de los sujetos se hallará dotado de exponencial poder social de hecho, "inequívoco y objetivamente determinable", resultando insuficiente para tal aplicación directa, contrariamente, la presencia de una "dependencia subjetiva y momentánea"[45].

Fundamentándose en estos planteamientos descritos, más adelante, y una vez consolidada a nivel jurisprudencial la *Drittwirkung* indirecta, insistiría Hans–Carl NIPPERDEY respecto de la conveniencia de

[44] Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band. III/1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, C.H. Beck Verlag, München, 1988, pp. 1591-1592. En sentido similar, Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 207.

[45] En estos términos, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, p. 285, por cuanto estaríamos ante un poder social de naturaleza privada, pero provocando un tipo de relación jurídica similar, o cuando menos próxima, a la que se establece entre los individuos y el Estado. Asimismo, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 289.

abandonar esta última vía canalizadora de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones *inter privatos*, por evidenciar su carácter superfluo y ser jurídicamente desorientadora[46]. La tesis de la eficacia mediata, a juicio del autor, era profundamente insatisfactoria, a tenor de la importancia adquirida por los Derechos Fundamentales en su cualidad de normas materiales objetivas de principio, respecto de la totalidad del ordenamiento jurídico estatal[47].

4.2.1.5. El carácter selectivo, atendiendo a su finalidad y esencia, de los Derechos Fundamentales inmediatamente aplicables en las relaciones intersubjetivas.

De otra parte, expuso Hans–Carl NIPPERDEY que las constituciones democrático-sociales modernas establecen disposiciones normativas garantes de una serie de Derechos Fundamentales, pero sin referirse exclusivamente los mismos, o no alusivos solo, a un ámbito de libertad a garantizar frente al poder político, sino que pretenden de igual manera la protección de los individuos en las relaciones intersubjetivas, al pretender tutelar frente a cualquier situación de abuso. Esto es, determinados Derechos Fundamentales, atendiendo a su carácter de supremos principios ordenadores de la vida social, poseen un significado directo o una eficacia inmediata en el tráfico jurídico desarrollado entre particulares, resultando ser inmediatamente aplicables para el caso de las relaciones jurídicas establecidas entre actores no estatales, de suerte que estos últimos pasan a su conversión en sujetos pasivos de dichas posiciones iusfundamentales. De cualquier manera, la cuestión de identificar qué Derechos Fundamentales vinculan asimismo inmediatamente a los sujetos privados, no puede ser determinada en términos generales por medio del seguimiento *a priori* de una concepción

[46] Hans–Carl NIPPERDEY, "Das Bundesverfassungsgericht", en *Deutsche Richterzeitung*, 40, 1962, pp. 74-75.

[47] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 17-33.

histórico-concreta de los Derechos; antes bien, es deducible a partir del contenido específico, de la esencia y la función a desarrollar del respectivo Derecho Fundamental individualmente considerado en cada caso[48].

Por demás, reprocha a los autores renuentes frente a la tesis de la eficacia directa, al entender que los términos de los análisis llevados a cabo por los mismos y conducentes a la defensa de la eficacia mediata, hacen referencia propiamente a la función desempeñada por los Derechos Fundamentales en una situación histórica ya pasada, y, sin embargo, se abstienen de analizar en sus reflexiones la importante característica de que los Derechos Fundamentales carecen, o más bien superan actualmente, el significado que les fuera atribuido por los documentos constitucionales previos al Estado Social para su adaptación a una situación socio-política completamente diferente[49]. Principio estructural del Estado Social, llamado a desarrollar su significado principal en el ámbito de los Derechos Fundamentales, dentro del contexto de una Constitución normativa que no se limita a delinear los fundamentos básicos de la organización estatal, sino que busca establecer un nuevo orden de la vida comunitaria, esto es, con la pretensión de extender tal ordenación al conjunto de la Sociedad, imponiéndose para ello en todos los sectores jurídicos del ordenamiento. Y garantizando, así, a los individuos, la protección de sus Derechos Fundamentales en la globalidad de ámbitos de la vida social[50].

---

[48] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für gleiche…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 124; "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 18-19; "Grundrechte und…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 28.

[49] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 25 y ss. En este sentido asimismo Christian STARCK, "Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court", en *Human Rights in Private Law*, edición de Daniel Friedmann /Riedmamn & Daphne Barak–Erez, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2001, pp. 97 y ss.

[50] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 753.

El autor comprueba asimismo, cómo los preceptos constitucionales garantes de los Derechos Fundamentales poseen un contenido muy diverso entre sí, ante lo cual, su significado, modo y grado de eficacia, han de ser esclarecidos específicamente con ocasión de cada caso concreto necesitado de aplicación de normas iusfundamentales. Según afirma, y como ya hemos registrado más arriba, una parte de los preceptos constitucionales que integran el catálogo jurídico iusfundamental, en realidad, contienen Derechos Fundamentales genuinos (clásicos), esto es, derechos públicos subjetivos del ciudadano frente los órganos estatales. Tales Derechos Fundamentales clásicos vinculan a los poderes públicos, garantizando al ciudadano una esfera de protección frente a los actos de la organización estatal (*status negativus*), o le confieren derechos a determinadas prestaciones con cargo al poder público (*status positivus*, y en particular *status positivus sociales*), o derechos a participar activamente referido a la configuración de la vida política (*status activus sive civitatis*); y en esta vertiente a título de derechos públicos subjetivos no están destinados al tráfico jurídico–privado[51], y nada habrá de decirse.

De esta suerte, mantuvo con claridad la existencia de abundantes disposiciones de Derechos Fundamentales que no se limitan a la protección de un ámbito de libertad del individuo frente a los poderes estatales, pues en la Sociedad contemporánea concretos sujetos privados, como hemos venido insistiendo también de la mano del autor, disponen de un importante poder económico y social, capaz de afectar a los ciudadanos en muchos aspectos de sus vidas privadas. Ante ello, veíamos cómo los Derechos Fundamentales, asimismo, protegen a los sujetos privados en las relaciones jurídicas que mantienen entre sí, y,

[51] Ludwig ENNECCERUS–Hans–Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen…*, *op. cit.*, p. 92.

sobre manera, por lo referido a esas relaciones en las que intervienen los poderes sociales (*sozialmächte*) de dominio[52]. Por lo tanto, las normas constitucionales iusfundamentales, para la tesitura en la cual los sujetos privados se hallen frente a los poderes sociales en una situación equiparable a la mantenida entre los ciudadanos y el Estado, a fin de que este cumpla con el mandado constitucional de proteger los Derechos Fundamentales del individuo, de tratar de impedir la pérdida de gran parte de su eficacia dentro del tráfico jurídico privado, deben ser aplicadas directamente para los casos de choques iusfundamentales sobrevenidos en el contexto de relaciones intersubjetivas[53].

Defender la tesis de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales cuando estemos frente a relaciones jurídicas establecidas por los particulares, tampoco significa concretamente mantener que la totalidad de los Derechos Fundamentales constitucionalmente reconocidos sean aplicables a tal tipo de relaciones, y que todos ellos tengan de manera forzosa la estructura de principios. La teoría de la eficacia inmediata propone una aplicación selectiva de los Derechos Fundamentales a las relaciones intersubjetivas, y admite, sin titubear, que algunos Derechos, en sentido estricto, únicamente resultan de aplicación por su esencia y estructura para los supuestos de relaciones jurídicas particulares–Estado[54]. Ahora bien, al lado de los anteriores, nos encontramos evidentemente con otros muchos Derechos que sí despliegan eficacia para el tráfico jurídico privado, a consecuencia del efecto irradiación proyectado sobre el ordenamiento jurídico en su

[52] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 27 y ss.

[53] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 753.

[54] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 12 y 20, y menciona el derecho de asilo, la libertad de reunión, la libertad de circulación, la propiedad privada, el derecho de nacionalidad, o el derecho de petición, entre otros.

conjunto, y son plenamente aplicables, por lo tanto, a las relaciones intersubjetivas[55]. Precisamente por esta razón y desde el comienzo, sostendrían los postuladores de la teoría de la eficacia inmediata, la aplicación directa de los Derechos Fundamentales no ha de producirse genéricamente para todos ellos con carácter "absoluto" dentro del tráfico jurídico–privado. Así, resultará de indeclinable necesidad interpretar, relativo a cada Derecho específico, si la norma iusfundamental en cuestión despliega eficacia y hasta qué punto lo hace por referencia a las relaciones jurídicas desarrolladas *inter privatos*, o si, en su caso, solamente es oponible frente a los poderes públicos[56]. En cambio, para los supuestos dudosos, habrá de examinar el operador jurídico las circunstancias del caso y verificar si existe entre las partes una situación de desigualdad fáctica, hipótesis en las cuales sí deberá aplicar el Derecho examinado[57].

Así las cosas, la comprobación de la eficacia a desarrollar a cargo de los preceptos reguladores de posiciones iusfundamentales en las relaciones intersubjetivas, es obligado hacerla individualizadamente, pues no resulta posible afirmar la eficacia inmediata de modo generalizado para todos los Derechos Fundamentales: estamos necesitados de verificar "si tan siquiera cabe contemplar el Derecho Fundamental en el ámbito jurídico–privado"[58]. Y ello, como terminamos

[55] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 19 y ss.

[56] Hans–Carl NIPPERDEY, considera que la cuestión de la vinculación de los particulares a los Derechos fundamentales no puede ser respondida de una forma general a través de una concepción históricamente determinada de los mismos, teniendo sobre todo que ser tomado en consideración muy cuidadosamente el contenido concreto, la esencia y la función de cada uno de los Derechos Fundamentales. Los Derechos Fundamentales adquirirán el sentido de principios generales del derecho, cuya vigencia no debe ser, sin más, restringida al dominio estatal, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 18-19; "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 28.

[57] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 752.

de señalar, guardará relación con el contenido y alcance del ámbito de protección, correspondiente a las respectivas disposiciones de Derecho Fundamental, e incluso dependerá luego de las específicas circunstancias fácticas concurrentes para el supuesto concreto[59], aunque esto último sea ya otra cuestión a analizar. Por lo tanto, lo realmente a defender, es que si el Derecho Fundamental resultara eficaz en las relaciones jurídicas intersubjetivas por sus características, para tales casos, la eficacia deberá desplegar forzosamente sus efectos de manera inmediata[60].

Una vez valorada positivamente la aplicación de la norma de Derecho Fundamental a las relaciones jurídicas privadas, será necesario comprobar debidamente la "finalidad protectora y la orden que contiene la norma en cuestión", y de conformidad con el ámbito de protección de los particulares requirente de esa finalidad. Ergo, inicialmente, la norma "debe aplicarse sin límite, donde se trate de la relación entre el individuo y los poderes sociales. Ahí radica, en general, el punto de partida y de arranque de la doctrina sobre el efecto absoluto de los Derechos Fundamentales"[61]. Asimismo, de forma similar, también entre nosotros se ha puesto de relieve la improcedencia de aplicar directamente todos los Derechos Fundamentales sin matices dentro del tráfico jurídico–privado, pues habrá de realizarse en función de las características

[58] *Ibídem.*, p. 752.

[59] De la *Grundgesetz* Hans–Carl NIPPERDEY cita como ejemplos, entre otros, la dignidad humana, artículo 1.1; el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, artículo 2.1; el derecho a la libertad de expresión, art. 5; el derecho a no ser discriminado en razón de sexo, ascendencia, raza, idioma, patria, origen, credo y opiniones religiosas o políticas, artículo 3.3; y el derecho de propiedad, artículo 14.2. Sin embargo, admite, determinados Derechos Fundamentales sí buscan proteger al individuo frente a actuaciones estatales.

[60] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 752.

[61] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 753.

específicas de cada Derecho, toda vez pertenece a "la naturaleza misma del derecho fundamental", la obligación de "articularse con otros derechos fundamentales", así como "acomodarse también a otros bienes o valores protegidos constitucionalmente", ponderando para cada supuesto el alcance de los Derechos[62].

4.2.1.6. Consideraciones acerca de la validez de los contratos y respeto de la autonomía privada: insistencia en el respecto de la Dignidad humana como guía orientadora.

La *Drittwirkung* inmediata, por añadidura a lo visto hasta ahora, no reduce su operatividad a los supuestos de desigualdades entre sujetos privados en su condición de detentadores de poderes sociales. Y ello resulta ser así, por la sencilla razón de que los Derechos Fundamentales constituyen derechos subjetivos especiales otorgados por la Constitución a los particulares para su empleo también cuando establezcan relaciones jurídicas con otros sujetos privados, independientemente de su poder o de su influencia, pues la aplicación directa de las normas constitucionales, que no pueden ser contravenidas, a las relaciones jurídico–privadas, en momento alguno va a afectar a la libertad individual; únicamente producirá la restricción de esta, cuando fuera absolutamente necesaria en interés de una vida social sana[63].

Ante una desigualdad fáctica, mantiene el autor, eso sí, la autonomía privada tan defendida en el pasado histórico y aún actualmente, no puede considerarse resistente íntegramente en todos sus términos y situaciones, y, por ende, tampoco la libertad contractual, porque, para los supuestos de desigualdad entre las partes, en esta

[62] Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO FERNÁNDEZ–CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Cívitas, Madrid, 1981, pp. 60 y ss.

[63] Ludwig ENNECCERUS–Hans–Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen…*, *op. cit.*, p. 95.

última situación no será aquella expresión de la voluntad libre de la parte más débil. Libertad que, a contrario, sí se presume queda garantizada para las hipótesis en las cuales la aceptación de limitaciones por las partes es fruto del ejercicio de una voluntad autónoma real, libre. De hecho, la situación contraria, conforme a la cual, una de las partes está situada en posición de dependencia, abiertamente "contradice las ideas fundamentales de la Constitución". Porque, ante una desigualdad fáctica, no existe autonomía privada y, por deducción, carece la parte débil de libertad contractual, en cuyo caso, al actuar condicionadamente cuando procede a la emisión del consentimiento, deberá prevalecer la protección del Derecho Fundamental, y habrá de procederse más tarde a declarar la invalidez de lo pactado[64].

Como podemos observar, nuevamente planteó Hans–Carl NIPPERDEY desde el principio la cuestión de la nulidad o validez de los contratos que vulneren Derechos Fundamentales. Para estos supuestos, toda vez los Derechos vinculan inmediatamente al Poder judicial, y, en cuanto es aplicable o extensible a los mismos la Dignidad humana, ello le hace concluir razonando concluyentemente: "los contratos que vulneran los Derechos Fundamentales no pueden gozar de reconocimiento legal"[65]. Planteamiento compartido ahora dentro de nuestra doctrina, entre otros, por un destacado detractor de la eficacia inmediata, para quien si la parte contratante actuó sin libertad, "la limitación del derecho contenida en el contrato no está amparada por la libertad contractual", razón en virtud de la cual, "no solo está justificada la intervención de los poderes públicos, sino que, en la medida en que se vea afectado un derecho constitucional de la parte que no ha podido actuar libremente existe por

[64] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 753-754.

[65] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für gleiche…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 125.

parte de los poderes públicos un deber de intervenir"[66]. Sin embargo, y obviamente, los contratos pactados en situación de paridad entre las partes contratantes tendrán *prima facie* plena validez, e incluso pueden estas obligarse libremente, "en principio, a realizar cualquier acción u omisión y hacer depender el inicio o el fin de una obligación, de un plazo o de una condición"[67].

Hasta tal punto considera Hans–Carl NIPPERDEY un bien o valor jurídico esencial a la libertad contractual, propio "del Derecho Privado al servicio del hombre", que ello le lleva a su conexión inmediata con la Dignidad humana, vinculante asimismo esta para las relaciones jurídicas *inter privatos*, y a enunciar: "los hombres que, protegidos por la dignidad del prójimo, fundamento de todo nuestro ordenamiento jurídico, son capaces de regular de forma autónoma sus relaciones jurídicas", siempre habrán de hacerlo sobre "la base de la libertad y de la igualdad"[68]. A tenor de lo mantenido, enjuiciaría, la aplicación inmediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, con carácter general, conduce al "reforzamiento de la autonomía privada y especialmente de la libertad contractual real, pues la tesis parte del principio de la libertad contractual y pretende mantenerla incluso frente a los poderes sociales y a las posiciones de poder fácticas de los particulares"[69].

---

[66] Jesús ALFARO ÁGUILA–REAL, "Autonomía y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 46, Fascículo núm. 1, 1993, p. 97.

[67] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 754.

[68] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 875, de ahí su consideración acerca de la necesariedad de la garantía y protección constitucional también de los principios fundamentales del Derecho Privado y del orden económico, *ibídem*, p. 875.

[69] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 756. Aun cuando partidario de la eficacia mediata, pronto a la entrada en vigor de nuestra Constitución, Antonio EMBID IRUJO defendió la nulidad de los contratos y todo tipo de pactos, a instancia de parte, por contravención del orden

La eficacia directa de los Derechos Fundamentales para los supuestos de relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados es, pues, un instrumento al servicio de la efectiva realización de la igualdad y de la libertad, y, en definitiva, de la intangible Dignidad humana como fundamento último de todo el ordenamiento jurídico[70], de cuya protección ha de ocuparse el Estado; y supone, a su vez, en el tráfico jurídico–privado alemán, un derecho subjetivo absoluto de los particulares, ejercitable frente a los demás sujetos privados[71]. Por esta razón, además de otras, los Derechos Fundamentales deberán aplicarse directamente de igual modo en el respeto del principio (Derecho) al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn)[72], precisamente, el Derecho encargado de amparar constitucionalmente y dar cobertura al principio de autonomía privada, de cuyo contenido esta forma parte, reconociendo a la persona la facultad de regular de forma plenamente autónoma sus negocios jurídicos, "sobre la base de la libertad y de la igualdad"[73], y de conformidad con el espíritu y el orden de valores constitucionalizado a cargo de la Ley Fundamental de Bonn[74]. Consiguientemente, la autonomía privada deberá ser

público, siempre que resultaran contrarios a la prescripciones iusfundamentales, lo que hará extensible a las relaciones extracontractuales asimismo contrarias a las decisiones de valor contenidas en el sistema de Derechos Fundamentales, "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 25, 1980, p. 205.

[70] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 22.

[71] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für gleiche…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 125.

[72] *Ibídem.*, p. 125; Ludwig ENNECCERUS–Hans–Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen…*, *op. cit.*, p. 98; Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 20.

[73] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 28.

[74] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 757.

ponderada en cada caso concreto comparando con otros bienes constitucionalmente amparados, dentro de aquellos supuestos en los cuales un conflicto de bienes jurídicos dotados de iguales garantías lo hiciera preciso, adecuándose la solución estimada, al resultado que arroje la aplicación final pasada por el filtro del principio de proporcionalidad.

Al modo de conformidad venimos percibiendo, una vez constitucionalizado el principio de Dignidad humana como principio supremo del orden jurídico, el resto de este último se fundamenta a partir de la primera, por lo que es invocable también frente a los particulares, a quienes vincula directamente, pues de entender quedan estos fuera de tal inclusión, no podría afirmarse que constituye el fundamento último de todo el ordenamiento[75]. Y, acompañada por el principio general de libertad, asimismo garantizado constitucionalmente como es obvio, asegura al ser humano un ámbito personal irreductible, situado al margen de los distintos poderes y de otros seres humanos y ajeno a los fines comunitarios[76], a cuyo objetivo sirven precisamente los Derechos Fundamentales. Privar así a estos de eficacia directa en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, supone atentar contra el principio de la libertad individual y despojar a los Derechos de su verdadero significado, que no es otro distinto de garantizar la libertad individual[77].

[75] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 20.

[76] *Ibídem.*, p. 20.

[77] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 18 y ss. Una valoración altamente positiva de la construcción teórica de Hans–Carl Nipperdey acerca de la tesis de la eficacia inmediata, que luego le influiría, es la vertida por Walter LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1960, pp. 356 y ss.

4.2.2. La tesis de la eficacia inmediata defendida por otros destacados postuladores de la misma.

4.2.2.1. En particular, la defensa de la eficacia inmediata a cargo de *Walter Leisner*.

En la propia Alemania, hallamos a Walter LEISNER dentro del pequeño grupo de autores postulantes, al lado de Hans–Carl NIPPERDEY, de la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para su aplicación a las relaciones jurídicas instauradas entre particulares, aunque van surgiendo tímidas nuevas voces de apoyo en los últimos tiempos. En tal sentido, por medio de su clásica obra *Grundrechte und Privatrecht* (1960), es a considerar como otro de los autores importantes que, desde luego, defiende con fuerte convicción la teoría de la eficacia directa o inmediata[78].

Para Walter LEISNER, la declaración de que los Derechos Fundamentales lo significan todo en el Derecho Público, hasta llegar a reivindicar para este ámbito su intensiva omnipresencia, y, por el contrario, afirmar que no representan nada por sí mismos en el ámbito iusprivado, realizando a tal finalidad una hermenéutica de corte liberal que absolutiza el principio de la autonomía privada, es completamente insostenible. Máxime, cuando se da la circunstancia de que, en los dos sectores jurídicos, vienen a significar propiamente algo importante: la última protección del contenido nuclear de la libertad[79]. De esta manera, desde su apreciación, escasea de sentido la aseveración destinada a

[78] Así lo reconocen por ejemplo, entre otros, Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cívitas, Madrid, 1986, pp. 21 y 37. Y también Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", en *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, p. 121.

[79] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

corroborar la inidoneidad de los Derechos Fundamentales en sí mismos sopesados –y dada su estimación de derechos subjetivos constitucionalizados– al objeto de poder emplearse inmediatamente los mismos en la esfera del Derecho Privado. La aplicación inmediata en esta parcela jurídica, para el autor, inequívocamente podemos colegirla de su posicionamiento jerárquico supremo en el conjunto de normas integrantes del ordenamiento jurídico estatal[80].

Por añadidura, desde el punto de vista material, reproducen los valores jurídicos y principios objetivos comunitarios también superiores, e igualmente (por obligación) merecedores de protección para la solución de cualquier tipo de caso jurídico conflictual y frente a toda clase de sujetos que les hayan lesionado, o constituyan una amenaza objetiva con esta finalidad negativa[81]. Acorde asimismo formula, la decisión no ha de entenderse generalizada ni estandarizada, por cuanto solamente podrá adoptarse después de una hermenéutica específica del Derecho Fundamental aplicable[82]. De esa superioridad formal y material, trae causa su especial resistencia frente a los poderes públicos, con objeto de garantizar los ámbitos de libertad del individuo, y, por análogas razones, son válidos y eficaces frente a todos, también dentro del marco del Derecho Privado donde de igual modo son susceptibles de violación. Al

[80] Aspecto este reconocido y destacado asimismo por un detractor de la eficacia inmediata como es Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechtswirkungen und Verhältnismä*ßig*keitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts", en *Juristische Schulung*, 3, 1989, pp. 162 y ss. Este autor mantiene que ni el canon literal, ni el sistemático, ni el genético, ni el teleológico, aplicados a la interpretación del artículo 1.3 de la *Grundgesetz*, permiten concluir a favor de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas estatuidas entre particulares, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 203 y ss.

[81] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, p. 147, con más argumentos acerca de este y otros aspectos favorables a la teoría de la eficacia inmediata, en las pp. 332 y ss; en las pp. 378 y ss, muestra su preocupación por la irrupción de fuertes poderes sociales y la necesidad de defensa frente a ellos de los Derechos Fundamentales, y, en fin, toca asimismo el problema de los Derechos pertenecientes a los sujetos privados que entran en colisión.

[82] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, p. 379.

tiempo, sopesa, únicamente puede ser renunciable su ejercicio de conformidad con las mismas circunstancias en las que resulta jurídicamente lícita su limitación en el respeto de los parámetros establecidos por las leyes, y en el estricto cumplimiento de la correspondiente reserva constitucional de Ley. Esto es, traslada a este espacio jurídico–privado la problemática de la reserva constitucional de Ley, de acuerdo con la cual, solo va a inferirse factible restringir la aplicación de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, de igual modo a como se limita el ejercicio de los mismos tocante a las relaciones jurídicas Estado–ciudadano.

Para aquellas hipótesis en las cuales la Constitución establezca una reserva de Ley afectante al Derecho Fundamental interesado, vale decir, habilite al Legislador ordinario a fin de permitirle la facultad de establecer límites normativos a la disposición iusfundamental constitucionalmente prevista, restrictivos del ejercicio del haz de facultades comprendidas dentro del contenido del Derecho, se podrá recortar la eficacia desplegada por el Derecho para los supuestos de las relaciones jurídicas *inter privatos*[83]. Ello, como han mantenido diversos autores, no evitará la casuística, pero también habrá de examinarse para cada supuesto individual si resulta aplicable la eficacia inmediata de la norma iusfundamental específica. De este modo, los ciudadanos están lícitamente en condiciones de invocar de modo inmediato la mayor parte de las disposiciones de Derechos Fundamentales, advertida sea su consideración de derechos subjetivos absolutos reforzados por la garantía constitucional, cuando se trate de la resolución de contiendas jurídicas en las cuales participan junto con otros particulares o sujetos privados y ausente la intervención del poder público.

[83] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 326 y ss.

Paralelamente, blande el autor una serie de argumentos esenciales y favorables a la eficacia directa de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas entre particulares, a las que en sus rasgos básicos nos vamos a referir acto seguido. En primer término, la historia general del desarrollo de los Derechos Fundamentales, o más propiamente discierne, la historia del pensamiento jurídico acerca de los Derechos Fundamentales, adereza ostensiblemente su advenimiento con una "tendencia universal" palpable, a partir del significado unitario de los elementos iusnaturalísticos inequívocos que están localizados en la base de las antiguas Declaraciones constitucionales de Derechos[84]. Por lo tanto, encuentra un sinsentido estimar que, inicialmente, aparecen como garantías contra el Estado, puesto se desarrollan también dentro del ámbito de relaciones sociales, y antes de considerar a los ciudadanos como tales, tienen como protagonistas a los individuos en su típica esencia de personas humanas. La concepción parte de la disposición de una estructura unitaria en cuanto a la forma de considerar por parte del ordenamiento jurídico la libertad individual, por lo que está fuera de todo lugar el intento reductor de las garantías de los Derechos, exclusivamente al entorno de las relaciones entre Estado y ciudadano[85].

Por demás, tales declaraciones del principio tenían un valor superior como aquel de establecer vínculos para el Legislador al objeto de afirmar y garantizar los Derechos en las relaciones jurídicas del ciudadano con el Estado, como es obviamente conocido, pero esencialmente también manaron con la finalidad de proteger dentro del ámbito de la Sociedad civil los bienes por ella misma reconocidos como fundamento general de la convivencia jurídico-política[86]. Luego, si el

[84] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

[85] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

ordenamiento constitucional está estrechamente condicionado a los aludidos presupuestos ideológicos y políticos, asumiendo carácter unitario en su completud, la distinción entre un ámbito de garantías hacia el Estado, y uno distinto para la tutela de los Derechos atinente a las relaciones intersubjetivas, parece incomprensible, cuando no un absurdo, la reclamada dicotomía protectora de los bienes jurídicos proclamados solemnemente por las Declaraciones de Derechos y luego por los textos constitucionales. Realmente, los Derechos y Libertades son valores absolutos, colocados en la base de un nuevo tipo de organización y convivencia política, y no pueden por menos de ser unitarios referente a su comportamiento jurídico efectual, sean dirigidos hacia el Estado o lo hagan cerca de los individuos en el marco de las relaciones jurídicas estatuidas entre ellos, dentro del perímetro de la Sociedad civil[87].

La Declaración de 1789 no afirmaba solamente el valor de los Derechos Fundamentales frente al Estado, iba dirigida asimismo contra los privilegios de la nobleza y el clero, y combatía las posiciones desigualitarias surgidas en virtud de la clase social y del poder

[86] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 11, 13 y 15, entre otros momentos. Algo que late en el planteamiento del autor, ha sido actualmente bien definido, con referencia al trasfondo "personalista en todo el espíritu de la Constitución", y el hecho importante de que "las normas se hacen para las personas individuales y las instituciones son medios al servicio de las personas", se encuentra expuesto en Guillermo ESCOBAR ROCA, "Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general), en *Derechos Sociales y Tutela antidiscriminatoria*, edición de Guillermo Escobar Roca, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 554, lo cual, con todo, podría parecer hasta un tanto huérfano, de no acompañarse por matizaciones ulteriores, como la referida a la intervención necesaria del Estado cuando se haga precisa para la realización de los Derechos, concebida como un "fin del Estado", y al hilo de ello, concluir en el sentido de que "la socialidad pasa a considerarse como un elemento constitutivo de la libertad y no como un límite meramente externo de la misma", *ibídem*, p. 556; posición coincidente a lo manifestado tajantemente por Humberto NOGUERIA ALCALÁ: "La persona, en virtud de su dignidad, se convierte en fin del Estado", permaneciendo este "al servicio de la persona humana, y su finalidad es promover el bien común", Dignidad de la persona a la que califica como "una realidad ontológica supraconstitucional al igual que los derechos que le son inherentes", "El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales", en *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales (Chile)*, núm. 1, p. 138.

[87] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

económico. Con lo cual, desde la nueva perspectiva, correspondía al Estado asegurar la libertad también para el ámbito del Derecho Privado.

Sin embargo, con la radicalización de la teoría liberal individualista, comenzaron a forjarse fundamentalmente dos ideas: de una parte, la función de los Derechos Fundamentales era la defensa de los individuos frente al Estado, de ahí la tesis de los derechos de defensa; y, en segundo lugar, el Derecho Privado, sobre todo por medio de los códigos, tenía su propio orden jurídico, vale decir, separado del Derecho Constitucional[88]. Efectivamente, a modo acabamos de explorar en su mínimo aspecto, aun cuando desde un primer momento los Derechos Fundamentales emergen como garantías frente al poder absoluto del Estado, lo hacen paralelamente, sobre todo, y casi en primer lugar, frente a los poderes sociales, si bien, durante el transcurso del siglo XIX y principios del siglo XX, termina verídicamente por consolidarse la tesis de su dirección solamente hacia los poderes públicos. Con todo, de vez en vez, va ganando superior convicción la teoría de que los Derechos Fundamentales no son meras cláusulas interpretativas de la legislación, sino auténticas normas de regulación social, en cuanto personifican valores sociales objetivos y esenciales que constituyen proyecciones del valor central del orden constitucional como es el de la Dignidad humana, sobre cuyo fundamento se extiende la protección general de los Derechos Fundamentales frente a toda acción lesiva de los mismos, provenga de un poder público o de sujetos de naturaleza privada[89].

---

[88] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

[89] Entre nosotros, hace referencia Guillermo ESCOBAR ROCA a lo conveniente de tomarnos "en serio la idea originaria de los de los derechos fundamentales", y prestar atención "a su fundamento (al final, el criterio decisivo para resolver los casos difíciles), sintetizado en la idea de la dignidad de la persona", "Derechos económicos individuales «versus» Derechos sociales", en *Derechos Sociales y Tutela antidiscriminatoria*, edición de Guillermo Escobar Roca, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 405; Dignidad humana a la que nuestra Constitución atribuye carácter de fundamento del orden político y de la paz social, y el Tribunal Constitucional reconoce, como era obligado, la naturaleza de Derecho objetivo vinculante, STC 236/2007, de 7 de noviembre: "todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están

Vistas las cosas de esta manera, limitar los Derechos Fundamentales en su eficacia inmediata a la relación vertical individuo–Estado, es una concepción sumamente achatada y vuelta de espaldas a la fuerte evolución histórica experimentada por esos Derechos, aferrándose, por el contrario, a la anterior sujeción de los mismos a unos condicionamientos históricos que han dejado de concurrir en la actualidad del Estado Democrático y Social[90]; tipo histórico de Estado encargado de situar, como hemos indicado, al principio de la Dignidad humana (intangible, en Alemania) como valor supremo del ordenamiento, y del que la totalidad del orden objetivo de valores integrante del contenido de los Derechos Fundamentales es su proyección[91].

Pues bien, de ese específico contenido de carácter material y valorativo que conforma actualmente y da vida a los Derechos Fundamentales, deriva Walter LEISNER una inequívoca tutela universal necesariamente a ser asegurada y proyectada en igual medida hacia todas las direcciones, pero, en último término, el efecto desplegado "en terceros habrá de ser siempre inmediato", incluyéndose, obvio es, todas las relaciones intersubjetivas[92]. En tanto la decisión última, al fin y al

vinculados a la dignidad humana", en cuanto "«fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador (..)cabe recordar lo declarado en la ya citada STC 91/2000, de 30 de marzo: "«proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto 'valor espiritual y moral inherente a la persona' (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar» [STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; también STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a)]".

90 Walter LEISNER, *Grundrechte und...*, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

91 Walter LEISNER, *Grundrechte und...*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

92 Walter LEISNER, *Grundrechte und...*, *op. cit.*, pp. 378 y ss.

cabo, cabrá ser adoptada a partir de una interpretación individualizada de cada Derecho Fundamental que sea de aplicación al caso[93].

Así pues, a pesar del mantenimiento de silencio a cargo de la letra de la Constitución alemana, respecto a la conveniencia de una declaración expresa tocante a la eficacia jurídica entre particulares de los Derechos Fundamentales al modo en que lo hace por medio del artículo 1.3 para los poderes públicos, es sin embargo posible concluir de conformidad con el autor, a través del análisis hermenéutico de algunas disposiciones constitucionales fundamentales y teniendo asimismo en cuenta el desarrollo histórico del haz de facultades integrante de los propios Derechos Fundamentales, que no cambian estos de naturaleza por operar inmediata y simultáneamente ora frente al Estado, sea *inter privatos*. Por lo tanto, la dotación de una eficacia superiormente alargada respecto de la habitualmente conferida, favorable a las normas iusfundamentales, se compagina más fielmente con la concepción amplia de la libertad en correspondencia al espíritu democrático, pluralista y crítico–evolutivo de la Ley Fundamental dada su cualidad de norma jurídica suprema (cosa distinta es que existan diferencias referidas al modo de desplegar eficacia en uno u otro ámbito, o acerca del alcance), siendo innecesaria cualquier referencia expresa al efecto por el texto constitucional con objeto de llegar a ese resultado, pues la norma básica vincula por igual al Derecho Público y al Derecho Privado[94].

---

[93] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, p. 379.

[94] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 312 y ss. Albert BLECKMANN, por ejemplo, interpreta que el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn no excluye a los particulares como destinatarios de los Derechos Fundamentales, sino que mediante el mismo se pretendía evitar las disputas habidas durante la vigencia de la Constitución de Weimar, enfatizando el carácter vinculante de los Derechos Fundamentales frente a los poderes públicos, especialmente frente al Legislador, lo se correspondería con el principio creado por el Tribunal Constitucional Federal alemán de llevar a cabo una interpretación de la Constitución del modo más favorable, tendente a lograr la máxima eficacia de los Derechos Fundamentales, "Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 103 Jahrgang, Helf 19, 1988, p. 992.

Desde la observación de la realidad, el autor sostiene que no obstante el Derecho alemán prosiga manteniendo mayoritariamente aunque con convicción cada vez más debilitada, en el plano académico, la diferenciación entre Derecho Público y Derecho Privado, depende estima, es lo cierto haberse producido progresivamente una aproximación y coordinación entre ambas ramas jurídicas, lo que indudablemente también favorece la aplicación directa de los Derechos Fundamentales a las relaciones jurídicas entre particulares[95]; una pretendida dicotomía completamente resquebrajada en la actualidad, conforme se viene manteniendo desde muy diversas posiciones[96].

La concepción defendida por Walter LEISNER acerca de la eficacia inmediata de las normas iusfundamentales en todos los sectores del orden jurídico, sintetiza a juicio del autor, una triple relación conceptual justificativa de ese tipo de *Drittwirkung der Grundrechte*: a) la reconstrucción del momento unitario contenido en la función de garantía iusfundamental, sobre todo la vinculación específica entre el momento personal y el elemento de la tutela de un determinado ámbito de libertad[97]; b) la relevancia política del aludido amparo de la libertad, independientemente del hecho de que tal garantía se dirija contra el Estado o frente a sujetos privados ordenados respecto al titular del bien

[95] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, especialmente pp. 285 y ss; 332 y ss, entre otros momentos.

[96] Aun cuando ya nos hemos referido específicamente a la cuestión en el Capítulo segundo, podemos recordar la alusión hecho por Manuel GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, al destacar que el Derecho de nuestro tiempo histórico-concreto, viene caracterizado por la difuminación de los límites entre lo público y lo privado, con comunicación recíproca entre ambos ámbitos, de lo que ha de aprovecharse el beneficio mutuo a reportar por tal comunicabilidad, con objeto de abordar y resolver problemáticas que decenios atrás eran dominio exclusivo de la regulación a través de categorías civilistas, y actualmente necesitadas de análisis bajo el prisma constitucional, claro está, aprovechando lo de valioso aún a ofrecer por tales categorías, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pp. 108 y ss.

[97] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, especialmente p. 395.

jurídico de tal modo iusfundamentalmente tutelado[98]; c) la exigencia de asegurar un mínimo ámbito de protección de los Derechos Fundamentales, frente a la eventualidad del surgimiento de límites inmanentes[99]. De no haberse defendido esta postura, se habría quebrado definitivamente en su propio país, la mítica alocución de Rudolf SMEND, afirmativa de que los Derechos Fundamentales no son constitutivos de "una barrera o reserva que separe al ciudadano del Estado, sino como un lazo de unión con él"[100]; en consecuencia, aún se mantiene viva la llama de la esperanza.

4.2.2.2. La defensa de la eficacia inmediata mantenida desde otros sectores doctrinales, con algunos ejemplos extraídos de nuestro contexto doctrinal.

Reflexiones similares acerca de las derivaciones del Estado Social para la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en el marco de las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos particulares, e interrogantes acerca de la problemática, encontramos en *Gerhard MÜLLER,* aunque no llega a ser igual de contundente referido a las respuestas comparado con las ofrecidas por los autores anteriores, ante lo cual, deja la cuestión un tanto abierta, sin perjuicio de que muestre sus preferencias por la eficacia directa de los Derechos para el tráfico jurídico privado al entender asimismo inescindible el concepto de libertad al margen del sector del ordenamiento donde opere, desplegando estos

[98] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, especialmente p. 396.

[99] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, especialmente p. 399.

[100] Rudolf SMEND, "Bürgen und Bourgois im deutschen Staatsrecht", recogido ahora en versión castellana en *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 258. Concepción que abría la puerta a una *Grunrechtsdemokratisierung*, mantendría Walter LEISNER, "Der Eigentümer als Organ der Wirtschaftsverfassung", en *Die öffentliche Verwaltung*, 73, 1975, p. 75.

una *Multidimensionalität* y *Plurifunktionalität* de los Derechos Fundamentales[101].

Otro de los autores germanos, frecuentemente olvidado a efectos de estas estimaciones, defensor sin embargo claro la teoría de la eficacia inmediata, es Reinhold ZIPPELLIUS, para quien si los Derechos Fundamentales no han sido debidamente concretizados por el Legislador cara a su aplicación en la esfera privada, podrán ser empleadas las normas constitucionales en su condición de únicas fuentes de Derechos Fundamentales, produciendo un efecto directo de obligatoriedad tocante a las relaciones intersubjetivas, y destacando la obligatoriedad para el aplicador de tener muy en cuenta los factores político–sociales permanentemente mutables[102]. Más recientemente, a partir de una interpretación que produce algún escepticismo aunque no deje de ser imaginativa, la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares la sostiene Jörg LÜCKE, y ello con fundamento en el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, el cual prevé que las personas jurídicas, especialmente las personas jurídicas de Derecho Privado, podrán ser titulares de los Derechos Fundamentales, en la medida que estos les sean aplicables por su naturaleza; y si esto es así lícito para las personas jurídicas privadas, también debería alcanzar a todos los sujetos privados[103].

---

[101] Gerhard MÜLLER, "*Die Drittwirkung der Grundrechte und das Sozialstaatsprinzip"*, en *Im Dienste der Sozialreform – Festschrift für Karl Kummer*, edición de Anton Burghardt / Karl Lugmayer / Erich Machek / Gerhard Müller / Hans Schmitz, Ehem. Reinhold Verlag, Wien, 1965, especialmente pp. 372 y ss.

[102] Reinhold ZIPPELLIUS, primero "Das *Verbot übermäßiger* gesetzlicher Beschränkung von Grundrechten", en *Deutsche Verwaltungsblatt*, *1956*, pp. 353 y ss, y luego, en otros momentos, *Allgemeine Staatslehre*, al menos, desde la 2ª ed., 1970, p. 24 II, postura mantenida, naturalmente, en su *Allgemeine Staatslehre*, 17ª ed., München, C.H. Beck, 2003.

[103] Jörg LÜCKE, "Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG", en *Juristen Zeitung*, 54, Heft 8, 1999, pp. 377 y ss.

Apoyado asimismo en esa evolución histórica de los Derechos Fundamentales desde sus orígenes aludida *ut supra*, Javier BALLARÍN IRIBARREN defiende entre nosotros la eficacia directa de aquellos a partir de su nacimiento, ante lo cual, asimismo deduce que nos hallamos impedidos en orden a la finalidad de reducir la eficacia de los Derechos Fundamentales solo para las relaciones jurídicas verticales, propugnando la ampliación de su eficacia hasta comprender las relaciones *inter privatos*, en vez de regirse por la anterior sujeción de los mismos de acuerdo con unos condicionantes de tipo histórico espectacularmente divergentes respecto de la nueva realidad caracterizadora del vigente Estado Democrático y Social de Derecho[104]. Línea argumental que, entre otros, es empleada a cargo por ejemplo de Ingo Wolfgang SARLET, con objeto de defender asimismo la eficacia inmediata[105].

También desde nuestra doctrina científica, respaldado por muy parecidos argumentos, Francisco Ramón BLAT GIMENO se posicionaría del lado de la eficacia directa en el ámbito de las relaciones jurídicas laborales, pero, trascendiendo, estimaría que ello era la consecuencia derivada de la evolución histórica y de la nueva concepción de los Derechos Fundamentales propia del Estado Social, tipo de estructura organizativa cuya teleología otorga legitimidad y la exigencia correspondiente del despliegue de eficacia *erga omnes* a cargo de las disposiciones iusfundamentales, resultando así aplicables

[104] Javier BALLARÍN IRIBARREN, "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La «*Drittwirkung*» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, p. 228.

[105] Puede verse, entre otros diversos momentos de la obra del autor, Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado…*", loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 117-118.

inmediatamente "a todas las ramas del ordenamiento, incluidas las relaciones jurídicas entre particulares"[106].

Incluso con carácter previo, Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO había sostenido tenazmente el surgimiento y la emanación directa de la Constitución, del deber vinculante para los sujetos privados a fin de respetar los Derechos Fundamentales, y no solo el derivado de las normas de desarrollo constitucional: "no es por tanto y sin más, un mero reflejo del ordenamiento ordinario que puede sufrir las alteraciones, modificaciones y supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos"[107]. Por consiguiente, defiende la eficacia directa de los Derechos Fundamentales para su aplicación a las relaciones jurídicas *inter privatos*, pero despojada de los componentes "que la caricaturizan y la hacen rechazable", y admitido sea que en cada caso habrá "de ponderarse el alcance de esos derechos", junto con el principio del libre desarrollo de la personalidad y los demás "principios institucionales que se deducen de la libertad de la persona"[108]. Aunque, también señala, el reconocimiento de una eficacia directa de los Derechos Fundamentales "plena y homogénea sería incompatible con el sistema de Derecho privado"[109]. Y algo similar viene a confirmar Teresa FREIXES SANJUÁN, por cierto, autora más firme en cuanto al hallazgo de presupuesto normativo de Derecho positivo de apoyo, pues considera que el artículo 9.1 de la C.E, podemos

[106] Francisco Ramón BLAT GIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Editorial, Centro de Publicaciones, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, pp. 43-44.

[107] Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO Y FERNÁNDEZ–CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos…*, *op. cit.*, p. 70.

[108] Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO Y FERNÁNDEZ–CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos…*, *op. cit.*, pp. 73-74.

[109] Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO Y FERNÁNDEZ–CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos…*, *op. cit.*, p. 54.

considerarlo en nuestro ordenamiento jurídico, el precepto encargado de consagrar la "eficacia horizontal de los derechos fundamentales"[110].

Asimismo, según estima Luis PRIETO SANCHÍS, la falta de concretización legislativa puede "dificultar el ejercicio de los derechos, pero en ningún caso impedirlo, pues estos se imponen directamente y deben ser aplicados por los órganos primarios del sistema"[111]. Y la opinión de Fernando VALDÉS DAL–RÉ es igualmente que, como corolario lógico de la "coherencia interna del ordenamiento jurídico", ha de mantenerse la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados, con un "carácter general que no admite excepciones"[112].

Más recientemente, encontramos la defensa de la eficacia iusfundamental inmediata a regir en el tráfico jurídico privado, a cargo de María VENEGAS GRAU, por entenderla la teoría consustancial propia del Estado Social[113]. Y Guillermo ESCOBAR ROCA, después de recordar cómo actualmente los "peligros más graves y los atentados más frecuentes a los derechos proceden seguramente de los particulares", pasa asimismo a considerar, la existencia de numerosos Derechos completamente carentes "de sentido, o vería muy mermada su eficacia si únicamente vincularan a los poderes públicos: piénsese, por ejemplo, en el honor o la huelga, vulnerados normalmente por particulares"[114]. Asimismo, después de basarse en lo dispuesto por el artículo 9.1 de

[110] Teresa FREIXES SANJUAN, *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1992, p. 113.

[111] Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, pp. 119-120.

[112] Fernando VALDÉS DAL–RÉ, "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", en *Libro Homenaje a Ignacio de Otto*, AA.VV., Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, p. 535.

[113] María VENEGAS GRAU, *Los derechos fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 148 y ss.

[114] Guillermo ESCOBAR ROCA, "Los derechos fundamentales sociales…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, 590-591.

nuestra Constitución a fin de señalar que las constituciones pluralistas tienen también como objetivo incidir en la Sociedad, desgrana los que considera tres argumentos esenciales a partir de los cuales justifica la eficacia inmediata inter privatos de los Derechos Fundamentales, esto es: a) "los valores superiores han de protegerse con independencia del origen, público privado, de los ataques contra ellos"; b) "el principio del Estado social implica una función transformadora del orden social existentes"; c) "el carácter objetivo de los derechos obliga a interpretar el Derecho privado de conformidad con la Constitución"; además, una vez descarta asimismo una eficacia de carácter absoluto, refleja otra reflexión de no menor calado que la anteriores, al afirmar, "los derechos fundamentales son, por definición, exigibles de forma directa, y precisamente por ello la tesis de la eficacia indirecta (tributaria, a nuestro entender, de una concepción liberal del Estado y de la Constitución) desnaturaliza esta categoría, minusvalorando su sentido y disminuyendo enormemente su capacidad transformadora"[115].

En la doctrina científica italiana, según lo por nosotros conocido, el primero en abrir fuego a favor de la eficacia inmediata fue Vezio CRISAFULLI en el año 1954, cuando sostuvo que la teoría liberal de los Derechos Fundamentales, al restringir la eficacia de los mismos a las relaciones entre ciudadano y Estado, no salvaguardaba de modo adecuado a la persona humana frente a los peligros dimanantes de la desigualdad y de los poderes sociales, a lo que unía el carácter unitario del ordenamiento jurídico, afirmando ser inconcebible que los Derechos

[115] Guillermo ESCOBAR ROCA, "Los derechos fundamentales sociales de prestación…", *loc. cit.*, en *op. cit.,* p. 591. Compartimos asimismo con el autor, la perspectiva con la que enfoca la STC 129/1989, de 17 de julio, pues de su lectura no puede deducirse que el Tribunal Constitucional cierre la puerta a la aplicación directa del Derecho a la educación concretamente de dos trabajadores en el ámbito iusprivado, tan solo reconoce con claridad la eficacia del mismo en las relaciones intersubjetivas; eso sí, de todo el argumentario de la sentencia, se podría entender más bien que el Tribunal, en caso de que hubiera debido pronunciarse acerca de la lesión del Derecho, dado esa línea que traía, puede ser más oportuno el pronóstico de que se hubiera decantado por la eficacia inmediata; sin embargo, a nuestro entender, la sentencia no llega a ello.

Fundamentales fueran vinculantes solo dentro de la esfera pública. Sin embargo, si son inoperantes en el ámbito de las relaciones jurídico–privadas estaríamos ante una incongruente desigualdad de alcance, y, por lo tanto, a fin de evitar esta, las normas constitucionales que establecen los Derechos Fundamentales asimismo despliegan, *prima facie*, una eficacia inmediata extensible a la regulación de las relaciones intersubjetivas. Destaca que en el ordenamiento constitucional italiano los Derechos Fundamentales proyectan una eficacia *erga omnes*, pues limitan y condicionan tanto a los poderes públicos como también a los particulares[116].

Por lo referido a Alessandro PACE, ha defendido con fuerte convicción que las normas constitucionales garantes de los Derechos y Libertades despliegan inequívocamente eficacia *erga omnes*, y han de ser contempladas y respetadas con idéntico rigor cuando la relación jurídica es desarrollada entre particulares a como se hace en las relaciones normativas verticales ciudadanos-poderes públicos[117]. Mantiene de este modo con rotundidad que, ciertamente, el artículo 2 de la Constitución italiana, donde se recoge la consideración de los Derechos Fundamentales como la parte esencial del ordenamiento constitucional, expresando: "la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre", hace "inequívoca la plena eficacia de la Constitución también en la Sociedad civil y en las formaciones sociales que la componen: en suma, prescribe que las normas constitucionales deben ser inmediatamente respetadas en las relaciones entre individuos, no solo de aquellos con cualquier poder público o privado, sino también en las confrontaciones entre los individuos particulares y de los grupos privados que no detentan poderes institucionales. Por lo tanto, la disciplina de

[116] Vezio CRISAFULLI, "Diritti di libertà e poteri dell`impreditore", en *Rivista giuridica del Lavoro*, 1954, pp. 73 y ss.

[117] Alessandro PACE, "Corte Costituzionali e «altri» giudici: un diverso garantismo?", en *Corte Costituzionali e sviluppo della forma di governo in Italia*, edición de Paolo Barile / Enzo Cheli / Stefano Grassi, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 1982, p. 233.

cualquier relación, también entre sujetos privados, antes mismamente que en las leyes civiles y penales (a las cuales, en la lógica del Estado liberal de la rígida separación de la Sociedad civil del Estado, era específicamente demandada la regulación del ámbito social) reside, por eso, en las normas constitucionales, siempre que la estructura de ellas lo autorice"[118]. Sin embargo, más dificultades presenta la posición de su compatriota Giorgio LOMBARDI para mantenerla dentro de la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales a la que dice adscribirse, toda vez, a su juicio, no es suficiente con la mera previsión de los Derechos por el texto constitucional y la naturaleza de la aplicabilidad de estos para las relaciones intersubjetivas, sino que es preciso buscar y hallar una ulterior norma de *collegamento normativo* con objeto de su empleo para la irrupción del orden de valores integrantes del contenido material de los enunciados iusfundamentales en la legislación infraconstitucional y, más concretamente, para el ámbito de las relaciones jurídicas entre sujetos privados; así como al objeto de hacer operantes en relación con el poder privado las garantías iusfundamentales ya existentes y que lo son relativo al Estado. Eso sí, las normas de *collegamento* a encontrar han de ser de naturaleza constitucional[119], ante lo cual, considera que la contraposición entre Estado–persona y Sociedad civil a cuya tendencial separación se acogen aún en ocasiones ciertos juristas según el orden de relaciones buscado como presupuesto de la tesis de la eficacia indirecta, está necesariamente

[118] Alessandro PACE, *Problemática delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte generale*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1990, pp. 20-22; la p. 7 recoge su afirmación de que es la tesis predominantemente seguida en Italia; en el mismo sentido "La garanzia dei diritti fondamentalli nell`ordinamento costituzionale italiano: il roulo del legislatore e dei giudici «comuni»", en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 1989, pp. 685 y ss. Asimismo Mario R. MORELLI, "Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici", en *Giustizia civile* II, 1999, pp. 3 y ss.

[119] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1970, pp. 101 y ss.

destinada a desaparecer[120]. Por su parte, según sostuvo Leopoldo ELIA, la "Corte reconoce que las garantías establecidas para las libertades fundamentales por la Constitución, se aplican a las relaciones particulares o privadas (*Drittwirkung*): en consecuencia, el ejercicio de las libertades debe ser salvaguardado lo mismo en el interior de los diferentes organismos sociales como la familia, la empresa y la fábrica"[121].

Referido a Pietro PERLINGIERI, no alberga dudas acerca de la aplicación directa de la Constitución en las relaciones jurídicas de naturaleza privada, por cuanto al tratarse de normas jurídicas –supremas– dotadas de imperatividad, no necesitan de mediación a cargo del Legislador civil al efecto de incidir sobre tales relaciones, pudiendo, por sí mismas, alcanzar eficacia a través de sus mandatos. Vale decir, el hecho de que el Legislador de Derecho Privado haya permanecido inerte, no frustra la posibilidad de la incidencia directa de las normas constitucionales iusfundamentales para el tráfico jurídico privado, toda vez tales disposiciones, por su propia naturaleza, implican la aplicación inmediata[122]. Según el autor, cuando no existen normas ordinarias que disciplinen la materia a considerar, la Norma constitucional puede ser fuente de disciplina en una relación jurídica de Derecho Civil[123]. Asimismo, en clara referencia crítica a la teoría de la eficacia mediata, destaca que la *Norma normarum* no debe ser considerada siempre y solamente a la manera de una mera regla hermenéutica, sino asimismo

[120] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…*, *op. cit.*, p. 101.

[121] Leopoldo ELIA, "La protection des droits fondamentaux: objet et portée (Italie)", en *Cours Constitutionelles Européenes et Droits Fondamentaux*, edición de Louis Favoreau, Economica, Paris, 1987, p. 337. Partidario de la eficacia inmediata, parece asimismo Livio PALADIN, *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Cedam (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova, 1998, p. 561.

[122] Pietro PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Vol. I, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 10-12.

[123] Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, 3ª ed., Renovar Editora, Rio de Janeiro, 2007, p. 11.

como una auténtica norma de comportamiento, idónea para incidir sobre el contenido de las situaciones subjetivas, funcionalizándolas a los nuevos valores[124].

Tocante a la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*, puede destacarse lo expresado por la Sentencia núm. 122/1970, de 9 de julio, muy clásica y recordada por la literatura jurídica italiana, mediante la que, en un supuesto de manifestación de libertad de pensamiento, reconoce expresamente la existencia de algunos Derechos contemplados por la Constitución italiana dotados directamente de eficacia *erga omnes*, los cuales protegen a las personas no solo de las autoridades gubernamentales, sino también frente a las acciones imputables a los sujetos privados, de forma que nadie puede atentar frente a las posiciones jurídicas iusfundamentales, "sin violar un bien protegido por una rigurosa tutela constitucional". Asimismo, es de cita frecuente por parte de la literatura jurídica, la importante sentencia núm. 202/1991, de 7 de mayo, mediante la cual la *Corte* puso de relieve la eficacia *inter privatos* del Derecho a la salud, al afirmar que el reconocimiento de tal bien jurídico como Derecho Fundamental de la persona y bien primario, constitucionalmente garantizado, es plenamente operativo también en las relaciones de Derecho privado: "*Il riconoscimento del diritto alla salute come diritto fundamentale della persona e bene primario, costituzionalmente garantito, è pienamente operante anche nei rapporti di diritto privato. Dovendosi riconoscere che la lesione del diritto soggetivo garantito dall`art. 32 della Costituzione integra la fattispecie dell`art. 2043 del codice civile, non può dubitarse dell`obbligo del risarcimento per la violazione del diritto stesso. In altri termini, dal detto collegamento dell`art. 32 della Costituzione con l`art. 2043 del codice civile discendo l`ingiustizia del danno e la conseguente sua risarcibilità*".

[124] Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil: introdução…*, *op. cit.*, p. 12.

Considerando brevemente lo afectante a Francia, de entrada, es necesario advertir el radical cambio de cultura constitucional operado al efecto de la protección de los Derechos Fundamentales y bien sintetizado por Jean RIVERO; más concretamente, al cambio de significado de la Ley, pues superados los planteamientos revolucionarios vigentes durante muchos decenios, la sagrada protección mediante la Ley, ha dado paso a la situación en la cual se es plenamente consciente acerca de la necesidad de tutelar los Derechos y Libertades públicas también "contra la ley", encargando tal misión a un órgano constitucional completamente independiente frente al Legislador[125]. Tocante a la cuestión específica de la *Drittwirkung*, la panorámica general de la doctrina científica contempla la división, y según parece, rica en matices, pero, entre otros, sostiene Marc FRANGI que los principios fundamentales, entre los que se hallan los Derechos Fundamentales, desde el momento en el cual adquieren valor constitucional pleno, pasan a constituir Derecho positivo, siendo susceptibles de aplicación directamente para las relaciones jurídicas privadas, aunque su posición, como reconoce, está lejos de alcanzar unanimidad[126]. Existe, por el contrario, una amplia corriente de pensamiento, conforme a la cual, las normas constitucionales vinculan directamente tan solo a los poderes públicos, correspondiendo al

[125] Jean RIVERO, "A modo de síntesis", en *Tribunales Constitucionales Europeos y derechos fundamentales*, edición de Louis Joseph Favoreu, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 666; el autor, como ya vimos en capítulos previos, e insistiremos, sí mostró su posición abiertamente favorable a la admisión de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas.

[126] Marc FRANGI, *Constitution et Droit Privé – Les Droits Individuels et les Droits Economiques*, Economica-Presses universitaires d`Aix Marseille Éditeur, Paris, 1992, pp. 12 y ss. Con parecidos términos Diane ROMAN, "Solidarité et liberté", en *Solidarité(s),* 1, edición de Maryvonne-Hecquard Thérond, Presses de l`Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2009, 299 y ss

Legislador la introducción de las que tutelan los Derechos Fundamentales para su aplicación a las relaciones jurídico–privadas[127].

Realmente, cuando los órganos judiciales franceses invocan los Derechos Fundamentales en los litigios entre sujetos privados, lo hacen frecuentemente a través de la utilización de los principios jurídicos indeterminados y las cláusulas generales como el orden público y/o las buenas costumbres previstas desde la legislación ordinaria, es decir, como medios de irrupción mediata de los Derechos Fundamentales en la esfera del Derecho Privado[128]. Sin embargo, mantuvo Jean RIVERO la eficacia inmediata, al señalar la imposibilidad de que exista una doble ética social, en el sentido de que sean rechazadas determinadas actuaciones de los poderes públicos por su carácter vulnerador de los Derechos Fundamentales, pero aceptándolas cuando esas lesiones provengan de las actuaciones particulares[129]. Y en esta misma dirección de postular la eficacia inmediata se colocaría Louis FAVOREU[130]. En último término, ha mantenido otro grupo de autores que las normas integrantes del denominado bloque de la constitucionalidad (*bloc de constitutionalité*), sirven especialmente para introducir los contenidos de los Derechos Fundamentales en el terreno del Derecho Privado, pues el resto de las leyes tienen que adecuarse a ellas, y al estar sometidas al control previo de constitucionalidad a cargo del Consejo Constitucional,

[127] Por ejemplo, François LUCHAIRE, "Le fondements constitutionelles du droit civil", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, núm. 2, pp. 245 y ss, correspondiendo al Legislador, mantiene, la tarea de incorpora a través de las leyes el contenido de los Derechos Fundamentales al ámbito del tráfico jurídico privado.

[128] Marc FRANGI, *Constitution e Droit Privé – Les Droits…*, *op. cit.*, pp. 11-12.

[129] Jean RIVERO, *Libertés Publiques*, Vol. I, Presses Universitaires de France, Paris 1977, p. 164 y ss.

[130] Louis Joseph FAVOREU, *Droit des Libertés Fondamentales*, 6ª ed., edición de Louis Joseph Favoreu-Patrick Gaïa-Richard Ghevontian-Ferdinand Mélinn-Soucramanien-Annabelle Pena-Soler-Otto Pfersmann-Joseph Pini-André Roux-Guy Scoffoni-Jérôme Tremeau, Dalloz – Precis Dalloz, Paris, 2016, p. 42, y pp. 183-184.

impiden el ingreso en el ordenamiento de normas contrarias a los valores constitucionales[131].

4.3. Fundamentos de la eficacia inmediata: la fuerza normativa *erga omnes* de la Constitución como punto de partida.

4.3.1. Los fundamentos de la teoría en sí mismos considerados.

En consecuencia y a partir de lo mentado, de conformidad con la teoría de la eficacia directa, la vinculación inmediata de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales recibe fundamentación, desde un ángulo, del hecho concreto de que las disposiciones iusfundamentales constituyen normas jurídicas expresivas de los valores sociales materiales y supremos de la comunidad política que han de desarrollarse en la completud del ordenamiento, como consecuencia inexcusable del principio de unidad del orden jurídico y en virtud de la eficacia del principio de irradiación, así como del viejo y respetable principio de jerarquía normativa.

De otra parte, atendiendo al postulado de la fuerza normativa de la Constitución, se considera insostenible que quepa al Derecho Privado quedarse al filo de los preceptos iusfundamentales, resultando ser, conforme acertó a dejar claramente sentado el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia referida al caso *Lüth*, el efecto irradiación de los Derechos Fundamentales extensible al ordenamiento jurídico en su totalidad, incluido naturalmente, a su vez, al sector del Derecho Privado. Y ello sin perjuicio de que la extensión del ámbito de destinatarios de las normas constitucionales iusfundamentales encuentre su justificación en la necesidad de proteger al individuo de los poderes sociales, con otras palabras, del poder fáctico dimanante de

[131] George BURDEAU–Francis HAMON–Michael TROPER, *Droit Constitutionnel*, 25ª ed., Librerie générale de Droit et de Jurisprudence Éditeur, 2001, pp. 609 y ss. Henri OBERDORFF, *Droits de l`homme et libertés fondamentales*, Librerie générale de Droit et de Jurisprudence Éditeur, Paris, 2008, pp. 76 y ss.

grupos, corporaciones, empresas o de otros individuos[132]. No obstante lo cual, estimaría Hans-Carl NIPPERDEY que la argumentación y la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán, en esta última sentencia aludida, son entre sí contradictorias, pues sustenta al mismo tiempo que el sistema objetivo de valores creado por las normas de Derechos Fundamentales debe, en virtud del efecto irradiación, influir en todos los ámbitos del ordenamiento, incluido el Derecho Civil, pero afirmando también de inmediato que esa influencia es ejercida fundamentalmente por medio del *ius cogens* y esencialmente a través de las llamadas cláusulas generales del Derecho Privado[133]. En consecuencia, a contrario de lo expresado por el *Bundesverfassungsgericht*, mantiene su tesis de que algunos Derechos Fundamentales pueden ser aplicados directamente en el ámbito de las relaciones jurídicas estatuidas entre particulares sin necesidad de acudir a transformación o mediación alguna, ya que es obligado reconocer el efecto directo de las normas constitucionales de contenido iusfundamental sobre el Derecho Privado de igual modo a como se admite el efecto irradiación, y, en cuanto el orden jurídico forma una unidad, todo el Derecho solo rige con base y en el marco de la Constitución[134].

---

[132] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 25. Aunque el argumento del poder social es considerado insuficiente por la teoría de la eficacia mediata de modo que no justifica la aplicación directa de los Derechos fundamentales a las relaciones jurídicas privadas, volvemos a recordar que el propio Günter DÜRIG aceptó explícitamente que "por encima y por debajo de la propia soberanía del Estado existen grupos, poderes y estructuras que actualmente vulneran la voluntad individual de una forma más grave y fundamental de lo que pudiera hacerlo una autoridad pública", "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, edición de Theodor Maunz, Isar Verlag, München, 1956, p. 166.

[133] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 25 y ss.

[134] Ludwig ENNECCERUS–Hans–Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des…*, *op. cit.* p. 102. De este modo se interpreta asimismo el pensamiento del autor por Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 121-122.

La aplicación de la norma constitucional, producto de la soberanía popular y dotada de auténtica fuerza normativa en todos sus preceptos, es algo muy distinto de la pretensión de su empleo como mero canon hermenéutico, y exige, por el contrario, que se deba aplicar directamente dado asimismo su carácter de auténtica regla de comportamiento plenamente eficaz a la finalidad de desplegar efectos no solo en las relaciones jurídicas establecidas entre el ciudadano y los poderes públicos sino, igualmente, cuando son estatuidas entre sujetos no estatales. Por lo tanto, al objeto de lograr la influencia correcta de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado, dada su calidad de normas objetivas cuyo contenido encarna el orden de valores supremos socialmente vigente, su eficacia no requiere de ninguna mediatización o mediación, ni tampoco de punto alguno de infiltración, a diferencia, obvio es, de lo pretendido por los defensores de la eficacia mediata, que buscan mediante el empleo de las cláusulas generales o de los principios jurídicos indeterminados, la integración de los Derechos Fundamentales en los actos normativos reguladores de las relaciones intersubjetivas.

Según sostiene Robert ALEXY, al igual que la teoría de la eficacia mediata o indirecta, la influencia de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado resulta también, para la tesis de la eficacia inmediata o directa, del carácter objetivo de las normas iusfundamentales. La diferencia estriba en que, para la teoría de la eficacia directa, los principios objetivos no habrían de afectar a la relación particular–particular, influyendo solo para llevar a término la interpretación de las normas jurídicas de Derecho Privado, sino en el sentido de que de ellos fluirían directamente también derechos privados subjetivos del individuo[135]. En esta misma dirección, nuestro Tribunal Constitucional

[135] ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 512.

rechaza que el reconocimiento constitucional de los Derechos Fundamentales esté por entero subordinado a la actuación del Legislador, y termina aceptando en alguna ocasión, la aplicación directa del Derecho en la parte del contenido mínimo del mismo que resulte aplicable sin necesidad de interposición legislativa, pues, según ha reconocido por ejemplo, el hecho de "que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan solo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata. Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable supuestos que no se dan en el derecho a la objeción de conciencia"[136].

El efecto jurídico directo de los Derechos Fundamentales, a modo de normas objetivas que rijan el Derecho Privado, no requiere, afirma Hans-Carl NIPPERDEY, de "ningún medio, ningún punto de infiltración, como lo pretenden ser las cláusulas generales", por cuanto "el efecto jurídico es uno, directo y normativo, que modifica o regenera las normas de Derecho Privado existentes, sin que importe que se trate de derecho imperativo o

[136] STC 15/1982, de 23 de abril.

dispositivo, de cláusulas generales o de normas jurídicas determinadas, o cree otras nuevas, sean estas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación"[137]. La función de las disposiciones de Derechos Fundamentales, prosigue, "a la que llevo remitiéndome desde hace tiempo, se ha denominado hasta ahora, por lo general, *Drittwirkung* de los Derechos Fundamentales. De todas formas, esto es impreciso, porque los Derechos Fundamentales en sentido clásico, estricto, solo se dirigen contra el Estado. Sería más correcto hablar de la eficacia absoluta de las disposiciones de Derechos Fundamentales aisladas, que debido a su naturaleza de Derecho Constitucional objetivo y vinculante derogan, modifican, completan o crean disposiciones de Derecho Privado"[138] .

Por lo tanto, de conformidad con la tesis clásica de la eficacia directa, la norma de Derecho Fundamental ha de ser aplicada como razón primaria y justificadora (no necesariamente única) de una específica decisión, afectante a las relaciones jurídicas desenvueltas entre sujetos privados, con independencia de que exista o, en su defecto, se carezca aún, de regulación legislativa de desarrollo[139]. Los Derechos Fundamentales abandonan por esta vía su carácter de cánones hermenéuticos pasando a adquirir la naturaleza de auténticas normas jurídicas, idénticas en fuerza normativa al resto de las disposiciones constitucionales, inmediatamente vinculantes y directamente aplicables para los supuestos de relaciones jurídicas establecidas entre

[137] Ludwig ENNECCERUS–Hans–Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen…*, *op. cit.*, p. 102.

[138] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p 24. Asimismo, sobre este aspecto, puede verse Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 513.

[139] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 276, y conforme expresa, la existencia "de una norma legal que reitere expresamente la regla o el principio enunciado en la Constitución no es óbice para que pueda hablarse de aplicabilidad de la norma constitucional", *ibidem* p. 277.

particulares; de ellas emergen genuinos derechos subjetivos constitucionales a favor del ciudadano, que pueden ser invocados sin ningún tipo de mediación para el caso de las relaciones jurídicas establecidas con otros sujetos no estatales. En tanto en cuanto, ello es así, como notara el propio Hans-Carl NIPPERDEY, porque, en este momento, la comunidad ha pasado de ser el punto cardinal del Estado cuya hegemonía recae ahora sobre individuo. Con lo cual, mientras el centro del Derecho actualmente así como las decisiones fundamentales del ordenamiento, se cimientan sobre la Dignidad y la libertad de la persona individual, bases de los Derechos Fundamentales en nuestra cultura, van a constituir estas el núcleo material esencial del conjunto de las relaciones jurídicas, cuyo respeto incumbe a todos, poderes públicos y ciudadanos[140].

4.3.2. Premisas básicas susceptibles de ser extraídas (resumen).

Entendemos es ya posible a estas alturas de la exposición, establecer como premisas básicas de la teoría de la eficacia inmediata y de forma muy resumida, las siguientes: a) las normas mediante las que se establecen Derechos Fundamentales otorgan al sujeto privado (individuo, ciudadano, persona jurídica) una posición jurídica a defender, efectivamente, frente a las injerencias del poder público, pero asimismo despliegan eficacia ante los demás sujetos privados, de ahí que estemos en presencia del *status socialis* al cual hace referencia el mismo Hans-Carl NIPPERDEY, posición jurídica permisiva lícitamente para los sujetos privados de mantener una exigencia de respeto de sus Derechos Fundamentales frente a todos; b) los Derechos Fundamentales constituyen y actúan como auténticos derechos subjetivos reforzados constitucionalmente, al margen de que sean públicos o privados los

[140] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 9.

sujetos pasivos[141]; c) en cuanto derechos subjetivos constitucionales, siempre y cuando el poder constituyente no haya establecido cosa distinta, despliegan eficacia inmediatamente también en el tráfico jurídico privado, al margen de la existencia de regulaciones legislativas específicas o del recurso interpretativo–aplicativo a partir de las cláusulas generales de Derecho Privado.

4.4. Diferencias esenciales de la teoría inmediata respecto de la tesis de la eficacia mediata.

4.4.1. Planteamiento.

En su defensa de la tesis de los efectos directos de los Derechos Fundamentales, Hans-Carl NIPPERDEY se vería obligado a mostrar su oposición frente a la teoría seguida mayoritariamente por la doctrina científica alemana propugnadora de la eficacia indirecta, que recibió el aludido espaldarazo definitivo del Tribunal Constitucional Federal alemán en 1958, por medio de la sentencia que decidiera el caso *Lüth*, decisión que, a partir de la consideración de los Derechos Fundamentales como expresión de un orden de valores objetivos[142], entre otros aportes, construyó definitivamente las tesis del doble carácter y del efecto irradiante o de irradiación de los Derechos Fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico.

Pues bien, a partir del reconocimiento del efecto irradiación, constitutivo de uno de los basamentos de la teoría de la eficacia mediata de las normas iusfundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares –uno de los esenciales, y derivación del orden de valores objetivo expresado por los Derechos Fundamentales y de su doble carácter como presupuestos que, obviamente, también admite esta

[141] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 1159.

[142] BVerfGE 7, 198, (204 y ss).

teoría–, se estima que los Derechos Fundamentales proyectan sus efectos a través de la mediación del Legislador, esto es, al llevarse a cabo la producción legislativa infraconstitucional de concretización iusfundamental, así como por medio, de manera subsidiaria, de la aplicación–interpretación de las conocidas como cláusulas generales insertas en el Derecho ordinario y a través de los conceptos jurídicos indeterminados especialmente los pertenecientes al Derecho Civil. Sin embargo, ninguna de estas mediaciones es necesaria para la aplicación directa de los Derechos Fundamentales dentro del tráfico jurídico entre sujetos privados mantendrá con convicción la teoría de la eficacia inmediata, que arranca asimismo del presupuesto del orden de valores objetivo expresado por los Derechos Fundamentales, de la doble dimensión de los mismos y del efecto irradiación extensible a todos los sectores del ordenamiento jurídico.

Asimismo, coinciden la teoría de la eficacia inmediata y sectores de la teoría mediata, al menos *ab initio*, en cuanto sostienen que la vinculación directa de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas donde una de las partes está dotada de importante poder social, se encuentra caracterizada por un desequilibrio significativo capaz de afectar inequívocamente la paridad entre los dos polos de la relación jurídico–privada[143].

No obstante, una de las preocupaciones más evidenciadas por parte de los defensores de la tesis de la eficacia inmediata, desde el inicio ha estribado en el logro de la protección de los Derechos de los individuos frente a la acción los poderes sociales de dominio, pero preservando siempre al propio tiempo el principio de autonomía privada y la libertad de negociación[144], aspecto en el cual coinciden con los defensores de la

[143] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado…," *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 140.

[144] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, p. 247.

eficacia mediata. Por parte de Hans–Carl NIPPERDEY, se estima que mediante el empleo de la teoría por él mismo postulada, ni se ataca al principio de autonomía privada en su raíz y postulados esenciales, ni sufre esta afectación alguna, a diferencia de lo que le acusan sus detractores. Entre tanto, la tesis de la eficacia mediata dice surgir –se autojustifica– volcada a la defensa de un margen suficiente para la libertad de acción de los ciudadanos, privilegiando las normas constitucionales que incidan en el principio de autonomía privada, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la libertad negocial, la propiedad privada, la familia y el fenómeno sucesorio[145].

4.4.2. La ausencia de mediación legislativa.

Quizá la diferencia esencial que media entre la tesis de los efectos inmediatos y la teoría de los efectos mediatos, estriba en el innecesario desarrollo legislativo al objeto de que los Derechos Fundamentales produzcan efectos jurídicos directos a partir de las previsiones constitucionales en las relaciones normativas entre particulares defendida por la primera, frente a la inevitable mediación legislativa postulada por la segunda. O, subsidiariamente, la mediación llevada a cabo por medio del órgano judicial en ausencia de norma legal o bien la insuficiencia de la misma, que requiere la tesis de la eficacia mediata, excepto, claro está, cuando existe una previsión específica en la Constitución imponiendo la vinculación directa de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales.

Estamos, pues, ante una diferencia de gran calado, toda vez que, para la teoría de la eficacia inmediata, al margen de la carencia de material legislativo de Derecho Privado o, incluso, con independencia de

[145] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares", en *Documentação e Direito Comparado. Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 5, 1981, pp. 238 y ss.

la existencia de ese material normativo, los Derechos Fundamentales otorgan, directamente, derechos subjetivos constitucionales a los sujetos privados, aplicables horizontalmente a las relaciones jurídicas que mantengan entre sí. En todo caso, ambas teorías atribuyen una importante función al Legislador, inmediatamente legitimado desde la perspectiva democrática para un período temporal, en orden a la primacía de la que dispone respecto a la concretización de los Derechos Fundamentales (y de la Constitución con carácter general), y a la hora de precisar su eficacia en las relaciones jurídicas estatuidas entre sujetos privados. En suma, a él le corresponde en primer lugar, la "conformación jurídica de las relaciones sociales"[146].

4.4.3. La ausencia de empleo de artimañas interpretativas.

La distinción a la que terminamos de aludir, se ve aún más reforzada debido a su apuntalamiento por el segundo aspecto que perfila la teoría de la eficacia inmediata. Nos referimos a la falta de necesidad en orden a requerir de lo que la doctrina científica ha dado en llamar "artimañas interpretativas", a las que, sin embargo, acude obligadamente la teoría de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales para la aplicación de estos a las relaciones jurídicas *inter privatos*.

Frente a tamañas añagazas, mantiene adicionalmente Hans-Carl NIPPERDEY, el orden de valores constitucionalizado por la Ley Fundamental, esencialmente en lo tocante y concerniente a su sistema de Derechos Fundamentales, al contrario de lo postulado por Günter DÜRIG y la pasada y actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, no encuentra ninguna necesidad, dada su capacidad de aplicabilidad directa, de hallar una puerta de acceso, fundamentalmente

[146] Por todos, en este sentido, Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 73.

representada por las llamadas cláusulas generales, para irradiar sus valores materiales al Derecho privado. Expresado a través de los concretos términos del mismo Hans–Carl NIPPERDEY: "En verdad, el ordenamiento jurídico es una unidad; todo el Derecho solamente es válido con base en la Constitución y dentro de los límites por ella impuestos. También el Derecho Privado, sobre todo el Código Civil, solamente es válido (…) desde el momento que no contraría la Constitución. Para la validez de los Derechos Fundamentales como normas objetivas aplicables al Derecho Privado, no es necesaria ninguna mediación, ningún punto de irrupción, que serían en opinión de Günter DÜRIG las cláusulas generales (parágrafos 138, 826 y 242 del Código civil alemán). El efecto jurídico de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado, es, en puridad, desplegado de modo directo y normativo, y modifica las normas de Derecho Privado existentes"[147].

Todo lo previo implica que, de conformidad con la exposición de Hans-Carl NIPPERDEY y el resto de los postuladores de la eficacia inmediata, es preciso descartar con toda energía, que las normas iusfundamentales resulten exclusivamente de aplicación en el marco de la relaciones intersubjetivas, a través de la interpretación aplicativa de las denominadas cláusulas generales y principios jurídicos indeterminados de Derecho Privado previamente insufladas por los Derechos Fundamentales, tesis sustentada contrariamente por Günter DÜRIG y sus epígonos. Efectivamente, como venimos señalando, para los defensores de la eficacia mediata, las cláusulas generales operarían cual punto de infiltración de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas intersubjetivas, o medios instrumentales al efecto. Mas, para Hans-Carl NIPPERDEY, las normas constitucionales no se hallan en modo alguno necesitadas de puntos de infiltración para poder ser aplicadas de modo inmediato a las relaciones jurídicas suscitadas entre

[147] Hans–Carl NIPPERDEY, "Boykott und freie Meinungsäusserung…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 447.

sujetos privados, lo que implica, dicho en términos más específicos, que los particulares se encuentran en condiciones de recurrir a las normas constitucionalizadoras de los Derechos Fundamentales con el fin de hacerlas valer ante la jurisdicción, y presentarlas como oponibles directamente frente a la actuación de otros individuos o personas colectivas que lesionen sus Derechos[148].

De esta forma, por su condición de Derecho vigente, las normas iusfundamentales han de ser inmediatamente aplicadas a cargo de la totalidad de los trabajadores del Derecho, en particular por los órganos judiciales, y para la solución de todas las controversias en las que entren en liza deberá directamente actuarse a partir o desde el contenido de tales disposiciones. Se descarta ya, pues, la función de integración e interpretación de la Constitución desde unos Derechos Fundamentales operantes y actuantes solo en cuanto cánones hermenéuticos, al ser perfectamente posible y, en lógica consecuencia, obligado, la aplicación directa de los mismos, cuyos efectos, por cierto, son irradiables, como venimos reiterando, a todas las ramas del ordenamiento. Su carácter de canon hermenéutico, queda reducido ahora a los supuestos en los que la interpretación de disposiciones infraconstitucionales da lugar a diversas "normas de decisión", toda vez que, atendiendo a su posición de supremacía y función de primacía formal y material pertinente de la Constitución, deberá optarse por aquella exégesis garantizadora de la máxima eficacia y la superior optimización del Derecho Fundamental reputable para el caso. De todo cuanto antecede, colige la teoría de la eficacia inmediata, el órgano judicial aplica directamente las normas de Derechos Fundamentales, mientras para la tesis de la eficacia mediata se ocupa de lograr la mediación, incluso de la subsidiaria, en defecto de la imperiosamente conceptuada concretización legislativa. Ahora bien, como

[148] En ese sentido, la interpretación de Klaus STERN de la eficacia directa, aunque el autor ha mantenido la eficacia indirecta y actualmente la teoría del deber de protección, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik*..., *op. cit.*, p. 1539.

seguiremos viendo, ambas teorías recurren a la ponderación en cuanto técnica de solución de conflictos entre Derechos Fundamentales y bienes tutelados constitucionalmente.

4.4.4. En particular, la diferencia entre ambos tipos de eficacia según *Jürgen Schwabe*.

Entre tanto, en los ambientes jurídicos germanos ha merecido destacados elogios la diferencia entre ambos modelos de eficacia explanada por Jürgen SCHWABE. Acorde sintetiza, la contingente nulidad de un contrato celebrado entre particulares, por violentar alguna norma de Derecho Fundamental, únicamente sería posible para la concepción de Günter DÜRIG y la teoría de los efectos mediatos de acuerdo con lo establecido, entre otros, por el §138 BGB, según el cual, "un negocio jurídico que sea contrario a las buenas costumbres es nulo"; y ello, como es lógico, porque estaríamos frente a la presencia de una de las puertas permisivas de la entrada de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados.

Sin embargo, para la tesis de la aplicabilidad inmediata de los Derechos Fundamentales perfilada por Hans–Carl NIPPERDEY y el resto de los defensores de la eficacia directa en Alemania, la nulidad del contrato sería inmediata atendiendo a lo dispuesto por el§ 134 BGB, cual prevé: "un negocio jurídico que contraríe una prohibición legal es nulo"[149]. Consiguientemente, la disposición legal aplicable al caso sería la propia norma de Derecho Fundamental, puesto que, conforme hemos visto, deviene innecesaria para esta teoría de la eficacia inmediata la mediación legislativa al objeto de que las normas iusfundamentales resulten directamente eficaces en el seno de las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares.

[149] Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, Wilhelm Goldmann Verlag, München, 1971, pp. 11-12.

4.4.5. Recapitulación conclusiva realizada en breves términos.

De igual modo que la teoría de la eficacia mediata (como luego veremos con superior detenimiento), la tesis de la eficacia inmediata atribuye a los Derechos Fundamentales, en cuanto orden objetivo de valores supremo, doble carácter o dimensión, uno subjetivo y otro objetivo, así como eficacia operante en la totalidad del ordenamiento jurídico; esas son las dos semejanzas entre ambas. Mientras tanto, la diferencia básica estriba en el hecho de que la *unmittelbare Drittwirkung* sostiene la aplicación directa de las normas de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados sin necesidad de ningún tipo de intermediación de otro órgano o poder estatal.

En concreto, al defender esta última construcción dogmática, como venimos viendo, existe desde la entrada en vigor de la Constitución, un efecto absoluto de las normas iusfundamentales, no necesitando ser supeditadas a la mediación concretizante de los poderes públicos en cuanto al contenido, la forma y el alcance de su vigencia y eficacia jurídica; carecen del condicionamiento de requerir la previa existencia de regulaciones concretizantes legislativas específicas. Ni tampoco es susceptible de hacer depender tal eficacia de interpretaciones y aplicaciones a cargo de los órganos judiciales –conformes a los Derechos Fundamentales– de textos de normas imperativas de Derecho Privado, de modo particular, de aquellos portadores de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados. Por lo tanto, los derechos y obligaciones en las relaciones entre particulares, pueden y deben ser deducidos directamente de las normas constitucionales, mediante las que se establecen con validez jurídica plena los Derechos Fundamentales.

4.5. *Hans–Carl Nipperdey* y su comprensión de los efectos absolutos de los Derechos Fundamentales.

Siguiendo esta línea de ideas, y en atención a lo apuntado, Hans-Carl NIPPERDEY decidiría alejarse de manera explícita de la teoría de la eficacia mediata defendida inicialmente por Günter DÜRIG y acogida finalmente por el Tribunal Constitucional Federal alemán (incluso el autor se había adelantado al propio Tribunal Constitucional a la hora de formular su teoría), y concluye con la defensa de una eficacia inmediata y absoluta (*absolute Wirkung*) de los Derechos Fundamentales aplicables a las relaciones jurídicas entre sujetos privados siempre que ello resulte factible en virtud del haz de facultades del Derecho[150]. Desde su punto de vista, los Derechos Fundamentales despliegan efectos absolutos y, en tal sentido, es innecesaria mediación legislativa alguna para poder ser aplicados a las relaciones jurídicas establecidas entre particulares[151]. Aún más, el efecto absoluto de los Derechos Fundamentales hace que tampoco resulte necesario el recurso a las conocidas doctrinalmente como "artimañas interpretativas", utilizadas en orden a su aplicación a las relaciones jurídicas cuando no se encuentren presentes los poderes públicos como actores[152].

De cualquier manera, y una vez hemos mencionado la indicación de Hans-Carl NIPPERDEY alusiva a los efectos absolutos de los Derechos Fundamentales, quizá sea conveniente realizar alguna precisión al respecto, con la finalidad de evitar cualquier suerte de mal entendidos.

---

[150] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p 24. Asimismo, se refiere a esta cuestión Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, pp. 512-513.

[151] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 15.

[152] Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…*, *op. cit.*, p. 1538.

Porque, con la referencia del autora esos efectos absolutos, estaba pretendiendo algo diferente de la defensa de una eventual concepción de los enunciados iusfundamentales como derechos absolutos de contenido inmutable, inalterable, de con lo dejara establecido el poder constituyente, en el bien entendido sentido de que no es esta una característica de tales Derechos, algo que el ilustre jurista alemán bien sabía, pues ningún Derecho Fundamental se encuentra ilimitadamente garantizado[153]. No obstante lo cual, sectores claramente interesados de la doctrina científica sostienen que, con el empleo del término "efectos absolutos", el autor podría estar pretendiendo aludir a dos cuestiones diferentes[154], aunque, como veremos, ninguna encaja verdaderamente en el planteamiento de Hans–Carl NIPPERDEY. Una primera, sería la de que los Derechos Fundamentales tendrían carácter absoluto por presentar un contenido inmutable en el tiempo. La tesis, de acusados tintes iusnaturalistas, traería consigo la insostenible dualidad entre los Derechos Fundamentales naturales de carácter inmutable, de un lado, y los Derechos Fundamentales, así considerados exclusivamente, debido a su positivización, de otro. En segundo lugar, habría de concluirse que los Derechos Fundamentales tendrían carácter absoluto por estar exentos de sufrir cualquier tipo de limitación. Esta cuestión es evidentemente más asumible, al pretender otorgar un superior grado de amparo a los Derechos Fundamentales, pero no tiene en cuenta la imposibilidad, tanto teórica, como sobre todo práctica, de la resolución de los frecuentes choques entre Derechos Fundamentales o bienes constitucionales tutelados sin acudir a la limitación permanente de algunos de ellos cuando se trate de la resolución de los casos controvertidos, y en aplicación del principio de proporcionalidad.

[153] Por todos Friedrich MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2ª ed., Duncker& Humblot, Berlin, 1990, p. 41.

[154] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2004, pp. 245 y ss.

Ahora bien, acomodadamente tendremos ocasión de observar en otro lugar de este escrito, es imposible resolver el problema de la constitucionalización de los Derechos y las eventuales colisiones entre los mismos, sin acudir al recurso de la ponderación entre normas de Derechos Fundamentales, lo que implica proceder a su restricción proporcional para el caso concreto cuando así se haga preciso por exigencia de las circunstancias concurrentes y los bienes jurídicos ponderables. De cualquier modo, conviene recordar que Hans-Carl NIPPERDEY realiza su estudio sobre la eficacia inmediata a partir de un sistema positivizado de Derechos Fundamentales sin connotación iusnaturalista alguna, lo cual merece ser recalcado. Y, desde tal línea de pensamiento, debemos insistir acerca de que se despreocupa en todo momento de la cuestión referente a una pretendida inmutabilidad de los Derechos Fundamentales, desplegadores eso sí de eficacia jurídica inmediata para todo tipo de relaciones. Concerniente al segundo punto de vista, esto es, tocante a la imposibilidad de restringir Derechos Fundamentales, el polifacético iusprivatista no solo rechazaría semejante imposibilidad, sino que, parte expresamente incluso del presupuesto contrario, toda vez que, al mantener la aplicación de los Derechos Fundamentales directamente a las relaciones intersubjetivas, está aceptando para la libertad de los ciudadanos –en consecuencia, un Derecho Fundamental– la posibilidad de llegar a ser restringida dentro del contexto de las relaciones jurídicas establecidas con otros particulares, a fin de que distintos Derechos Fundamentales –la igualdad, por ejemplo– tengan sobre aquella preponderancia[155].

En definitiva, Hans-Carl NIPPERDEY pretende expresar con la referencia a los efectos absolutos, o a la eficacia absoluta (más bien), no

[155] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

es algo distinto de lo que por nosotros y por la inmensa mayoría de la doctrina científica recibe por denominación la aplicabilidad inmediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones *inter privatos*; vale decir, no quiere significar otra cosa diferente de la aplicabilidad inmediata de los Derechos Fundamentales en el ámbito del Derecho Privado, concordando con el espíritu a favor de la libertad que atraviesa el contenido de la Ley Fundamental de Bonn y, especialmente, su sistema de Derechos Fundamentales garantizados[156]. Afirmar que estos son ciertamente derechos absolutos, admite Giorgio LOMBARDI, sencillamente significa que son susceptibles de operatividad también en las relaciones jurídicas desarrolladas entre los sujetos privados; por el contrario, nada dice acerca de la medida y alcance de su tutela, que representa, sin embargo, uno de los núcleos efectivos del problema, tan solo pretende resolver de entrada la problemática referida a la modalidad[157].

4.6. Variaciones teórico–prácticas de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales.

4.6.1. Ideas previas.

La construcción de la eficacia directa de los Derechos Fundamentales presenta, en todo supuesto, un punto común de idéntica significación que la hace fácilmente identificable desde sus diversas variables al haberse ensayado varias, como es la proyección inmediata de la mayoría de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, en tanto que derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional frente a violaciones procedentes de actores no estatales. Con lo cual, según vienen admitiendo los propios

[156] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 757.

[157] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…*, *op. cit.*, p. 138.

defensores de la teoría, dado que los Derechos Fundamentales, por su naturaleza de garantías normativas de los supremos valores comunitarios, constituyen la base de la convivencia política, y en cuanto indisolublemente vinculados también a los aspectos esencialmente sociales asimismo situados en esa base, ello explica que, como tales, desplieguen una eficacia directa e inmediata en el ámbito de Derecho Privado[158]. Ahora bien, tal eficacia no puede considerarse de carácter complementario, ni tampoco subsidiario, respecto de la desenvuelta para el caso de las relaciones jurídicas entre Estado y ciudadano, sino que sería la consecuencia de la propia naturaleza de los Derechos Fundamentales, caracterizados como derechos públicos subjetivos hacia el Estado, y, al mismo tiempo, operantes respecto de los particulares dentro del sector de las relaciones jurídico–privadas[159].

Con todo, la teoría de la eficacia inmediata ha recibido algunos nuevos desarrollos y matizaciones dentro de la propia Alemania, y en países como Italia, Portugal, Suiza, Austria o España, entre otros, y desde luego ahora en Rusia, al margen de la acogida que ha tenido, al menos a nivel teórico (también felizmente en ocasiones práctico), por parte de varios estados de Iberoamérica. Tal circunstancia ha supuesto que la tesis de la eficacia directa haga su presentación o presentaciones, según los autores y la jurisprudencia, atendiendo a algunas variaciones de cierto significado. Para este momento, reconstruyendo determinadas variantes en términos bastante genéricos, podemos quedarnos con una clasificación de conformidad a la cual, desde el aludido indeclinable punto común, cabe aceptar sin excesiva dificultad la diferenciación de al menos tres versiones de la tesis de la eficacia inmediata, denominadas respectivamente: fuerte, suave o débil, e intermedia.

---

[158] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…*, *op. cit.*, p. 77.

[159] *Ibídem*, p. 77.

4.6.2. La versión "fuerte" de la eficacia inmediata.

De acuerdo con la conocida como versión "fuerte" de la eficacia inmediata, los Derechos Fundamentales, en las relaciones jurídicas *inter privatos*, despliegan la misma eficacia general, plena e indiferenciada respecto de cómo lo hacen para cuando estamos ante las relaciones ciudadano–Estado, dicho en otros términos: su eficacia es absoluta. Esta considerada versión fuerte, es la que sostuvo, según ha veces ha sido entendido, el propio Hans–Carl NIPPERDEY, aunque la afirmación ni es ni pacífica, ni por nuestra parte la compartimos[160]. Entre nosotros, la versión fuerte de la eficacia inmediata, comprendida con carácter de absoluta, ilimitada, incondicionada e indiferenciada, va a ser rechazada de manera expresa por diversos autores[161].

En particular, la modalidad fuerte o absoluta hace su puesta en escena a través de locuciones y propuestas francamente difíciles de sostener, porque no alcanza a la consideración de algunos aspectos esenciales que afectan decididamente en la actualidad a la dogmática de los Derechos Fundamentales. De una parte, desconsidera la cuestión acerca de que la problemática de la eficacia de las normas de Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas entre particulares,

[160] Por todos en este sentido, Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 122. Sin embargo, según Guilherme Machado DRAY, Hans–Carl Nipperdey y Walter Leisner defienden la eficacia directa de forma atenuada y casuística, una vez que, solo ante el caso concreto sería posible vislumbrar si los intereses en juego justificarían la autonomía privada a través de su prevalencia respecto de la aplicación de cualquier Derecho Fundamental, *O Pincipio da Igualdade no Direito do Trabalho – sua aplicabilidade no dominio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina Editora, Coimbra, 1999, p. 144.

[161] Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 364. Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 219.

constituye, propiamente, un problema de conflicto entre posiciones jurídicas iusfundamentales, de tal forma que el alcance de la eficacia debe ser concretizado para cada caso, mediante una ponderación delicada y adecuada de los Derechos o bienes constitucionalmente amparados que han entrado en colisión, y de ahí, puede provenir la restricción lícita de un bien o Derecho constitucionalmente protegido, siempre que la operación ponderativa sea adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto. O, expresado mediante parecidos términos, el Derecho Fundamental solo se impone en la totalidad de su "extensión en el sector jurídico privado cuando, correctamente delimitado, no colisiona en su alcance máximo con otro bien o derecho protegido en la Constitución que justifique su restricción"[162]. De otro lado, el conflicto puede surgir entre un Derecho Fundamental y el principio nuclear del Derecho Privado, vale decir, la autonomía privada, que también tiene el carácter de bien constitucionalmente amparado, por lo que este segundo no podrá ser precipitadamente eliminado en favor de la eficacia absoluta del Derecho Fundamental colisionante; por el contrario, habrá de estarse igualmente a lo derivado de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuando lo requiera el caso, lo que tampoco parece estimarse desde esta variante.

4.6.3. La versión "débil" de la eficacia inmediata.

4.6.3.1. Líneas esenciales descriptoras de la variante.

En segundo término, con arreglo a la versión débil, los Derechos Fundamentales dispondrían de una eficacia directa entre sujetos privados esencialmente en las relaciones jurídicas caracterizadas por la desigualdad de poder entre las partes, esto es, para aquellos supuestos en los que existe una diferente posición de poder social y económico, pues, de un lado, hallamos un particular colocado en una situación de

[162] *Ibídem.*, p. 219.

notable inferioridad o subordinación, y, en el otro, obvio es, nos encontramos ubicado a un segundo sujeto privado instalado en posición de clara supremacía[163]. De acuerdo con lo expresado, varios autores vienen manteniendo la afirmación consistente en la defensa de que, cuanto más acentuada sea la diferencia de posición entre las partes, mayor deberá ser la eficacia de los Derechos Fundamentales y menor el peso del principio de la autonomía de la voluntad; lo cual, hasta aquí, tampoco es excesivamente reprochable.

La versión aparece luego caracterizada a través de perfiles más indefinidos y con ciertas subvariantes introducidas a cargo de la doctrina científica, de suerte que se complican las cosas, sin excesivo lustro. En determinados momentos presenta la cara conforme una variante autónoma de la eficacia inmediata[164]. Para otros sectores doctrinales, es apreciada como una variación de la versión intermedia de la eficacia directa, aunque esta posición nos parezca muy poco acertada[165]. En fin, también ha podido ser considerada como una excepción a la construcción de la eficacia mediata según puede deducirse, *ad exemplum*, de la argumentación de Konrad HESSE, por demás, un

[163] Esta es la posición mantenida entre nosotros, entendemos, por Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos…*, *op. cit.*, pp. 360 y ss.

[164] Así es descrita y criticada por Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 226-230, pues, como muy bien mantiene, tal perspectiva estaría excluyendo injustificadamente del ámbito de la *Drittwirkung* aquellos casos en los que las partes enfrentas aparecen ordenadas en un mismo plano, sin relación alguna de supra o subordinación, supuesto que, por lo demás, en el terreno de las relaciones extracontractuales es el dominante", *ibídem* p. 27.

[165] De este modo parece comprenderlo Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos…, op. cit.*, pp. 360 y ss. En efecto, el autor parte de la consideración de que la eficacia inmediata debe observar como regla general la articulación de los Derechos Fundamentales con otros derechos y bienes constitucionales (*ibídem* p. 364), pero a continuación matiza en el sentido de que la eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares, relativizada o modulada por el juego de la autonomía privada o asociativa, será, pues, más intensa, cuando estemos en presencia de relaciones asimétricas, no igualitarias, pues cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor será la necesidad de protección, *ibídem* pp. 368-369); e incluso señala que la eficacia vinculante de los Derechos Fundamentales será más intensa en aquellos supuestos en los que la Dignidad de la persona humana resulta afectada, *ibídem* p. 369.

destacado defensor de esta última tesis durante la mayor parte de su vida, quien, no obstante, se ve obligado a echar excepcionalmente mano (o no tan excepcionalmente) de la teoría de los efectos directos para aquellas hipótesis en las que tal tipo de eficacia sería de aplicación desplegando necesariamente efectos inmediatos; a saber, cuando se trata de supuestos en los que no se ha producido regulación legislativa específica de desarrollo constitucional; si surge la imposibilidad de una adecuada concretización judicial por medio de cláusulas generales; y para el caso de que se produzca la materialización de una desigualdad fáctica relevante entre los particulares en conflicto. Con lo cual, a tenor de lo que podemos observar, aparecen ya manifiestas, numerosas e importantes aporías afectantes a la tesis de la eficacia mediata defendida por el autor[166].

Por consiguiente, van a producirse supuestos, admitirá finalmente el mismo autor precitado, para los cuales, la actividad reguladora del Legislador y la interpretación–integración de normas a cargo del juez se nos van a mostrar inadecuadas; casos, que, antes de residuales, no serán tan raros, y en los cuales los Derechos Fundamentales dejan de ser criterios hermenéuticos y terminan por transformarse en normas constitucionales directamente aplicables a esas relaciones intersubjetivas, de las cuales emergen inmediatamente derechos subjetivos privados para el individuo, pudiendo ser invocados en el contexto de las relaciones con otros particulares. Para todos estos casos, será no obstante deber, tanto del Legislador como del órgano judicial, observar si cabe, aún más rigurosamente, los Derechos y garantías

[166] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cívitas, Madrid, 1995, p, 54. En términos similares José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, pp. 281 y ss.

consagrados constitucionalmente, cual forma de proteger a los individuos en sus relaciones con otros sujetos o entes privados[167].

4.6.3.2. Jurisprudencia constitucional próxima (acogedora) de esta variante.

Esta variante brevemente descrita, es la postura que nos parece dibujada en algunos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en los que parece decantarse por la tesis de la eficacia inmediata en su variante débil.

Así, al conocer de una demanda de amparo dirigida a evitar que la causa de despido laboral, por "transgresión de la buena fe contractual, recogida en el art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, aplicada a los recurrentes por las Sentencias de la Magistratura de Trabajo y de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, pudiera admitirse, por resultar en el caso contraria a los derechos de libertad de expresión y sindical, reconocidos por los artículos 20.1 y 28 de la C.E., el Tribunal declararía inicialmente que no era una conceptualización general "de libertad de expresión la que se pide y debe efectuar el Tribunal en el supuesto contemplado, sino que, en virtud de la valoración y aplicación del derecho efectuada por los Tribunales laborales, lo que debe únicamente contemplarse es una concreta actuación regida por el alcance de derechos subjetivos precisos, y lo que debe necesariamente resolverse es si tal actuación ha excedido del propio derecho a expresarse críticamente, atendidas las circunstancias concurrentes y especialmente a la finalidad buscada conseguir"; con lo cual, entendemos está admitiendo la vinculación inmediata del Derecho a la libertad de expresión en el ámbito de la relación jurídico-privada. Y, abundando en ese reconocimiento, matiza el Tribunal, indicando que "al mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de

[167] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p 58.

comportamiento, que el art. 7 del Código Civil expresa con carácter general, al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación". Eso sí, sin referencia expresa alguna al principio de proporcionalidad, la vigencia de la libertad de expresión en las relaciones laborales que reconocida, si bien en el seno de las mismas se impone condicionamientos lícitos en orden al ejercicio de los Derechos Fundamentales, pero estos no pueden desaparecer por completo. Los condicionamientos impuestos a causa de tal relación, prosigue el Tribunal, deben matizarse solícitamente, "ya que resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional; pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual"[168].

Prescindiendo ahora de la STC 14/1984, de 7 de febrero, que será objeto de particular atención en el Capítulo sexto al analizar la teoría del deber de protección, otra sentencia de este mismo año 1984, admite la

[168] STC 120/1983, de 15 de diciembre.

inexistencia de un "derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos". Pero ello no significa, dice la sentencia, que el acogimiento de "la prueba ilícitamente obtenida -y la decisión en ella fundamentada- hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación -y la consiguiente posible lesión no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán solo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución) (…) no existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente (…) Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la «resistencia» frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica...» (Sentencia de este Tribunal 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5). Esta garantía deriva, pues, de la nulidad

radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales"[169]. Por lo tanto, para el Tribunal, adolece de nulidad radical todo acto, también evidentemente privado, lesivo de los identificados en nuestro ordenamiento como Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

La celebración de un contrato de trabajo no implica en supuesto alguno, sostuvo entre otros momentos el Tribunal Constitucional en el año 1985, el desposeimiento "para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a)], y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación", toda vez las organizaciones empresariales distan de constituir universos "separados y estancos, respecto del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 de la C.E. legitima el que quienes prestan servicio en aquellas por cuenta y bajo dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y sus libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional", y añadiendo la coletilla de que "las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)". Ahora bien, la libertad de expresión, al igual que cualquier otro Derecho Fundamental, es sin embargo un Derecho acotado, "estando sujeta a los límites que el art. 20.4 de la propia Constitución establece. Pero además y cuando la

[169] STC 114/1984, de 29 de noviembre.

expresión pública de ideas y opiniones se ejerce por un trabajador, tomando como contenido aspectos generales o singulares del funcionamiento y actuación de la Empresa en la que presta servicios, el ejercicio de aquella libertad ha de enmarcarse, como dijimos en la Sentencia 120/1983, de 15 de diciembre, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el art. 7 del Código Civil expresa con carácter general, al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»"[170].

O también, cuando reconoce que el establecimiento expreso por medio del artículo 53.1 de la Constitución de la vinculación de los poderes públicos a los Derechos Fundamentales, no debe interpretarse en el sentido de un descarte absoluto de otros consignatarios, en la medida en la cual, como ya se reconociera por medio de "la STC 18/1984, de 7 de febrero, en un Estado social de derecho no puede sostenerse, con carácter general, que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social"[171], y, de este modo, las "relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la igualdad de trato"[172]. Ahora bien, es cierto, como se ha dicho, que estamos ante la presencia de "declaraciones aisladas", a partir de las cuales, de modo alguno va a resultar factible la configuración de un

[170] STC 88/1985, de 19 de julio.

[171] Paradójicamente, y sin que uno acierte a vislumbrar las razones que tampoco se aclaran, Jesús ÁLFARO ÁGUILA-REAL, extrae como conclusión de estas afirmaciones vertidas por el Tribunal Constitucional, acerca de la vigencia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas sociales iusprivadas, el rechaza de la tesis de la eficacia iusfundamental inmediata para los supuestos de relaciones intersubjetivas, "Autonomía privada…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 69 y ss.

[172] STC 177/1988, de 10 de octubre.

razonamiento resistente "a favor de la eficacia directa o indirecta", por la que se hubiera decantado nuestro Tribunal Constitucional[173].

Asimismo, dirá el Tribunal Constitucional, según hemos venido sosteniendo "con reiteración", amparamos la nulidad de los actos debidos a particulares limititativos u obstativos del ejercicio de Derechos Fundamentales en el seno de las relaciones de trabajo, pues conforme las "(SSTC 88/1985 y 14/1987, entre otras), la celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación al trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, de suerte que, cuando se produce violación de algún derecho fundamental -como el aquí invocado de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.)- no basta la simple declaración de improcedencia, pues las consecuencias legales que de ello se derivan no amparan el derecho fundamental vulnerado, sino que para ello es preciso declarar el despido radicalmente nulo que conlleva la readmisión inmediata del trabajador con exclusión de la indemnización sustitutoria"; ante lo cual, cobra auténtico significado el hecho de que el ejercicio "de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos", resultando por ello de aplicación al caso, la reiterada doctrina de este Tribunal que

[173] Alexei JULIO ESTRADA, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales", en *Teoría del neoconstitucionalismo*, edición de Miguel Carbonell, Editoriales Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, p. 135. Y si bien en momentos previos Juan María BILBAO UBILLOS, mantenía una opinión más decida acerca de la toma de postura del Tribunal Constitucional español, adopta después la posición desde la que rechaza la posibilidad de poder hablar, "en rigor, de una doctrina del Tribunal Constitucional español que defina con claridad su posición en esta materia. Al Tribunal no le han faltado ocasiones, ciertamente, pero, consciente de que este es un terreno muy resbaladizo, ha preferido eludir el problema de fondo, pasar de puntillas, para no tener que pronunciarse sobre una cuestión que él mismo ha calificado de «espinosa». Y ha encontrado en el expediente de la «asunción judicial» una buena excusa para no entrar de lleno en la polémica", "¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?", p. 285.

ha considerado radicalmente nulos los despidos producidos por el ejercicio legítimo por los trabajadores de derechos fundamentales (SSTC 38/1981, 47/1985, 104/1987, 166/1988 y 114/1989). Sentencias que si bien hacían referencia a otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión o la libertad sindical, es también de aplicación cuando el derecho fundamental que provoca la sanción es, como ocurre en el presente caso y como entendió la Magistratura de Trabajo, el derecho a la tutela judicial efectiva"[174].

Respecto del contrato de trabajo, redundaría el Tribunal Constitucional en el año 1994, ha de descartarse su empleo a modo de credencial legitimante "de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano", pues este conserva naturalmente su condición de tal, aun incorporándose al espacio de "una organización privada (STC 88/1985)"; ahora bien, desde el respeto de este principio, es preciso reconocer, la inclusión del trabajador "en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 C.E.). Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de estos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquellos que en otro contexto serían legítimas, no lo son, cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral (SSTC 73/1982; 120/1983; 19/1985; 170/1987; 6/1988; 129/1989 o 126/1990, entre otras)", y, según reconoce la sentencia, dentro de tal "marco de modulación a las exigencias organizativas, estrictamente apreciadas, cabe valorar el alcance del derecho a la propia imagen", el invocado para el caso por el

[174] 14/1993, de 18 de enero.

trabajador recurrente, que había sido esgrimido a modo de justificación "de su negativa a la orden del empresario". De este modo, reconoce la eficacia inmediata del Derecho Fundamental en la relación jurídica laboral, otra cosa será el alcance del mismo "como factor legitimador de la negativa del trabajador a obedecer la orden empresarial". Pues bien, siguiendo esta línea tuitiva de los Derechos Fundamentales del trabajador, recuerda sí el Tribunal el efecto típico de la relación laboral, vale decir, la subordinación "de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales", pero matiza inmediatamente la sentencia al señalar que ante la restricción de un Derecho fundamental no impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, será insuficiente aislada aseveración "del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento", pues las necesidades empresariales de tipo organizativo "que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar -por parte de quien pretende aquel efecto- que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra". Aunque el Tribunal, después de haber admitido la eficacia inmediata del Derecho en la relación intersubjetiva, concluye: "No habiendo procedido a esa valoración, y deteniendo el análisis en la legitimidad formal de la orden dada, los Tribunales de instancia han desconocido el derecho a la propia imagen del trabajador en su proyección sobre la relación del trabajo, debiendo estimarse, por este motivo, la demanda de amparo"; de modo que está achacando a los órganos judiciales el incumplimiento de su deber de protección[175].

[175] STC 99/1994, de 11 de abril.

Al año siguiente (1995), fuera del ámbito de las relaciones laborales, conocería el Tribunal Constitucional de un recurso de amparo planteado contra tres resoluciones judiciales, a las que los recurrentes imputaban la vulneración del derecho a la libertad de expresión y del derecho de asociación reconocido en el artículo 22, en relación con el artículo 6 de la C.E., y que el Tribunal termina centrando en el único acuerdo sobre el que pudieron pronunciarse los órganos judiciales, limitando a él el objeto del "proceso constitucional de amparo en lo que se refiere a la pretendida vulneración del art. 20.1 a) C.E.". El Tribunal depende admite, "la infracción de los derechos fundamentales (…) tiene su origen en una actuación privada", si bien, es imputada "a los órganos judiciales en la medida en que, a juicio del perjudicado, no han reparado la infracción sometida a su conocimiento". La sentencia, desestimaría en primer lugar el recurso, pero, según aclara, no como declararan "las resoluciones judiciales frente a las que se pide el amparo, porque los derechos de participación democrática de los afiliados que derivan de la exigencia constitucional de democracia interna en los partidos del art. 6 C.E. no puedan integrar el derecho de asociación del art. 22 C.E. (…) sino porque en este caso ni los pretendidos derechos estatutarios derivados de la organización confederal forman parte del derecho fundamental de participación democrática, ni la expulsión del partido vulneró las garantías mínimas incluidas en ese derecho fundamental de los afiliados", luego, reconoce la vinculación inmediata del Derecho de asociación en su especificidad de asociación política, aunque no le considere lesionado para el caso. De igual modo, desestimaría la vulneración del Derecho a la libertad de expresión del recurrente, ahora bien, declararía el Alto Tribunal que el Derecho "proclamado en el art. 20 C.E. es también en esencia, como la mayor parte de los derechos fundamentales, un derecho frente a los poderes públicos (ATC 673/1985). Sin embargo, este Tribunal ha reiterado que su contenido se

extiende a las relaciones entre particulares y puede por tanto reivindicarse frente a este tipo de sujetos, aunque en este caso el contenido y ejercicio del derecho se someta a unos límites específicos (SSTC 120/1983, 88/1987, 126/1990, 286/1993)"[176].

La sentencia del Tribunal Constitucional de mayo de 1997, reitera y precisa jurisprudencia anterior, acerca de la vigencia de los Derechos Fundamentales en el seno de las relaciones laborales. De este modo, reconoce su insistencia respecto de la "plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral", toda vez resulta imposible para esta el despojo "de tales derechos para quienes prestan servicios en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (88/1985, FJ 2., reiterada posteriormente, entre otras, en las SSTC 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 106/1996 y 186/1996)". Consiguientemente, afirmará de nuevo, el ejercicio de los Derechos Fundamentales solo permite límites "o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 C.E. y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos (SSTC 99/1994, FJ 4.; 6/1995, FJ 2.; 106/1996, fundamento jurídico 5., y 136/1996, FJ 6.), perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral (SSTC 99/1994, FJ 4., y 6/1995, FJ 2.)".

A los necesarios equilibrios y limitaciones recíprocos desarrollados por el trabajador y el empresario, hace a continuación referencia el Tribunal, en cuanto consecuencia "para ambas partes del contrato de trabajo", lo cual conlleva la limitación de las facultades organizativas empresariales por los Derechos Fundamentales del trabajador,

[176] STC 56/1985, 6 de marzo.

"quedando obligado el empleador a respetar aquellos (STC 292/1993, FJ 4.)", por cuanto al ser un hecho real la vigencia de las disposiciones iusfundamentales, "su limitación por parte de las facultades empresariales solo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, FJ 7., y 106/1996, FJ 4.), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial", siendo insuficiente su mera invocación con la finalidad de obtener legitimación para "sacrificar el derecho fundamental del trabajador (SSTC 99/1984, FJ 7.; 6/1995, FJ 3., y 136/1996, FJ 7.)". Adicionalmente, también insiste la sentencia en otra conocida imposibilidad ampliamente sustentada por la jurisprudencia constitucional, como es el eventual empleo de facultades de tipo organizativo y disciplinario propias del empresario cara a poder producir "resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, SSTC 94/1984, 108/1989, 171/1989, 123/1992, 134/1994 y 173/1994), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquel (STC 11/1981, FJ 22)"[177].

La sentencia dictada en el mes de junio del año 2006, contiene un reconocimiento de interés por su carácter altamente tuitivo del Derecho Fundamental, reiterado luego en jurisprudencia lógicamente posterior, y es el reconocimiento y preservación de la libertad de expresión del trabajador individualmente considerado, para aquellos supuestos en los cuales la manifestación de la crítica constituya la el ejercicio de una exclusiva acción personal de este, pues ello no condiciona el protagonismo adquirido por el Derecho Fundamental invocado, toda vez el ejercicio de la Libertad de expresión dentro del marco de la relación laboral, carece del condicionamiento de requisito alguno respecto de que las opiniones críticas vertidas resulten ser sea mayoritarias ora minoritarias dentro del conjunto de los trabajadores de la empresa, y al

[177] STC 60/1997, de 6 de mayo.

margen asimismo del respaldo prestado por su órgano de representación; dirá así el Alto Tribunal: "La posición contraria al escrito por parte del comité de empresa, en cuanto legítimo representante de aquellos, o incluso la posición contraria de la totalidad de dichos trabajadores individualmente considerados, si así fuera el caso, podría ser valorada desde muchos puntos de vista, incluido el de la mayor o menor relevancia de las opiniones manifestadas o el de la consideración que hubieran de merecer por parte de los responsables a los que se dirigen, pero en nada afecta al lícito ejercicio individual del derecho a la libertad de expresión, si efectivamente este ha sido ejercido dentro de sus límites constitucionalmente definidos (…) es fácil comprender que el carácter minoritario de una opinión convierte en más vulnerable a su autor y requiere en mayor medida de la afirmación de la tutela que deriva del hecho de estar actuando en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales"[178].

En este mismo sentido de decantarse al parecer el Tribunal Constitucional a favor de una versión débil de la teoría de la eficacia inmediata, podemos situar dos sentencias dictadas los meses de mayo y junio del año 2007, a la segunda de las cuales atribuimos peculiar relevancia y será objeto de análisis en epígrafe separado. En la primera que vamos a considerar, referida a una relación laboral, el Tribunal Constitucional, realizaría la síntesis pertinente acerca de la imposibilidad de privar al trabajador de los Derechos Fundamentales de los que es titular como ciudadano, a consecuencia de la celebración de un contrato laboral, impedimento extensible al ejercicio de la libertad de empresa (artículo 38 de la C.E.), toda vez tampoco legitima la imposición a los trabajadores de límites carentes de justificación "de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 3). En este sentido, nuestra doctrina (sintetizada

[178] STC 181/2006, de 19 de junio

recientemente en la STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 4[179])", esto es, al desarrollar el ejercicio de sus inherentes facultades organizativas, el empleador carece naturalmente de legitimación a fin de producir "resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador", ni le cabe sancionar el "ejercicio legítimo de tales derechos", de tal modo que "no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales". Consecuentemente, se remonta la sentencia hasta la STC 38/1981, de 23 de noviembre, conforme a la cual, de probarse "indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate", resultando necesario para tales supuestos, la garantía de los Derechos Fundamentales pertenecientes al trabajador, a fin de evitar su desconocimiento "por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales (entre las más recientes, recogiendo esa doctrina, SSTC

[179] Tampoco es más "sitentizadora" que otras varias la STC 41/2006, 13 de febrero, mediante la cual, recuerda el Tribunal Constitucional una vez más, la imposibilidad del empleo de facultades organizativas y disciplinarias propias del empleador susceptibles de "traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquel (por todas, STC 90/1997, de 6 de mayo)", correspondiendo al empresario "carga probatoria", en las hipótesis en las que se invoque la lesión de un Derecho Fundamental del trabajador, no bastando al efecto "el mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales —lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, entre tantas otras)— (...) la ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador (así lo hemos establecido con reiteración desde la STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5)"; de este modo, incumbe al empresario la carga de la prueba, inclusive "en el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas", por no ser esto excluyente de que, "desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales del trabajador (por ejemplo, STC 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 6); o, para concluir, que no basta una genérica explicación de la empresa, pues debe acreditar ad casum que existe alguna justificación laboral real y de entidad suficiente en su decisión, es decir, desde la específica y singular proyección sobre el caso concreto (recientemente, STC 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3, y las allí citadas)".

41/2006, de 13 de febrero, FJ 4; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 4)". De nuevo en esta oportunidad, la sentencia recurrida en amparo, a juicio del Tribunal Constitucional, había obviado "cualquier ponderación sobre la lesión del derecho constitucional del recurrente, sobre la base de que la cobertura legal de la actuación empresarial resultaba incompatible con la posibilidad de la lesión constitucional que el recurrente alegaba"; vale decir, dejó de ponderar algo que le correspondía como deber, la existencia o no, "a la vista de los indicios aportados, una lesión constitucional encubierta tras la legalidad aparente del acto empresarial, sino que se limitó a justificar la conducta discutida en el ejercicio de las facultades organizativas y directivas del empleador, partiendo de la premisa de que tal ejercicio resulta incompatible con la producción de resultados inconstitucionales", contradiciendo palmariamente con esta forma de razonar, la consolidada doctrina constitucional, de conformidad con la cual, "la genérica invocación de facultades legales o convencionales o la aparente cobertura legal de un acto empresarial no basta para neutralizar el panorama indiciario (…) hemos de concluir que las razones en las que se basa la resolución impugnada en amparo resultan inadmisibles para negar la vulneración constitucional alegada, y, en consecuencia, hemos de afirmar que no resulta respetuosa con el contenido del art. 20.1 a) CE", procediendo por ello a "declarar la nulidad de la Sentencia recurrida en amparo"; pero después de haber aceptado con claridad la eficacia inmediata en la relación intersubjetiva laboral del Derecho Fundamental[180].

El mes de abril de 2008, se distaría otra importante sentencia, que vamos a analiza con cierta calma, pues, como podremos observar, hay en ella una vigorosa defensa de la Libertad de expresión del trabajador en el contexto de la relación laboral, planteando el debate en esos términos, con prácticamente desatención de la intervención de los órganos

[180] STC 125/2007, de 21 de mayo.

judiciales. En ella, el trabajador recurrente lo haría frente a un Auto del Tribunal Supremo de enero de 206 –referido a la nulidad de su despido–, considerado desprotector del ámbito su Liberad de expresión garantizado por el artículo 20.1 d) de la Constitución española, toda vez serían sus opiniones en lugar del juicio acerca de la veracidad de las mismas y el carácter noticiable de los hechos que las sirvieran de apoyo, el exclusivo apoyo de la decisión extintiva de la relación laboral, y el objeto real de las resoluciones judiciales impugnadas. Y, en efecto, el Tribunal Constitucional estimó que debía centrar el objeto del proceso de amparo en la producción de una eventual lesión del Derecho Fundamental a la libertad de expresión.

El recurrente ha venido solicitando con resultado negativo de los órganos judiciales en las diversas instancias, con carácter principal, el dictado de la pertinente resolución declarativa de la nulidad del despido y la condena a su readmisión por la empresa Y ello sería así, por entender los órganos judiciales la existencia de ofensas graves, justificativas de la "apreciación de una infracción del principio de la buena fe y lealtad, dando cobertura causal al despido disciplinario".

El Tribunal, a efectos de mejor proveer tocante a precisar con el superior grado de precisión el ámbito de cobertura del Derecho, llevó a una recuperación conceptual previa, expresando que la tutela reclamada en el caso por el actor venía referida a su Derecho a la libertad de expresión ejercido respecto del empleo a cargo del empresario de sus facultades o poderes disciplinarios en el contexto de una relación jurídico-laboral, dentro de cuyo marco la Libertad en cuestión está sujeta tanto a la libertades genéricas que por su propia naturaleza la afectan, como también por "los límites adicionales derivados del vínculo contractual que une a trabajador y empresario (STC 227/2006, de 17 de julio, FJ 3, por todas". Consiguientemente, le sigue mereciendo la consideración de oportunidad, reproducir la doctrina al efecto, sintetiza

por la STC 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 7: "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a) CE], y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación (por todas, SSTC 6/1988, de 21 de enero; 186/1996, de 25 de noviembre; o 20/2002, de 28 de enero). Lo que se ha justificado por cuanto las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del Texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquellas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional (…) La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquellos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE. Por esa razón es necesario modular, según los casos, el ejercicio de todos ellos".

En segundo lugar, vuelve a considerar la sentencia cómo el ejercicio del Derecho reconocido en el art. 20.1 a) CE está sometido a los límites contenidos en el apartado 4 del mismo precepto, y, en particular, cuando nos situamos dentro del ámbito de una relación laboral "las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser

legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación (SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; 6/1988, de 21 de enero; 4/1996, de 16 de enero; 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 20/2002, de 28 de enero; o 126/2003, de 30 de junio). (…) surge un «condicionamiento» o «límite adicional» en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que estas han de ajustar su comportamiento mutuo", si bien nos hallemos ante una limitación de carácter débil frentes a las caracterizadoras "del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución (STC 241/1999, de 20 de diciembre)"; por ello, la jurisprudencia constitucional ha aceptado el "deber de secreto respecto de determinados datos de empresa que pueden quedar excluidos del conocimiento público, aunque no resulte ilimitado (entre otras, STC 213/20002, de 11 de noviembre), o al desarrollo de la prestación del trabajo en empresas de tendencia ideológica (SSTC 47/1985, de 27 de marzo; o 106/1996, de 12 de junio)". Ahora bien, los Derechos Fundamentales del trabajador tampoco sirven de modo incondicional al objeto de "imponer modificaciones contractuales (STC 19/1985, de 13 de febrero) ni para el incumplimiento de los deberes laborales (STC 129/1989, de 17 de julio)".

Seguidamente, formula un apunte-repetición de singular relevancia para el caso y para otros de similar naturaleza, toda vez rechaza con rotundidad la "existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre; 204/1997, de 25 de noviembre; 1/1998, de 12 de enero; 197/1998, de 13 de octubre; 241/1999, de 20 de diciembre; o 192/2003, de 27 de octubre)", y aunque la relación jurídica-laboral despliega como típica consecuencia el sometimiento de "ciertas actividades a los poderes empresariales, no

basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador, dada la posición prevalente alcanzada por estos en nuestro ordenamiento dado su carácter de "proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE)". Por todo lo considerado, la jurisprudencia constitucional ha insistido sobre la imperatividad para las resoluciones judiciales, a fin de preservar "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito —modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente— de su libertad constitucional (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre, y 186/2000, de 10 de julio). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (STC 126/2003, de 30 de junio)"; de ahí la necesidad de llevar a cabo una correcta ponderación adecuada, respetuosa de "la definición y valoración constitucional del derecho fundamental y que atienda a las circunstancias concurrentes en el caso. Juicio que permitirá determinar si la reacción empresarial que ha conducido al despido del trabajador es legítima o, por el contrario, éste fue sancionado disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuyo caso el despido no podría dejar de calificarse como nulo".

Pasa a continuación, desde estas premisas teóricas, al examen de la ponderación desarrollada por los órganos judiciales cuyas resoluciones son objeto de impugnación, y, analizado el escrito por medio del cual fueran vertidas las consideraciones críticas, afirma desde el inicio el Alto Tribunal, su rechazo a que pueda extraerse del contenido del mismo trasgresión alguna de los límites del Derecho a la libertad de expresión. El texto del escrito, valora de entrada, estrictamente relata "cuestiones relativas al desarrollo de las relaciones laborales en la empresa, tanto a

un supuesto de siniestralidad laboral —fallecimiento de compañeros en accidente de trabajo— como a decisiones empresariales de carácter disciplinario directamente dirigidas frente al actor —expediente abierto por unos escritos de fecha 15 y 16 de octubre y 6 de noviembre de 2002—, aspectos en los que el trabajador ve elementos que considera criticables y que desea denunciar". Nos hallamos, pues, ante críticas y juicios valorativos direccionados contra la cadena de mando del establecimiento, así como frente a "los órganos de representación de los trabajadores y (podría entenderse que) también contra los compañeros de trabajo en lo relativo al accidente laboral". El Tribunal admite la "particular dureza" de la crítica-denuncia en "algunos momentos", admitiendo asimismo la necesidad de tener en cuenta que el escrito "queda limitado en su difusión al ámbito puramente interno de la empresa", obedeciendo al exclusivo fin "de rendir un homenaje a los compañeros fallecidos y, asimismo, al propósito de denunciar tanto las circunstancias en las que se produjo su accidente como, por otra parte, los términos en los que se desarrolló el mencionado procedimiento disciplinario, sin que el trabajador haya empleado al hacerlo expresiones insultantes, ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas y opiniones que expone y, por tanto, innecesarias a su propósito (...), y sin que tampoco se haya situado al margen de las pautas de comportamiento exigibles existente una relación laboral". Consecuentemente, el escrito de crítica, de inicio, conforma "una comunicación interna en el seno de la empresa, sin que en ningún momento se haya ni siquiera alegado la existencia de cualquier tipo de difusión externa a la opinión pública en general, ni en particular a los usuarios concretos del servicio que Cepsa presta". Con todo, carecía de imposición alguna el ejercitante del Derecho, al objeto de "su comunicado únicamente a los gestores de la entidad, pues el demandante de amparo podía, como hizo, dar a conocer el documento a los restantes trabajadores de la empresa, entregándolo incluso en mano a alguno de ellos, dinámica esta consustancial a toda

acción de expresión como la analizada, y que no afecta al carácter interno de la comunicación". De otro lado, el hecho apuntado del carácter interno del escrito, reductor por ello del "impacto y efectos de la crítica y denuncia realizadas en términos de difusión —lo que resulta relevante sobre todo para analizar su relación con la causación de un posible perjuicio desproporcionado a Cepsa—", no debe en momento alguno conducir a una desvirtuación del alcance de ese extremo, instrumentalizado hasta el punto de soslayar el principio o regla general, sin perjuicio del examen de cada caso, de que un trabajador no puede ver restringido "por defecto su derecho fundamental al ámbito interno de la empresa, pudiendo dar difusión externa a sus opiniones y críticas (un ejemplo de ello en la STC 151/2004, de 20 de septiembre)". Recordando de la mano de la STC 181/2006, de 19 de junio, FJ 6, y a partir de la prevalencia de los Derechos Fundamentales, la limitación de los mismos únicamente "puede derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7; y 105/1996, de 12 de junio, FJ 4), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7; 6/1995, de 10 de enero, FJ 3; y 136/1996, de 23 de julio, FJ 7)". El escrito difundido en el caso, efectivamente tuvo carácter interno, ahora bien, admite la sentencia, que el caso de haber tenido "difusión externa hubiera podido encontrar acomodo en la cobertura del derecho fundamental (El carácter estrictamente laboral del contenido del escrito considerado se acredita advirtiendo que nada hay en él que verse sobre ámbitos distintos al de las relaciones laborales. En efecto, el mismo se refiere íntegramente al accidente de trabajo de varios compañeros y a la sanción previamente impuesta al recurrente en amparo por otros comunicados previos (...) en ningún momento se realiza imputación o crítica alguna a la dirección del

centro no relacionada directamente con aquellos concretos aspectos laborales".

Por consiguiente, era claro el cabal engarce del tantas veces mentado escrito de crítica, "con el ejercicio de la libertad de expresión en el seno de la relación de trabajo". Pudiendo, ciertamente, ser las críticas justificadas o no, el malestar expresado mediante el escrito puede tener un alcance más o menos generalizado y ser o no compartido por otros trabajadores o no serlo; los concretos hechos denunciados serán o no ciertos; el diagnóstico de la situación y de sus causas, finalmente, podrá ser más o menos certero". Sin embargo, de manera alguna resulta factible cuestionar su finalidad estrictamente laboral, ni "cabe apreciar daño alguno en acreditadas necesidades o en intereses empresariales". Indudablemente, se reconoce, en sí mismo considerado, el escrito sería constitutivo de un episodio "de conflictividad laboral, pues con su elaboración y publicación (…) se ejerce por el recurrente en amparo una acción de protesta, crítica y autoafirmación de la propia posición, con independencia de que acompañe a ese propósito el declarado de homenajear a sus compañeros muertos en accidente laboral". Pero, desde otro punto de vista, resulta de igual modo cierto, que analizado en sí mismo el contenido del escrito, la circunstancia de hacer explícito la existencia de una conflictividad laboral, de suerte alguna es susceptible de entenderse excesivo "el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, resultando conceptualmente insostenible vincular el acto de hacerlo público con la idea de perjuicio o lesión de los intereses empresariales, pues el conflicto de intereses entre las partes del contrato de trabajo es consustancial a un sistema democrático de relaciones laborales, y lo es también, por tanto, el derecho a hacerlo expreso y a adoptar las medidas de conflicto que el Ordenamiento jurídico reconoce". Al no caber la defensa en nuestro ordenamiento, como hemos recordado, de un genérico deber de lealtad, dotado de una comprensión omnicomprensiva de ligamento "del trabajador al interés empresarial, o que sea reiterada

nuestra doctrina en cuanto a que, aun cuando la relación laboral tiene como efecto típico la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador". Y toda vez, el escrito de crítica limita su contenido a expresar el malestar y las objeciones "del trabajador firmante por las situaciones que denuncia", está fuera de todo lugar la declaración de algún "daño efectivo a la empresa por extralimitación del marco legítimo del ejercicio de la libertad de expresión, al no haber resultado acreditadas otras consecuencias o daños específicos", con base en los cuales sea pertinente realizar algún tipo de ponderación.

Insistiendo en la idea acerca de la inexistencia del rechazado de la global obligatoriedad "de lealtad con un significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial", e incluso en la consolidada posición jurisprudencial, referida al extremo de que, "aun cuando la relación laboral tiene como efecto típico la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador". Y si, según evidencia su contenido, el escrito circunscribe su exposición a expresar la pesadumbre y detracción del trabajador autor de la crítica, debido a las tesituras "que denuncia, no puede declararse ningún daño efectivo a la empresa por extralimitación del marco legítimo del ejercicio de la libertad de expresión, al no haber resultado acreditadas otras consecuencias o daños específicos con base en los que proceda realizar algún tipo de ponderación". E incluso, pudiendo abarcarse por medio del escrito la percepción "de acusación y denuncia del comportamiento de los compañeros de trabajo de los fallecidos, estaríamos ciertamente ante un reproche molesto, hiriente e incluso despectivo, pero, como ya dijéramos en la STC 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 8, no resultaría tampoco en esa tesis hermenéutica una expresión gravemente vejatoria, menos

aún cuando el escrito no individualiza ni identifica a trabajadores concretos y cuando, nuevamente, nos situamos en el ámbito de la libertad de expresión, al no estar en cuestión la veracidad de lo declarado por el actor en su comunicado".

Para el Tribunal Constitucional, la expresión utilizada por el trabajador al expresar su crítica: "«pesar del encefalograma plano y bobalicón que está imperando aquí», referida según afirma el actor y parecen asumir los órganos judiciales a los representantes de los trabajadores en la empresa, será preciso recordar, en primer lugar, que la crítica a la función representativa también es posible". De otro lado, agrega la sentencia, si bien las manifestaciones del trabajador referidas van también referidas a sus representantes "difícilmente podrían justificar una resolución unilateral del contrato de trabajo de carácter disciplinario, al ser aquella relación de representación diversa al vínculo contractual que liga al empresario y el trabajador".

Bastaría todo lo significado a fin de revalidar la deducción ya identificada, pero repara aún la sentencia acerca de la oportunidad de destacar que los testimonios "«encefalograma plano» y «bobalicón», dirigidas a los representantes de los trabajadores y utilizadas en el apartado del escrito que se ocupa del accidente de trabajo con resultado de muerte, podrían razonablemente vincularse (…), a la gestión representativa de los miembros del comité de empresa", y encuadrarse en el marco de una crítica al ejercicio de su función relatico al accidente, carentes de "ánimo en cambio de descalificación personal". Ahora bien, la indudable crítica latente en tales expresiones por incómodas "que sean, no equivale a discutir la rectitud, integridad u honradez de los afectados, como mucho su solvencia en el desarrollo de la función o la actuación concreta que pudieron llevar a cabo en un supuesto singular, crítica amparada por el derecho fundamental en tanto que no se acredita, ni un ánimo de repercutir directamente en la consideración y dignidad

individual de los representantes de los trabajadores, ni la producción objetiva de un daño de aquella naturaleza"; expresado de otro modo, los mentados epítetos "estarían valorando una actuación representativa en un asunto específico y particular, por lo que no pueden considerarse descalificaciones personales de carácter general (en ese sentido, realizando la diferenciación entre actuación profesional concreta y descalificación personal, STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 6)".

Por último, pasa revista el gendarme de la Constitución al término "«engendro sancionador» referida al expediente disciplinario del que fue objeto el recurrente en amparo", concluido con la imposición de una sanción, al final dejada sin efecto debido a un pacto sellado antes de la celebración de juicio. Pues bien, según manifiesta el Tribunal, "es necesario destacar que entre las acepciones de «engendro» está «Plan, designio u obra intelectual mal concebidos»", y, extensivamente, "sin necesidad de realizar esfuerzo interpretativo alguno, es patente que no ofende ni insulta a nadie el hecho de calificar como mal concebido o tramitado un expediente disciplinario. Es una opinión que será o no correcta conforme a un test jurídico, pero que no puede quedar desamparada por el derecho de libertad de expresión (…) tal declaración guarda relación con las circunstancias en las que el mismo fue desarrollado y las irregularidades en las que, a juicio del autor del escrito, incurrió el procedimiento, lo que no puede considerarse gravemente ofensivo o insultante puesto que aquel término tiene un significado en castellano que bien puede quedar comprendido en el mismo campo semántico que otros que aluden a lo realizado de modo irregular o en forma gravemente defectuosa e incorrecta (..) no se trata de una expresión ofensiva, por mucho que la empresa pueda estimarla irrespetuosa", cumplidos los requisitos impuestos constitucionalmente, el ejercicio del Derecho Fundamental permanece inmune a un juicio de oportunidad, al ser sus límites, "de otro tipo, al igual que no cabe exigir que quede sujeto a un deber de imparcialidad (STC 151/2004, de 20 de

septiembre, FJ 9), tampoco en relación con un conflicto en el que el autor del escrito defendía un interés y una posición frente a la empresa en materias de índole laboral".

Como podía perfectamente intuirse, a la vista de lo explanado, concluiría aquilatando el Tribunal Constitucional, la inequívoca relación guardada a cargo de las manifestaciones hechas por el trabajador recurrente con sus "intereses laborales", y, por añadidura, consideradas "en sí mismas como en su contexto no entrañaron una ofensa grave para la empleadora, ni eran vejatorias para sus gestores o trabajadores, aun cuando pudieran considerarse improcedentes. La actuación del actor supuso un legítimo ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en la medida en que se limitó a manifestar su desaprobación, disconformidad y crítica, en el ámbito interno de la empresa, con problemáticas laborales. Por consiguiente ha de estimarse que no fue legítima, por contraria al art. 20.1 a) CE, la decisión de Cepsa acordando su despido.

Con fundamento en la totalidad de consideraciones antecedentes, durante cuya formulación no se prestara la más mínima atención a las ponderaciones realizadas por los órganos jurisdiccionales, sino que la dialéctica ha discurrido en todo momento atendiendo a las posiciones del trabajador y de la empresa, dirá el Tribunal Constitucional, procede la estimar el recurso de amparo, restando solo "determinar el alcance de los pronunciamientos previstos en el art. 55 LOTC", y, a tal fin, concluye declarando la "nulidad de las Sentencias impugnadas, así como la del Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2006, en cuanto declara la firmeza de la Sentencia dictada en suplicación (por todas, SSTC 171/2005, de 20 de junio, y 52/2007, de 12 de marzo"[181].

[181] STC 56/2008, de 14 de abril.

En el año 2008, se dicta otra relevante sentencia[182], contextualizada como sigue por el Tribunal Constitucional español: "El Sindicato CNT-AIT interpone con fecha 11 de enero de 2002 una denuncia ante la Inspección de Trabajo en la que pone de manifiesto las irregularidades que según los trabajadores estaba cometiendo con ellos la empresa»". Según documenta el recurrente, una vez adoptado un acuerdo por "«la Asamblea del Sindicato, el declarante fue el que se encargó de gestionar los acuerdos y de redactar los escritos, efectuándose su distribución»", mostrativo de que toda la "«actuación de CNT-AIT respecto a la empresa SUYMA surge en un contexto de conflictividad laboral entre la empresa y los trabajadores»", escritos que se tradujeron en su confección y divulgación mediante pasquines información sindical, cuyo contenido sería objeto de querella por la empresa.

En su declaración judicial, la recurrente ratificaría ante el juez, la motivación de su conducta consecuencia del desarrollo de su actividad sindical, "en defensa de los trabajadores de la empresa, haciendo los pasquines controvertidos «con objeto de dar información a los vecinos, dadas las condiciones de trabajo existentes»". Más tarde, durante el trámite de recurso de apelación, no solo valoraría las pruebas de manera diferente «al Juez que dictó la Sentencia para llegar a conclusiones diferentes de las plasmadas por este en el relato fáctico» (como se afirma en el FJ Segundo de la Sentencia de la Sala), sino que trasladó al Tribunal una serie de consideraciones específicas sobre la necesaria protección de los derechos fundamentales que ahora invoca en esta vía de amparo".

Al pasar el Tribunal Constitucional a la consideración sobre el fondo de la cuestión planteada, cifra su tarea en el examen de "en qué medida

[182] STC 108/2008, de 22 de septiembre.

los órganos judiciales intervinientes, tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial, al calificar la conducta del recurrente como una falta de injurias del artículo 620.2 CP, han vulnerado su derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), en relación con los derechos a la libertad de expresión y de información [art. 20.1 a) y d) CE], y, por tanto, si dicho pronunciamiento condenatorio constituye una decisión constitucionalmente legítima". Y, a efectos de abordar la cuestión con el máximo rigor, considera de nuevo altamente oportuna el recordatorio de la doctrina constitucional sobre la materia. Destaca en este sentido, que inicie su recordatorio con doctrina acerca de la dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales, para deducir de la misma una conclusión de alto calado iusfundamental, estimando que "su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales al aplicar una norma penal la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3; 196/2002, de 28 de octubre, FJ 6). Por ello, si los órganos judiciales prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental e incluyen entre los supuestos sancionables por aplicación de un tipo penal conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo del ejercicio del mismo, vulneran este, pues, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, hemos afirmado reiteradamente que «los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales» (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4), y que «los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito» (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5)".

La ausencia de un examen preliminar, prosigue la sentencia, acerca de "la eventual concurrencia en el caso concreto de la circunstancia de que los hechos a considerar no sean sino manifestaciones concretas del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables, o la carencia manifiesta de fundamento de dicho examen, han de ser consideradas de por sí lesivas y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada a través de él (STC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2). Bien entendido que nuestro control en tales si se ha realizado en estas una ponderación adecuada que «respete la posición constitucional de los derechos en juego» (SSTC 20/2002, de 28 de enero, FJ 3; 174/2006, de 5 de junio, FJ 2). No se trata, por tanto, de hacer un juicio constitucional sobre la aplicación del tipo penal de injurias a los hechos declarados probados por la Jurisdicción penal casos no se ha de limitar a enjuiciar externamente la actuación de los órganos judiciales, examinando la razonabilidad de la motivación de las sentencias objeto de impugnación, sino que hemos de comprobar (STC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 4). Si este Tribunal apreciase una infracción del artículo 28.1 CE, en relación con el contenido del artículo 20.1 a) y d) CE invocados en la demanda, no sería por la conculcación de lo dispuesto en el artículo 620.2, en relación con el artículo 208, ambos del Código penal, solo relevante, en su caso, a los efectos del artículo 25.1 CE, sino por la aplicación de estos tipos penales en contra del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad sindical y a las libertades de expresión e información". Pues bien, contiene lo anterior la obligación para el Juez penal de indagar, "como cuestión previa a la aplicación del referido tipo penal a los hechos probados, si estos no han de encuadrarse dentro de ese aludido ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en los artículos 28.1 y 20.1 a) y d) CE, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que dichas libertades operarían como «causas excluyentes de la antijuridicidad de la conducta» (SSTC

232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5; 2/2001, de 15 de enero, FJ 5). Por otra parte, si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar este enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, «pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del «animus iniuriandi» tradicionalmente utilizado por la Jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos» (por todas, STC 266/2005, de 24 de octubre, FJ 4). 4. Continuando en el análisis de la cuestión planteada, merece reseñarse, desde el ámbito de la acción sindical, que la mera presencia de un representante sindical o la realización de actos con impronta sindical no excluye la posibilidad por parte del Juez o Tribunal de la imposición de sanciones penales, que serán constitucionalmente lícitas en aquellos casos en que la actuación sindical no se concrete efectivamente en la realización de la conducta objeto de enjuiciamiento sino que se desnaturalice el ejercicio del derecho desvinculándolo del ámbito de su contenido propio, su función o finalidad específica y de los medios necesarios para la acción sindical. Por el contrario, si la conducta debe ser calificada como inequívocamente sindical en atención a esos mismos criterios, resultará constitucionalmente inaceptable la imposición de una sanción penal (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5). Así las cosas, hemos afirmado que, aun cuando el tenor literal del artículo 28.1 CE parece restringir el contenido de la libertad sindical a la vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, en virtud de una interpretación sistemática de este precepto con el artículo 7 CE y del canon hermenéutico del artículo

10.2 CE, que remite a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, ha de integrarse en el contenido esencial de este derecho también la vertiente funcional, es decir el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden. Se garantiza, por tanto, un ámbito esencial de libertad para organizarse a través de instrumentos de actuación de la forma que consideren más adecuada a la efectividad de su acción, dentro del respeto a la Constitución y a la ley. En el artículo 28.1 CE se integra, pues, el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical comprensiva de todos los medios lícitos y sin las indebidas interferencias de terceros (SSTC 145/1999, de 22 de junio, FJ 3; 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 4). En este sentido, en la STC 281/2005, de 7 de noviembre, FJ 6, recordábamos que «el ejercicio de esa acción sindical confiere al sindicato un amplio marco de libertad de actuación, cuyas vertientes más significativas son el derecho a la negociación colectiva, a la huelga y al planteamiento de conflictos individuales y colectivos (art. 2.2.d de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical), cuyo ejercicio dentro de la empresa se regula en los artículos 8 a 11 de esa misma ley, pero cuyo contenido no se agota ahí, sino que -consagrándose constitucionalmente un ámbito de libertad- comprenderá también cualquier otra forma lícita de actuación que los sindicatos consideran adecuada para el cumplimiento de los fines a los que están constitucionalmente llamados. Entre otras, y por lo que atañe a la resolución de este caso, la utilización como instrumento de acción sindical de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información». Nos corresponde, pues, como Tribunal de garantía o de tutela de los derechos fundamentales, ponderar si en el presente caso el recurrente ejerció el derecho de libertad sindical dentro de su ámbito legítimo o si, por el contrario (como al parecer apreciaron los órganos

judiciales cuyas decisiones se impugnan), a su conducta puede aplicársele una sanción penal al exceder de los límites constitucionalmente admisibles. Por otra parte conviene puntualizar, la lesión que también se estima producida, como subrayábamos en la STC 198/2004, de 15 de noviembre (FJ 4), no es la de los genéricos derechos a la libertad de expresión e información de los que son titulares todos los ciudadanos, sino la de los relativos a la información y expresión sobre materias de interés laboral y sindical, como instrumentos del ejercicio de la función representativa que en su condición de representante sindical, no discutida en las resoluciones impugnadas, corresponde realizar al recurrente y a través de los cuales se ejerce la acción sindical que integra el contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical. La invocación del artículo 20.1 a) y d) CE carece, pues, de sustantividad propia y no es escindible de la que se efectúa del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y será, en consecuencia, desde esta perspectiva desde la que abordaremos nuestro análisis".

La Libertad de expresión, reproduce la sentencia, protege no solo la manifestación de pensamientos e ideas, sino también la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una "sociedad democrática", estando lógicamente excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones de que se trate (en esta línea, SSTC 20/2002, de 28 de enero, FJ 4; 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 7; 39/2005, de 28 de febrero, FJ 5; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4)". Por consiguiente se hallan situadas fuera del ámbito de protección del Derecho "las frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito", en fin, el

"artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la Norma Fundamental".

Los epítetos empleados, "explotador" y "compañía de explotación", considerando además "las circunstancias concurrentes" y "el contexto en el que se producen, suponen un lenguaje "duro y agresivo", lo que ha llevado a la jurisprudencia constitucional a mantener dentro de "este ámbito de la libertad sindical (así, STC 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 7)", el carácter no inhabitual de "manifestaciones de esta naturaleza, especialmente en situaciones de tensión y de conflicto", no siendo dichos calificativos formalmente ofensivos o vejatorios, expresivos así del necesario *animus injuriandi* de quien los utiliza, (….) sino más bien reflejo de un lenguaje que ha venido utilizándose habitualmente en la práctica sindical, utilizado por los trabajadores y sus representantes más contra la empresa como entidad empleadora que contra alguna persona determinada", lo cual, atendida "la propia naturaleza de los conflictos que aquí se dilucidan debe ser tolerable en este ámbito de las relaciones laborales colectivas". Consideraciones susceptibles de ser extendidas a la " expresión «sucia empresa», que también ha servido para justificar la condena del recurrente por la referida falta de injurias (…) a lo que debe añadirse que además la utilización de este calificativo supone un claro juego de palabras al dirigirse el mismo precisamente contra una empresa de limpieza".

A tenor de los sostenido, convendrá el Tribunal Constitucional que las Sentencias impugnadas, condenatorias del demandante de amparo, "como autor de una falta de injurias del artículo 620.2 CP, a la pena de veinte días de multa con una cuota diaria de seis euros, han vulnerado el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), en relación con el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), por tratarse de una reacción innecesaria y desproporcionada, con un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de dichos derechos fundamentales, no haciendo, por ello, los

órganos judiciales intervinientes la obligada ponderación que viene siendo exigida por la doctrina de este Tribunal en estos casos"[183]; destacando la alusión al carácter desproporcionado de la resoluciones judiciales.

El mes de octubre del mismo año 2008, fue dictada otra importante sentencia en el campo de las relaciones laborales, muy centrada en la garantía de indemnidad, traducida, como bien se sabe, en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3; y 138/2006, de 8 de mayo, FJ 5), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores].

El análisis de la protección frente a actuaciones vulneradoras de Derechos Fundamentales, atiende a la suma importancia proporcionada por la regla de la distribución de la carga de la prueba. Para los criterios aplicables en materia probatoria cuando se trata de eventuales violaciones de Derechos Fundamentales en el sector jurídico iuslaboral, cabe destacar, dirá la sentencia "lo señalado en nuestra STC 87/2004, de 10 de mayo (FJ 2)", sistematizadora y sintetizadora de "reiterada doctrina anterior", referida a la exigencia de proteger los Derechos Fundamentales del empleado con la finalidad de que "no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los

[183] STC 108/2008, de 26 de septiembre.

derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador. Precisamente la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo". La prueba indiciaría persigue como objetivo eludir queden sin desvelar las veraces razones del acto empresarial y ello imposibilite "declarar que este resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre, FFJJ 2 y 3), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria". De una parte, se postula la responsabilidad a cargo del trabajador "de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel", indicio que, según jurisprudencia constitucional muchas veces ratificada, "no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5, y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4)". Un vez concluso este presupuesto, que reviste carácter inexcusable, consistente en desarrollar una serie de alegaciones suficientemente precisa y concreta mostrativa de los indicios de la existencia de represalia empresarial, resulta factible achacar y hacer "recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración

de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios". La jurisprudencia exige el cumplimiento de una "una auténtica carga probatoria", y no bastará con el ero expediente de "la vulneración de derechos fundamentales —lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 14/1989, de 22 de junio, FJ 4)—", de tal manera que el órgano juzgador alcance la convicción de la existencia de tales causas en su condición de "las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que esta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales". Consecuentemente, incumbe al empleador la obligación de justificar de haber sido causas reales y serias, de entidad acreditativa suficiente, capaces de explicar "objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión", permitiendo su calificación como "razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5, y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, por todas)"; eliminando así "toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 3, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6, por ejemplo)". La entidad de este tipo de prueba es de tal magnitud que, para el caso de su ausencia, ello trasciende de inmediato al ámbito procesal, y decreta por sí solo el despliegue de total operatividad de los indicios aportados por el demandante, a efectos de "declarar la lesión del propio derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4)".

Examinada la cuestión concreta por el Alto Tribunal, bajo los parámetros teóricos reproducidos, estimaría la nitidez mostrada por los hechos recogidos por la demanda de amparo, como para valorarles dotados de "suficiente respaldo en el relato fáctico de las Sentencias

dictadas en el proceso judicial", al punto de inferirse "suficientes para considerar acreditada la posibilidad de una conducta dirigida a sancionar la acción judicial ejercida por la trabajadora frente a la empresa"; particularmente, sopesando "la evidente conexión temporal existente entre la demanda judicial y el despido y la ausencia de cualquier otro elemento ajeno al conflicto surgido con motivo de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la trabajadora con el que pudiera conectarse la decisión extintiva".

El Tribunal vería indicios de que la sentencia de instancia e incluso la suplicación, habían partido de la suficiencia de aportación de indicios para lograr la inversión de la carga probatoria, toda vez había fundamentado sus fallos a partir de la valoración de las pruebas proporcionadas a cargo de empresa, tratando de acreditar la concurrencia de "causas reales para el despido ajenas a un propósito lesivo del derecho fundamental". Sin embargo, en la estimación del Tribunal Constitucional, "debería haber presentado una prueba precisa y suficiente de que el despido tuvo «causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios» (por todas, SSTC 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 6; y 138/2006, de 8 de mayo, FJ 7)", algo que concluirá no llevó a cabo. Ante tal situación, recordaría el Tribunal que esta insuficiencia probatoria, había sido abordada por su propia jurisprudencia, de modo particular "en relación con los denominados despidos «pluricausales»". Y traería a la causa sus SSTC 41/2006, de 13 de febrero (FJ 5), y 138/2006, de 8 de mayo (FJ 7), definitorias de los "despidos «pluricausales» como aquellos de corte disciplinario en los cuales, "frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental, como puede ser el invocado en este recurso de amparo, el empresario alcanza a probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que

justifican la adopción de la medida extintiva". Subsiste, por tanto, como decía la STC 48/2002, de 25 de febrero, FJ 8, la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, esto es, acreditar que la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedece a la adopción de una medida razonable y objetiva y no encubridora de una conducta contraria a un Derecho Fundamental del trabajador, vale decir, no atiende a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el Derecho Fundamental en cuestión.

De esta manera, juzgaría el Tribunal la ausencia de acreditación tanto de la causa legal expresada como motivo del despido, como del carácter determinante de los hechos invocados a modo de causa de la adopción de la decisión extintiva del contrato, por la empresa. Tales hechos referidos a incumplimientos del trabajador, quedaron "no acreditados o de que los mismos fueran de la entidad y gravedad suficientes para justificar la decisión extintiva, cuestiones que, como ha quedado señalado, no resultan imprescindibles para desvirtuar el panorama indiciario, es lo cierto que la empresa ni siquiera ha acreditado que su decisión extintiva estuviera en realidad motivada por la consideración de tales incumplimientos (…) no ha acreditado en el proceso —como le correspondía— hechos que, por sí mismos, permitan explicar, de forma objetiva, razonable y proporcionada, su decisión, eliminando toda sospecha de que la misma pudiera constituir una represalia consecuente al ejercicio por la trabajadora de su derecho a la tutela judicial efectiva (…) la falta de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por la demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental invocado (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4). Al no haberlo hecho así, la resolución judicial recurrida ha aplicado incorrectamente la doctrina constitucional en materia de prueba indiciaria y ha vulnerado, al no ampararlo, el derecho a la tutela judicial

efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante, en su vertiente de garantía de indemnidad, por lo que resultará procedente otorgar el amparo solicitado"[184].

De nuevo apreciamos en la sentencia una constante dialéctica trabajador-empresa, a la salvaguarda de los Derechos Fundamentales en la relación jurídica mantenida, con apenas una leve referencia a la desatención por la jurisdicción ordinaria de la jurisprudencia constitucional sobre el valor de la prueba indiciaria. Interesa destacar la referencia a la falta de proporcionalidad de la decisión empresarial con lo que se acercaría esta resolución a la versión intermedia de la eficacia inmediata.

Otra de las sentencias recientes e importantes es la dictada en octubre de 2015: "El comunicado del "comité de empresa-sección sindical CGT" tiene dos partes bien diferenciadas: la primera, de crítica a determinadas actuaciones empresariales, que en modo alguno, dice el TC y coincido con su tesis, podrían provocar una actuación empresarial ejerciendo su poder sancionador y aplicando una medida sancionadora al trabajador-representante. La valoración formulada en el escrito, cuya lectura es obligada para todas las personas que se acerquen al estudio de este caso (recogido en el Antecedente de hecho 2), es ciertamente crítica hacia la empresa pero el lenguaje utilizado forma parte del que puede admitirse en unas relaciones de conflicto entre la representación de los trabajadores y el empleador, con unas manifestaciones que más allá de dicha crítica ni son inhabituales en conflictos como el ahora objeto de estudio, ni tampoco son censurables desde la estricta perspectiva jurídica[185].

[184] STC 125/2008, de 20 de octubre.

[185] STC 203/2015 de 5 de octubre.

4.6.3.3. ¿Aceptación jurisprudencial de la tesis de la corresponsabilidad?

Tratando de probar el enunciado del epígrafe, nos vamos a detener en el análisis de una importante sentencia dictada por el Alto Tribunal español el mes de junio del año 2007.

La demanda de amparo mediante la que se abriera el caso constitucional, inicialmente dirigida contra una sentencia dictada en casación el año 2004 por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, recurso interpuesto, a su vez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimonovena), en diciembre de 1998, trayendo esta última causa de autos de juicio incidental sobre protección del derecho al honor, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4[186]. Pues bien, el Tribunal Constitucional, con carácter previo, sintetizaría jurisprudencia previa, según la cual, siempre que es objeto de impugnación mediante recurso de amparo una "resolución judicial confirmatoria de otras, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquella, han de entenderse también por recurridas las precedentes resoluciones confirmadas (últimamente, STC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 1)"; y, de este modo, sostendrá para el caso, que toda vez las "denuncias de inconstitucionalidad realizadas únicamente cobran su verdadero sentido refiriéndolas a ambas resoluciones, habrá de concluirse que, en efecto cabe entender dirigido el amparo también contra la expresada resolución de la Audiencia Provincial de Madrid". Seguidamente, el Alto Tribunal, limitaría el concreto recurso de amparo, a la determinación de "si las dos resoluciones referidas han supuesto una vulneración del derecho al honor, intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) de los demandantes"; tres personas físicas, más concretamente.

[186] STC 139/2007, de 4 de junio.

Los demandantes alegaron la lesión de su derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE) a resultas de las manifestaciones vertidas por las señoras "E." y "M.", durante la edición del programa de TVE "¿Quién sabe dónde?" emitido el día 20 de marzo de 1995 y dedicado a la desaparición de doña "A.", ex esposa uno de los recurrentes y madre de las otras dos, así como hermana de las citadas señoras "E." y "M.", autoras de las manifestaciones. En segundo lugar, los demandantes de amparo estimarían asimismo vulnerado su derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE), como consecuencia de la actitud del informador, el señor. "FLSM.", y de la propia TVE, quienes, a juzgar por "el tono de la presentación, la valoración de los datos, la calificación de los protagonistas, el contexto general y las propias afirmaciones vertidas", se convirtieron en instrumento amplificador idóneo respecto de un mensaje que el medio asumió y presentó como propio. De este modo, según los recurrentes sostuvieran, "la Audiencia Provincial de Madrid y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo", habían realizado "una ponderación indebida de su derecho al honor (art. 18 CE) frente al ejercicio de la libertad de información tanto de las hermanas codemandadas como de los conductores del programa y del medio televisivo en que este se emitió [art. 20.1 d) CE]".

Como paso siguiente, Tribunal Constitucional estima conveniente reproducir la toma de posición y argumentos justificativos de la misma esgrimidos por el Ministerio Fiscal, quien decantara su postura favorable a la otorgación del amparo solicitado "al considerar que las declaraciones debatidas contienen imputaciones graves y se realizaron de manera pública y notoria en un programa de televisión de muy amplia audiencia"; la ponderación realizada por la Audiencia Provincial de Madrid y el Tribunal Supremo según estimara el Ministerio Fiscal, "entre el derecho a informar y comunicar información de las codemandadas y el respeto del derecho al honor de los demandantes de amparo realizada por los órganos judiciales obvia que la clausura de los procesos penales

relativos al caso pudiera deberse a que los instructores de los procesos penales calibraron que las informaciones expuestas por las demandadas no estuviera probadas para con el esposo tachado de asesino y homicida. De ser así se elevó en público una acusación que no había sido probada en el ámbito reservado de un proceso penal con todo el rigor que cabe atribuir a estos. En este mismo sentido el Fiscal considera que la posición de los periodistas encargados de conducir el programa y de RTVE distó del concepto de reportaje neutral, siendo así que el tono de las intervenciones y su tenor literal más parecía corroborar lo indicado por las hermanas de la desaparecida que el mantenimiento de una mera presentación de hechos o una transmisión neutra de opiniones ajenas".

A continuación, ve necesario el Tribunal Constitucional avanzar otro paso previo, con la finalidad de concluir si en el caso concernido podía considerarse producida "la alegada colisión entre el derecho a la información contenido en el art. 20.1 CE de los demandados en el proceso ordinario", pero, formulando un importante recordatorio, que vamos a reproducir, por cuando en su inciso final es detectable cierta variación en esta y otras sentencias anteriores, de lo que era una línea previa de mayor autocontención acerca de la cuestión. En estos casos, la competencia del Tribunal Constitucional, dirá la sentencia, no queda reducida al examen de "la suficiencia y consistencia de la motivación de las resoluciones judiciales bajo el prisma del art. 24 CE. Por el contrario, en supuestos como el presente, el Tribunal Constitucional, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, debe resolver el eventual conflicto entre el derecho a comunicar información veraz y el derecho al honor, determinando si efectivamente se han vulnerado aquellos derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su

jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales" (entre otras STC 171/2004, de 18 de octubre, FJ 2)".

En congruencia con el *petitum* de la demanda de amparo, y dando paso al examen de la involucración o no en caso de las libertades de expresión, consagrada en el art. 20.1 a) CE, y de información, reconocida en el art. 20.1 d) CE., eventualmente ejercidas correctamente por las partes demandadas, el Tribunal recordaría su jurisprudencia previa acerca del contenido protegido respectivamente por ambas libertades, como sigue: a) "La libertad de expresión consistiría en el derecho a formular juicios y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, por lo que el campo de acción vendría sólo determinado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas"; b) "cuando lo que se persigue es suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, estaríamos ante la libertad de información; entonces, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz. Ciertamente, resultará en ocasiones difícil o imposible separar, en una misma exposición, los elementos que pretenden informar de los dirigidos a valorar, y en tal caso habrá de atenderse al elemento predominante (entre otras muchas STC 51/1997, de 11 de marzo, FJ 4)".

Consideró el Tribunal, que el eventual Derecho amparador en el caso de "las expresiones vertidas por las hermanas entrevistadas" de la persona desaparecida, identificadas por nosotros como las señoras "E." y "M.", debería considerarse que era el derecho a la libertad de información, toda vez lo trasmitido por las aludidas consistía en la "información sobre unos determinados hechos: que su hermana había desaparecido, que concurrían una serie de indicios objetivos extraños y que el demandante era responsable de tal desaparición llegando incluso a afirmar que la había matado y que era un asesino", pareciéndole al

órgano jurisdiccional ser la "intención preponderante de tales afirmaciones (…) la de afirmar datos objetivos y sentar hechos; hechos consistentes en una determinada actuación del demandante, que se pretendían ciertos por la informante". Con todo, confirma el Tribunal suscitarle "mayores dudas", el apelativo de "«asesino» empleado por una de las hermanas de la desaparecida en la entrevista, en la medida en que esta expresión encierra un juicio de valor claramente negativo", e insistiendo respecto de la dificultad existente en la mayor parte de los supuestos para separar "pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa, de otro, puesto que la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo, una vocación a la formación de una opinión (STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 3)". Es más, a juicio del Tribunal, de no haberse "incardinado en el contexto de toda la información anterior", el empleo en el caso de "la expresión «asesino»", sería sin más constitutiva de "una frase de descalificación personal empleada sin otro objeto que la deslegitimación y el ataque al ofendido"; ahora bien, en cuanto el uso de tal término fue realizado a modo de "conclusión crítica de un comportamiento previamente expuesto, en que se pretendía poner de manifiesto que el demandante de amparo había matado a su ex esposa", comporta "este dato" la inferencia de "un hecho, expuesto con toda concreción", y ello conduce a la comprensión de "que la específica manifestación analizada se realizó, como las anteriores, al amparo de la libertad de información", ante lo cual, valoró se estaba frente al objetivo de "difundir «hechos que puedan considerarse noticiables» (STC 19/1996, de 12 de junio, FJ 1)". Razón por la cual, el Tribunal Constitucional estimaría que el análisis de constitucionalidad debía hacerse desde este punto de vista.

Y recalcaría el Tribunal, ser dos los inexcusables requisitos a cumplir con objeto de que "el ejercicio del derecho a la libre información

goce de protección constitucional", tal como recuerda "de forma condensada, pero expresiva, la STC 28/1996, de 26 de febrero, FJ 2: «Forma parte ya del acervo jurisprudencial de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992 y 22/1995)»". Ausente alguno de estos requisitos, "la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el art. 20.4 CE, singularmente y por lo que al caso atañe, los derechos fundamentales al honor y a la intimidad". En el caso, consideraría fuera de toda duda, la presencia del requisito referido a que la información vertida "tenga por objeto hechos que, ya sea por la relevancia pública de la persona implicada en los mismos, ya sea por la trascendencia social de los hechos en sí mismos considerados, puedan calificarse como noticiables o susceptibles de difusión, para conocimiento y formación de la opinión pública. Esta exigencia ha sido reiteradamente establecida por la doctrina de este Tribunal, que ha estimado la existencia de acontecimientos noticiables en los sucesos de relevancia penal (STC 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 3), y ello con independencia del carácter de sujeto privado de la persona afectada por la noticia (STC 320/1994, de 28 de noviembre FJ 4), apreciándose, asimismo, que la relevancia pública de los hechos ha de ser también reconocida respecto de los que hayan alcanzado notoriedad (STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 4)". A "la luz de esta doctrina", sostuvo la sentencia, inequívocamente "la información difundida por las demandadas en el programa de televisión venía referida a hechos o acontecimientos que, si bien no afectaban a una persona con proyección pública, sí habían alcanzado pública notoriedad y habían constituido objeto de una investigación policial y judicial en causa penal, con trascendencia social evidente, dado que se trataba de la desaparición de una persona", y, en

ese sentido, la información periodística relativa al caso, "se produjo en relación con hechos noticiables, en tanto que concerniente a asuntos de indudable relevancia pública".

Tocante a la veracidad de la información, el otro de los elementos contemplado como exigencia a concurrir por el artículo 20.1 d) de la C.E., también estimó oportuno el gendarme de nuestra Constitución, traer a colación, aunque fuera "de modo sucinto, la doctrina del Tribunal recaída en torno al mismo". Según recordaría a tal efecto, desde la consideración de lo establecido por el artículo 20.1 d) de la C.E., la veracidad "no debe identificarse con la idea de objetividad, ni con la «realidad incontrovertible» de los hechos, pues ello implicaría la constricción del cauce informativo a aquellos hechos o acontecimientos de la realidad que hayan sido plenamente demostrados. Como ha dicho la STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 4: «El requisito constitucional de la veracidad de la información ex art. 20.1 d) CE, no se halla ordenado a procurar la concordancia entre la información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, de manera tal que proscriba los errores o inexactitudes en que pueda incurrir el autor de aquella, sino que, más propiamente, se encamina a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida, de tal manera que lo que transmita como hechos o noticias haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos o con fuentes informativas de solvencia»". En consecuencia, la exigencia de veracidad requerida por la Constitución, concernida a "la información que se emite y recibe, guarda relación con el deber del informador de emplear una adecuada diligencia en la comprobación de la veracidad de la noticia, de manera que lo transmitido como tal no sean simples rumores, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, sino que se trate de una información contrastada «según los cánones de la profesionalidad», y ello, insistimos, con independencia de que la plena o total exactitud de los hechos sea controvertible (STC

52/2002, de 25 de febrero, FJ 6)". Al informador se le exige especial intensidad en el nivel de diligencia a observar, "«cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere, como dijimos en la STC 240/1992, pero es indudable que cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o identidad de la fuente, máxime si ésta puede mencionarse en la información misma» (STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5)".

Pues bien, según resume, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo impugnada, desestimó la existencia, a cargo de las demandadas en el proceso civil, de extralimitación alguna al ejercer su Derecho Fundamental a la libertad de información, toda vez valorara, su actuación no podía recibir tacha de "ligera, precipitada ni desprovista de toda gestión encaminada a contrastar el objeto de su información ante los datos proporcionados por las citadas codemandadas, muchos de ellos ofrecidos por las propias hermanas y reflejados en las diligencias penales".

Siendo el anterior el resultado ofrecido por la ponderación judicial realizada acerca de los Derechos Fundamentales objeto de adecuada delimitación, entraría el Tribunal Constitucional a comprobar, de conformidad con "la expuesta doctrina constitucional, si por parte de las hermanas, y particularmente de la que fue entrevistada, se dio cumplimiento a la exigencia constitucional de veracidad de la información", a tenor del "sentido y alcance del art. 20.1 d) CE". Y según resaltara, la perspectiva para llevar a cabo tal tarea, había de ser forzosamente la que situara "dicha exigencia de veracidad en la conducta diligente de la informadora y en el atenimiento de esta a los datos objetivos procedentes de fuentes serias y fiables disponibles en el momento en que la noticia se produce, y sin que tales datos sean

sustituidos por los personales y sesgados criterios del periodista que transmite la noticia".

Realizada la comprobación valorativa, y ponderando el contenido de las manifestaciones realizadas a cargo de las demandadas, en opinión del Tribunal, el relato realizado se hallaba lejano de limitarse a la narración de "hechos de veracidad comprobada", pues había llegado a presentarse "ante la opinión pública a la persona objeto de dichas informaciones como autor real y verdadero de un asesinato, hasta el punto de calificarlo literalmente de «asesino». Y todo ello cuando las demandadas conocían sobradamente que las investigaciones policiales y judiciales practicadas habían sido reiteradamente archivadas". Así, la información proporcionada, había obviado durante su transcurso fundamentarse sobre "datos procedentes de fuentes informativas serias y solventes, ni sobre la base de los elementos que en tal momento pusiera de relieve el proceso penal en curso (como ocurrió, por el contrario, en el caso planteado en la STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 7), sino con la base de unas, más o menos fundadas, sospechas impregnadas de subjetivismo". Dicho de otro modo, la persona objeto de entrevista en el programa televisivo, no limitó su intervención "a informar acerca de unos hechos veraces y de indudable interés general (en cuyo supuesto la prevalencia del derecho de información sería innegable), sino que afirmó que el marido de la desaparecida mató a su ex esposa y que es un asesino", sustituyendo los datos obrantes, con su manera de proceder, por criterios de corte personal y sesgado, "para entrar en la valoración de conductas personales, lo que determina la desprotección constitucional del derecho reconocido en el art. 20.1 d) de la Constitución".

Naturalmente, concluirá el Alto Tribunal, "desde esta perspectiva", resulta procedente "la estimación de la demanda". Con lo cual, estaba admitiendo una eficacia inmediata del Derecho Fundamental al honor de los demandantes en amparo, si bien, con el juego obligado por nuestra

legislación de la finta procesal de la asunción judicial, vendría a achacar tal lesión a la sentencia judicial recurrida por su defectuosa ponderación convalidante de vulneraciones previas, pero ahora sin insistir demasiado en esta retórica del famoso origen inmediato y directo (derivación como hemos visto en momentos previos del artículo 44.1 LOTC) por cuanto no es propiamente ella, y desde luego no solo, la autora material de la lesión (de ahí que ocasionalmente haga referencia el Tribunal Constitucional al origen extrajudicial de la vulneración), sino dejando claro que ya debía haber desplegado efecto inmediato el Derecho Fundamental al honor lesionado desde su aplicación en primera instancia; ahora bien, el que también se reconoce desplegó aun equivocadamente efecto inmediato, es el Derecho a la libertad de información de las demandadas, bajo el cual habían pretendido amparar su actuación.

Adicionalmente, como quiera la demanda de amparo, según hemos dicho, planteara que la violación del Derecho Fundamental al honor de los recurrentes, había sido también producida por la actuación del informador, señor "FLSM.", por el señor "FD." en su calidad de periodista autor del reportaje de apertura del programa, y por la propia TVE, los cuales, conforme esgrimieran en su demanda, "por el tono de la presentación, la valoración de los datos, la calificación de los protagonistas, el contexto general y las propias afirmaciones vertidas", sirvieron de "instrumento amplificador de un mensaje que el medio asumió y presentó como propio", el Tribunal se halló frente a la obligatoriedad de analizar si la realización "por parte de los conductores del programa" respondía a las características de "un reportaje neutral o, por el contrario, la manera de presentar la información fue sesgada".

A tal finalidad, echó de nuevo mano de su jurisprudencia precedente, retrotrayéndose a "la STC 53/2006, de 27 de febrero (FJ 8) —que, por su parte, remite a las SSTC 54/2004, de 15 de abril, FJ 7, y 76/2002, de 8 de abril, FJ 4—", de conformidad con la cual, para poder

considerar la presencia de un reportaje neutral, es preciso la concurrencia de los requisitos siguientes: "a) el objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones [STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4 b)]; b) el medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5)". Pues bien, a partir de este fundamento, "«cuando se reúnen ambas circunstancias la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad", pues tal como declarara "la STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 4, «en los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7, y 144/1998, de 30 de junio, FJ 5)»; de este modo, la ausencia o el cumplimiento imperfecto de los señalados requisitos determinarán el progresivo alejamiento de su virtualidad exoneratoria". A su vez, conforme a lo dicho mediante "la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 17", es imposible reputar el carácter neutral de un reportaje, si "quien lo difunde no se limita a ser un mero transmisor del mensaje, es decir, a comunicar la información, sino que utiliza el mensaje, no para transmitir

una noticia, sino para darle otra dimensión". En fin, traería asimismo al texto de la sentencia, lo declarado a su vez por la STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 4, donde mantuvo estar ante la presencia de un reportaje neutral, cuando "«el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo trascrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio, haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público»".

Para el Tribunal Constitucional concurrió en el caso una "circunstancia muy relevante", en orden a la determinación de "los deberes y responsabilidades de los conductores del programa y de RTVE", y la misma radicaría en "el hecho de que las declaraciones" de las señoras "E" y "M" (las hermanas de la desaparecida), fueran hechas públicas a lo largo de "una entrevista realizada en el curso de un programa de televisión emitido en hora punta, de tal forma que no puede pasarse por alto el impacto, dada la inmediatez y poder de penetración de los medios audiovisuales, que las afirmaciones realizadas pudieron llegar a poseer". Extremo de suma importancia a valorar, por tratarse de enjuiciar "los deberes y responsabilidades de un periodista", aspecto singularmente destacado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "entre otras, en su Sentencia de 23 de septiembre de 1994, dictada con motivo del asunto Jersild c. Danemark". Jurisprudencia de conformidad con la cual, el "deber de responsabilidad exigible a los periodistas y medios de comunicación es si cabe mayor cuando se trata de medios

audiovisuales habida cuenta de que «por las imágenes los medios audiovisuales pueden transmitir mensajes que un medio escrito no es apto para trasmitir» (§ 31)".

El Tribunal Constitucional se consideró en la obligación de examinar la cuestión aplicando esta recordada su doctrina anterior, al efecto de establecer si podía o no calificarse con el concepto de reportaje neutral el programa emitido. Y, en tal sentido, comenzaría afirmando que si bien la palabra había sido cedida "a las hermanas de la desaparecida", ofreciéndose de igual modo "la posibilidad de contraste al aludido", quien la declinara, "el tono de las intervenciones de los periodistas y su tenor literal" corroborarían lo comentado por las primeras, sin limitarse "al mantenimiento de una mera presentación de hechos o una transmisión neutra de opiniones ajenas". Para apoyar su aserto, convino reproducir "algunas de las afirmaciones vertidas por los realizadores y conductores del programa. Al inicio del mismo se incluye un reportaje, en el que se ofrece la siguiente descripción de la personalidad del Sr. J. (demandante): «Ya han transcurrido diez largos años. Todo sucedió una triste noche en las Rías Bajas gallegas, concretamente en la ciudad de Vigo. Un día de octubre de 1984, la extremeña (señora A.), entonces con 40 años, y separada de su marido, desapareció tras salir del que fuera su domicilio conyugal. En el décimo primer piso de este edificio vivían los tres hijos de A. y su esposo, Don J., un falangista todavía hoy muy vehemente, con antecedentes policiales por malos tratos a su esposa. A y J. entonces ya estaban separados. Ella tenía su propio domicilio en Vigo. Aquel aciago día, Amalia visitó a su hija, residente en el domicilio paterno. Su ex marido decidió acompañarla a casa; hasta hoy»". En cuanto a la presentación llevada a cabo de las hermanas de la desaparecida, discurría como sigue: "«La búsqueda de A. está impulsada por sus hermanas, M. y E. quien ha tomado la voz cantante para expresar lo que piensa toda la familia, y también los hijos de esta mujer, aunque ellos hayan preferido permanecer detrás de la cámara». Se da la circunstancia,

según expresan los codemandantes, entre los que se encuentran dos hijas de la desaparecida, que ni ellos estuvieron detrás de la cámara ni las afirmaciones de doña E. expresaron «lo que piensa toda la familia». Este último extremo se corrobora por la mera presentación de la demanda incidental de protección del derecho al honor e intimidad familiar y la continuación del procedimiento". Según prosiguiera el Alto Tribunal, asistían buenas razones a "los demandantes de amparo cuando afirman que de la lectura de la trascripción literal del programa —que consta en autos— se deduce la convicción y conclusión inequívoca de que el Sr. J. es una persona, unánimemente acusado por toda una familia, incluso por sus propios hijos, de estar relacionado con la desaparición violenta de su esposa, y pese a los serios indicios que lo implican en esa desaparición, nunca ha sido investigado (o lo ha sido negligente o defectuosamente). Esta convicción se reafirma por lo solicitado por don FLSM., cuando en la conclusión del programa afirma: «Se trata de hechos muy graves, donde hay una familia que tiene sospechas muy serias y que señalan de una manera muy directa a una persona sobre la desaparición de otra»".

De este modo, entendería la sentencia, era precisa la valoración negativa nuevamente de esa forma de proceder, pues si bien la noticia poseía un carácter "relevante y noticioso y la fuente directa, las hermanas de la desaparecida, el programa —del que ya se ha dicho que por el tono, presentación y aportación de intenciones no puede quedar salvaguardado por nuestra doctrina sobre el reportaje neutral— afirmó, como ha quedado precisado, que «Aquel aciago día, A. visitó a su hija, residente en el domicilio paterno. Su ex marido decidió acompañarla a casa; hasta hoy»", y continuaría realizando los diálogos siguientes: "«A propósito de los Tribunales, E., Ud. ha dicho estar dispuesta a todo. Han pasado 10 años y ha hecho muchas cosas, ¿qué ha pasado con la justicia? E.: Pues que no lo entiendo porque tantas cosas, tantas denuncias que hemos hechos, tanto que hemos hecho… yo pienso que

cuando se hace una denuncia pues hay un juicio; a este señor jamás se le ha llamado, se le ha avisado ni nada de nada, no lo entiendo. FLSM.: ¿Nunca las denuncias que Uds. han hecho han llevado a instruir un sumario, ni a que haya un juicio? E.: Jamás, jamás, incluso una denuncia se perdió, en vez de ir a un sitio fue a otro y se enteró primero él que los policías que lo estaban esperando… FLSM. ¿Por qué no buscaron ayuda? E.: ¿A quién, a la justicia? ¿Qué han hecho hasta ahora?»".

De acuerdo con lo manifestado por el Tribunal Constitucional, tanto lo manifestado por el señor FLSM., como lo vertido asimismo a cargo de los periodistas encargado de elaborar el reportaje que fuera proyectado al inicio del programa, inevitablemente llevaban a la conclusión de "que no nos encontramos ante un caso de reportaje neutral, pues los informadores no se limitaron a invitar a las entrevistadas a narrar su versión de los hechos, sino que tomaron partido, ofreciendo un determinado perfil de la personalidad del Sr. J., manifestando que la opinión expresada por las hermanas y E. es la de toda la familia —lo que ha sido negado por los codemandantes, entre los que se encuentran dos hijas de la desaparecida—, transmitiendo a su público la clara impresión de que el Sr. J. está relacionado con la desaparición violenta de su esposa".

Y concluirá en lógica consecuencia el Alto Tribunal, que también en este supuesto resulta procedente la estimación de la demanda. Así, de nuevo estaba admitiendo una eficacia inmediata del Derecho Fundamental al honor de los demandantes en amparo, el cual asimismo hubiera debido resultar eficaz inmediatamente en el juicio desarrollado en primera instancia, cuando lo ocurrido fue otra vez el despliegue de eficacia directa del Derecho a la libertad de información de los demandados, sin haber sido corregida la lesión por las sentencias

dictadas en las instancias jurisdiccionales subsiguiente y previas al juicio de amparo.

Tuvo así perfectamente claro el supremo intérprete de nuestra Constitución, resultar imposible alcanzar a entender que la libertad de expresión de las hermanas de la desaparecida y de los comunicadores televisivos así como su derecho a comunicar libremente información, hubieran sido objeto, a cargo de las sentencias recurridas, "de la debida ponderación a la hora de confrontarlo con las graves acusaciones que herían frontalmente el honor de los demandantes de amparo, y al hacerlo así vulneraron su derecho fundamental", con lo cual, fallaría el Alto Tribunal, mediante la decisión de: "Otorgar el amparo solicitado por don J, y sus dos hijas, doña AP y doña SP y, en su virtud: 1º Reconocer su derecho al honor (art. 18 CE); 2º Anular las Sentencias de la Audiencia Provincial (Sección Decimonovena) de Madrid de 21 de diciembre de 1998 y de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2004"[187]. Evidentemente, el Alto Tribunal, estaba de nuevo maniatado por el artículo 44 de la LOTC, y al estar dirigida la demanda contra la resolución judicial, para poder hacer una declaración expresa imputando la lesión a los particulares en el seno de una relación jurídico-material desarrollada entre ellos, siendo así, como hemos visto que es la conducta de estos la que, en puridad, ha sido materialmente objeto de análisis y posterior ponderación. Además, como también se ha dicho muchas veces, de no existir esa lesión iusfundamental y material previa a cargo de un particular, va a resultar posteriormente imposible imputar al órgano judicial vulneración o falta de reparación alguna, pues ni siquiera hubiera tenido ocasión de pronunciarse.

Ahora bien, de reparar con calma en todo el largo texto de la fundamentación de la sentencia, pensamos que no es osado extraer la conclusión de que estamos ante un supuesto de lo que, según Claus-

[187] STC 139/2007, de 4 de junio.

Dieter CLASSEN, ocurre en determinados supuestos en Alemania, simbolizado perfectamente por las sentencias de los casos *Blinkfüer* y *Lebach*, supuestos ambos, en los cuales los demandantes en amparo habían infructuosamente invocado la tutela iusfundamental de parte de la jurisdicción ordinaria, a fin de obtener la protección y garantía de sus Derechos Fundamentales frente a la acción de injerencia en su ámbito de garantía debido a la acción de otros sujetos privados, lo que terminaría reconociendo el Tribunal Constitucional Federal alemán, por entender que un incorrecto entendimiento a cargo de la jurisdicción ordinaría de la vertiente objetiva y su repercusión para las relaciones intersubjetivas, supone la vulneración tanto del contenido objetivo como del derecho subjetivo de los afectados. Pues bien, en cierta medida sucede en este supuesto español que hemos analizado algo similar, pues una ponderación incorrecta que se decanta en favor de la vertiente objetiva de la libertad de información de los demandados en amparo, que el Tribunal Constitucional se ve obligado a corregir para la protección de la dimensión subjetiva del Derecho al honor de los finalmente amparados. El precitado autor alemán, ha hablado así de un especie de responsabilidad compartida[188], entre el particular que mediante su actuación vulnera el Derecho Fundamental del recurrente en amparo (en nuestro caso Derecho al honor) y los órganos de la jurisdicción ordinaria, cuya ponderación es defectuosa por una incorrecta incomprensión de la vertiente objetiva del Derecho que habían tutelado como es la Libertad de información.

4.6.4. La versión "intermedia" y adecuada de la eficacia inmediata.

[188] Claus-Dieter CLASSEN, "Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 121, Helf 4, 1997, pp. 81-83.

Por último, la literatura jurídica ha construido una tercera versión de la tesis de la eficacia inmediata, la denominada "intermedia", que a nuestro juicio parece la más ponderada y adecuada como hemos adelantado. Al amparo de la misma, la eficacia de las normas de Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas estatuidas entre particulares resulta directa, cierto es, pero no tiene las características de ilimitada, incondicionada e indiferenciada. Porque, si la problemática de la eficacia de las normas de Derechos Fundamentales en el seno de la relaciones intersubjetivas se revela como un problema de colisión de esos Derechos, aparecida una tal hipótesis, la solución debe resultar de la aplicación del principio de proporcionalidad al resultado de una delicada operación previa de carácter ponderativo, de modo particular del ajustamiento del resultado a través de la aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto, tercer elemento o criterio del test empleado por el principio considerado, con independencia ahora de que exista o no una desigualdad de poder entre las partes[189], lo cual ya se habrá considerado previamente al ponderar.

Apuntalan a esta variante intermedia de la teoría de la eficacia inmediata, desde nuestra valoración, repetimos, la más asumible, una serie de argumentos fuertes que procedemos a sintetizar. En primera instancia, la aceptación indubitada de que la cuestión de la eficacia de las disposiciones de Derechos Fundamentales entre sujetos privados resulta ser, en última instancia, una cuestión concerniente a la colisión de esos Derechos. Desde una segunda consideración, la asunción de que la autonomía privada, principio fundamental del Derecho Privado, es asimismo un bien constitucionalmente amparado que, por lo tanto, no

[189] Es la versión por la que se decantan Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO Y FERNÁNDEZ CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos…*, *op. cit.*, pp. 73 y ss; Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos…*, *op. cit.*, pp. 210 y ss; Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 138 y ss; Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 215 y ss; José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…*, *op. cit.*, pp. 1154 y ss.

está a la libre disposición del Legislador[190]. Y, por derivación de los dos argumentos previos, la apelación estimativa de que el alcance, así como la medida de la eficacia inmediata para cada caso concreto, es el resultado de la adecuada operación ponderativa de los derechos, bienes e intereses concurrentes, prestada la debida atención al principio de concordancia práctica, y desarrollada asimismo con arreglo al principio de proporcionalidad concediendo el esmero posible a la valuación de todas las circunstancias concurrentes en el supuesto atinente[191]. Por citar ahora tan solo una de las sentencias más apreciadas de nuestro Tribunal Constitucional sobre el principio de proporcionalidad, mantuvo la misma que a los efectos de verificar si "la medida impeditiva del ejercicio del derecho supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si la medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto (...); si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto"[192].

---

[190] Peter BADURA, con apoyo para fijar su posición en la BVerfGE 89, 214, 231 y ss, "Grundrechte als Ordnung für Staat und Gesellschaft", en *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band. *I, Entwicklung und Grundlagen,* edición de Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, p. 803.

[191] Según mantuvo, entre otras varias, el Tribunal Constitucional español en la STC 66/1991, de 22 de marzo, al no ser "los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera protegida, un sacrificio menor".

[192] STC 66/1995, de 8 de mayo. Aunque volveremos sobre el tema, dejamos apuntado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la cuestión, está muy claramente inspirada en la de su homólogo alemán, cuya primera construcción sobre el *Verhältnismäßigkeit* vinculante para todos los poderes públicos, data de la BVerfGE, 23, 127, de 1968.

Sin perjuicio de lo apuntado con anterioridad, algunos autores añaden cierto matiz, ya parcialmente cuestionable por nosotros, al enjuiciar que la defensa de la eficacia inmediata desde la versión intermedia que estamos considerando, presenta la peculiaridad de configurarse bajo la forma de una modalidad compatible con tendencias actuales orientadas hacia la conveniencia de llevar a cabo una superación de la dicotomía eficacia mediata versus eficacia inmediata, en favor de apuntar la toma de posición concretada por medio del postulado del deber de dirigirnos hacia soluciones materiales diferenciadas. Unas soluciones concretadas, básicamente, en la realización de un esfuerzo de concordar prácticamente los Derechos aplicables, al objeto de evitar que la eficacia irradiante de los Derechos Fundamentales conduzca hasta el extremo de forzar la capitulación de los principios del orden civil[193]; pues, apuntamos reparos, por inferir que las diferencias entre ambos tipos de eficacia, directa e indirecta, son acusadas, como podrá ya vislumbrarse es nuestra toma de postura, y desde luego percibirse, entendemos, con más nitidez a lo largo de la exposición[194].

4.7. La acogida de la tesis de la eficacia inmediata en el plano jurisprudencial, por el Tribunal Laboral Federal alemán.

Considerado el plano jurisprudencial, la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas sin necesidad de intermediación alguna, encuentra su abrigo por medio de la jurisprudencia del Tribunal Laboral Federal

[193] Caso, por su representatividad, del ya citado José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…*, *op. cit.*, pp. 1154 y ss.

[194] En sentido contrario, considerando que la teoría de la eficacia inmediata y la teoría de la eficacia mediata no se diferencian tanto como de partida parece, Christian STARCK, *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, Band. I, 4ª ed., Franz Vahlen, München, 1999, pp. 132 y ss, 167. En términos similares, destacando que los resultados obtenidos siguiendo una u otra construcción, no difieren en exceso, Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 532 y ss.

alemán [BAG] (*Bundesarbeitsgericht)*, y es adoptada por primera vez en el seno de la Sección Primera de dicho órgano jurisdiccional, del que Hans–Carl NIPPERDEY era presidente y portavoz de la sección enjuiciadora, aspecto este de indudable repercusión, lógicamente, a fin de mejor comprender la posición adoptada finalmente por la Sala de Tribunal Laboral Federal, relativa a la cuestión de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados.

Más en concreto, la tesis de Hans–Carl NIPPERDEY recibió respaldo por vez primera a raíz de la decisión de 3 de diciembre de 1954, seguida de otras posteriores[195], si bien, su influencia en Alemania, para nada despreciable, haya sido más bien moderada. De cualquier manera, con posterioridad, incluso el propio Tribunal Laboral Federal llega a evolucionar desde esta posición inicial cada vez en mayor medida orientada su jurisprudencia a fin de dirigirse hacia la tesis de la eficacia indirecta[196]. En este sentido, el *Bundesarbeitsgericht*, durante mucho tiempo el representante más destacado de la tesis contraria a la canónica, relativa o plasmada en la aceptación de los efectos indirectos de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas entre particulares, por lo menos en los aspectos prácticos, se ha terminado por adaptar a la opinión dominante. Así, es considerado fundamentalmente ejemplificativo del cambio de tendencia seguido por este órgano judicial en su asimilación de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, el fallo correspondiente a la sentencia de 20 de diciembre de 1984[197], y de modo aún más claro, la de 27 de febrero de 1985[198], y ya de forma

[195] BAGE 1, pp. 185 y ss, 191 y ss, especialmente 193 y 196; otras sentencias del mismo Tribunal, de frecuente cita por la literatura jurídica alemana, que acogen la teoría de la eficacia inmediata son, por ejemplo: BAGE 3, 296, 301; BAGE 4, 274, 276 y ss; BAGE 16, 95, 100; BAGE 24, 438, 441.

[196] Véase Ingo VON MÜNCH, "Drittwirkung de Derechos fundamentales en Alemania", en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, edición de Pablo Salvador Coderch, Cívitas, Madrid, 1997, p. 35.

[197] BAGE 47, 363, (374 y ss).

prácticamente consolidada, nos encontramos con la sentencia de 12 de junio de 1992[199].

Referente a la resolución acogedora de la eficacia inmediata, de 3 de diciembre de 1954, dictada por el Tribunal Laboral Federal[200], y volviendo sobre la misma, se trataba de una decisión que hacía referencia a la igualdad de salarios entre hombres y mujeres. Inicialmente, parte el *Bundesarbeitsgericht* constatando que la Constitución alemana carece, cierto es, de disposición expresa reguladora de la igualdad de salarios entre ambos géneros. Sin embargo, entiende inadecuado afirmar que la igualdad entre los mismos carezca de garantías en el conjunto de la Norma suprema, siendo el precepto estimado garante de esa igualdad, siguiendo la mejor tradición liberal de la "igualdad ante la ley", el artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn. Además, añade, se deben contemplar disposiciones más específicas, como el artículo 3.2 con su previsión acerca de que hombres y mujeres son iguales en derechos, y otras previsiones contempladas por el propio artículo 3.1, a través del cual vienen a recibir concreción una serie de discriminaciones específicas, en lo que ahora importa, las prohibitivas establecidas por razón de género. En todo caso, estas tendían a significar, no obstante, al ser comprendidos tales preceptos conforme a la tradición liberal y con arreglo a los parámetros interpretativos empleados desde la misma, que los Derechos aludidos estaban destinados a la protección de los ciudadanos frente al poder político, y, por consiguiente, a los actos de los poderes estatales, especialmente los legislativos, les estaba vedado tratar sin fundamento jurídico objetivo a hombres y mujeres de forma desigual.

198 BAGE 48, 122, (138).

199 Con más detalle sobre este cambio de paradigma jurisprudencial Dieter FABISCH, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht– Die Auswirkungen der von Carl Hans Nipperdey begründeten Lehre auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2010, especialmente pp. 222 y ss.

200 BAGE 1, 185 y ss, (191 y ss), especialmente 193.

Con todo, de otro lado, y siguiendo esa misma interpretación, nada impediría, al contrario, que en el ejercicio de su autonomía privada, pudieran establecer los individuos entre sí tratamientos desiguales y someterse voluntariamente a los mismos. Mas, partiendo de la consideración de los Derechos Fundamentales como principios objetivos y del efecto irradiación de su orden de valores a todo el orden jurídico, sostendría el Tribunal la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales también para las relaciones intersubjetivas, pues, de otro modo, y de admitir la conclusión acerca de que los poderes privados y los individuos pudieran condicionar la eficacia de los Derechos Fundamentales en ese tipo de relaciones, los Derechos perderían buena parte de su eficacia para el tráfico jurídico privado.

El Tribunal Laboral Federal modificó, pues, la interpretación que mantenía hasta el momento, y estimó nulas las prescripciones contractuales, reglamentos empresariales, así como convenios colectivos, que hubieran llegado a establecer un tratamiento discriminatorio respecto del salario percibido por hombres y mujeres en el desarrollo de iguales prestaciones, al entender con ello vulnerado el principio de igualdad (artículo 3 de la *Grundgesetz*). Expresado con otras palabras, el Tribunal Laboral Federal consideró que los Derechos Fundamentales desplegaban eficacia directa también para los supuestos concerniente a las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos particulares, pues tales normas contienen "principios ordenadores para la vida social" (*Ordnungsgrundsätze für soziale Leben*) de carácter vinculante *erga omnes*, y habrían de tener "una significación inmediata" (*unmittelbare Bedeutung*) para las relaciones jurídicas privadas, ya que ningún acto o negocio jurídico, independientemente de quien sean los partícipes, puede contrariar los principios básicos y estructurales de un ordenamiento jurídico.

La postura adoptada desde *Kassel*, despertó muy poca simpatía entre la doctrina constitucionalista, e incluso en inferior medida entre la civilista (privatista), amén de que tampoco tuvo buena acogida en el seno del *Bundesverfassungsgericht*, pues unos y otros mantuvieron a la par que el Tribunal Laboral Federal había ido excesivamente lejos por lo referido al reconocimiento de la eficacia directa de los Derechos Fundamentales cuando estuviéramos ante relaciones jurídicas desarrolladas entre sujetos privados[201]. Posición esta que, sin embargo, fue ratificada y perfilada, entre otras, por el importante pronunciamiento sobre la materia de 10 de mayo de 1957 (considerada la decisión quizá más relevante de cuantas aplicaron la eficacia directa)[202]. En esta ocasión, el Tribunal Laboral Federal alemán declaró la nulidad de una prescripción contractual incorporada a un contrato de trabajo y formación de enfermeras, mediante la cual, se establecía la disolución unilateral del vínculo laboral por el empresario para el supuesto de que la mujer contrajera matrimonio, cosa que sucedió, y de este modo, una de las trabajadoras, a consecuencia de contraer tal vinculo, fue despedida unilateralmente por el hospital privado, esto es, la parte introductora de la prescripción o cláusula causante del despido. Sin embargo, el Tribunal Laboral Federal, fundamentando su decisión en los efectos inmediatos de los Derechos Fundamentales para las hipótesis de las relaciones jurídicas entre particulares, estimó que la cláusula contractual vulneraba el Derecho Fundamental a la Dignidad de la persona (artículo 1.1 de la *Grundgesetz*), el Derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1 de la *Grundgesetz*), y los derechos a la protección del matrimonio y la familia (artículo 6.1 de la *Grundgesetz*). De cuanto antecede, se sigue con facilidad, cómo los Derechos Fundamentales reciben de nuevo a través de la sentencia referenciada, la consideración de "principios ordenadores

[201] Pedro CRUZ VILLALÓN, "Derechos fundamentales y Derecho privado", en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 226.

[202] BAGE 4, 274, (276).

para la vida social", y se les otorga un indudable "significado inmediato" asimismo para el caso del tráfico jurídico desarrollado entre particulares. Expresado de otro modo, la sentencia referenciada reconoce su "relevancia inmediata" también para las relaciones jurídicas desarrolladas entre sujetos privados, pues "verdaderamente no todos, pero, de cualquier modo, toda una serie de importantes Derechos Fundamentales de la Constitución, no deben solamente garantizar los derechos de libertad en la confrontación con el poder del Estado, sino que contienen antes de nada principios para la organización de la vida social que tienen, en una medida que deberá ser especificada sobre la base del Derecho Fundamental, una relevancia inmediata también para las relaciones jurídicas entre los ciudadanos. Así, a los acuerdos de Derecho Privado, los negocios y los actos jurídicos, les está prohibido contrariar aquello que convencionalmente se llama orden básico u orden público constitucional"[203].

Específicamente, el Tribunal Laboral Federal alemán, fundamentó la decisión en la *unmittelbare Drittwirkung* de los Derechos Fundamentales invocados por la mujer despedida, deduciéndola de las transformaciones experimentadas por los Derechos con la llegada del Estado Social y Democrático, al considerar que ya no eran considerables solamente en este tipo histórico–concreto de Estado derechos subjetivos de defensa frente a las injerencias de los poderes públicos, sino asimismo principios objetivos y reglas ordenadoras de la vida social, vinculantes directamente para el tráfico jurídico entablado entre los sujetos privados, quienes, en definitiva, pueden ser también sujetos pasivos de los Derechos Fundamentales. Por todo ello, resultando planteadas las situaciones de unos y otros de ese modo, debían estimarse nulos los contratos de

[203] Orden público que viene referido "a los principios que cabe deducir del sistema jurídico en su conjunto, aunque en ocasiones se materialice en normas concretas; principios que son su sustento", José Ramón GARCÍA VICENTE, "Comentario al artículo 1255 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, edición de Rodrigo Bercovitz Rodríguez–Cano, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 901

Derecho Privado colisionantes con lo que cabe denominar el orden fundamental u orden público integrante del ordenamiento jurídico del Estado[204].

En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, aunque entendemos que son varias sentencias apostadas al seguimiento de la teoría de la eficacia mediata, se pueden encontrar decisiones en las cuales parece haber optado por la *Drittwirkung* inmediata, e incluso con mayor frecuencia por la teoría del deber de protección. Así, en un pronunciamiento que según algunos autores es enmarcable en una u otra de las dos aludidas construcciones, preferentemente comprendida dentro de la eficacia inmediata, se mantuvo desde *Doménico Scarlatti* respecto a la titularidad de los Derechos Fundamentales, que "en un Estado social de derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de los derechos no lo sea en la vida social"[205] (por nuestra parte, la enmarcaremos dentro de la teoría del deber de protección estatal, donde otros autores también lo hacen, como veremos con más calma). En tanto para otro supuesto, sostuvo el Alto Tribunal que ni "las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos, respecto del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el art. 38 de la Constitución española legitima el que quienes prestan servicio en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus

[204] Otras sentencias del Tribunal Laboral Federal alemán que aparecen de frecuente cita en los manuales y demás publicaciones científicas, especialmente representativas de esta tendencia de la eficacia inmediata, entre otras, tenemos: la sentencia de 23 de febrero de 1959; la sentencia de 29 de junio de 1962; la sentencia se 29 de septiembre de 1972; o la sentencia de 23 de septiembre de 1976. Sigue defendiendo la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en el ámbito jurídico–laboral Dieter FABISCH, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte…*, *op. cit.*, p. 57, entre otros momentos.

[205] STC 18/1984, de 7 de febrero.

derechos fundamentales y sus libertades públicas"[206], jurisprudencia repetida de varias oportunidades.

4.8. Objeciones críticas a la teoría de la eficacia inmediata.

4.8.1. Ideas previas.

Son efectivamente muy diversas y numerosas las objeciones críticas planteadas a la teoría de la eficacia inmediata, lo que resulta comprensible toda vez se halla en posición claramente minoritaria dentro de buena parte de los Estados que han considerado y debatido la problemática, habiendo sido efectuados tales cuestionamientos principalmente por los defensores de la teoría de la eficacia mediata, con carácter general a modo de justificación y mostrado de preferencia por esta última. Aunque tampoco han faltado las provenientes de las tesis negadoras –cada vez más escasas– de cualquier tipo de eficacia sea directa, sea indirecta de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares.

Por lo tanto, con independencia de que las críticas a esta variante resulten muy significativas, vamos a hacer referencia seguidamente a aquellas consideradas de más grueso calado. De cualquier manera, adelantamos ya de entrada la afirmación certera en este supuesto de Robert ALEXY, cuando ha mantenido que, verdaderamente, frente a la tesis de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, existe tan solo un único "argumento fuerte: la negación de todo efecto en terceros"[207].

[206] STC 88/1985, de 19 de julio.

[207] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, p. 522.

4.8.2. La falta de apoyo expreso en el texto constitucional de la eficacia inmediata.

La primera crítica a considerar por nosotros, es aquella que esgrime el argumento de referido a la carencia de apoyo positivo-textual de la teoría de la eficacia inmediata es disposición alguna de la *norma normarum*, pues no se dispone de texto lingüístico al efecto en su articulado que la recoja, vale decir, se echa a faltar algún precepto en el cual fundamentar dicha construcción dogmática[208]. Consiguientemente, cuando el Legislador constituyente estableció de forma expresa la vinculación inmediata de los órganos estatales a los Derechos Fundamentales, sin embargo, guardó silencio acerca de la vinculación de los particulares, y ello, como consecuencia de entender al margen de sus planes, la aceptación de la eficacia directa de los Derechos Fundamentales para su aplicación a las relaciones jurídicas entre sujetos privados; por cierto, tampoco hay texto dotado de positividad constitucional que contemple la eficacia mediata, y no parece ello obstáculo insalvable para sus defensores.

No obstante, a juicio de Walter LEISNER, la tesis dominante acerca de que la tarea del Legislador constituyente no se extendiera a la regulación de cuestiones de Derecho Privado y, por lo tanto, a las relaciones jurídicas entre los titulares de Derechos Fundamentales, es el resultado de una interpretación que arranca de un concepto de Constitución muy restringido y obsoleto ya pasado, pues, realmente, adolece de falta de comprensión acerca de la omnipotencia jurídica del poder constituyente democrático, atenta contra el principio de supremacía de la Constitución y su contenido normativo, y, por demás, condena a normas que manifiestamente regulan ámbitos importantes del

[208] Jesús ALFARO ÁGUILA–REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, pp. 60-61, quien concluye, apoyado en Claus–Wilhelm Canaris: "la posibilidad de limitar los derechos fundamentales por los particulares, especialmente por medio de negocios jurídicos, no está en absoluto regulada en la Constitución, a pesar de que debería estar si los derechos fundamentales vinculasen directamente a los particulares.

Derecho Privado a la situación de inconstitucionalidad. A mayor abundamiento, según sostiene, en los trabajos preparatorios y en el debate parlamentario constituyente alemán, no existió discusión alguna significativa acerca de la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales, por lo cual, a partir del canon de interpretación genética, es imposible extraer una respuesta constitucionalmente adecuada para solucionar la problemática; de esta suerte, no resulta pertinente poder trasladar por esta vía la decisión al intérprete constitucional a fin de develar una voluntad del poder soberano atendida sea su inexistencia[209].

Respecto a la comprensión del artículo 1.3 de la *Grundgesetz*, el encargado de reconocer que los poderes públicos se hallan inmediatamente vinculados a los Derechos Fundamentales, lo que constituiría para las tesis negacionistas una sólida forma de argumentar partiendo de su contenido, al efecto de proceder a la exclusión de ese efecto directo en relación al tráfico jurídico privado, por ser aspecto, el último, al que no hace alusión alguna el precepto, manifiesta el autor precitado su completa divergencia. Mantiene así que, a partir del artículo pre-alegado, puede concluirse con carácter general, *prima facie*, la admisión de la tesis favorable a un empleo inmediato de los Derechos Fundamentales por los trabajadores del Derecho (abstracción hecha de la dirección hacia la que se dirijan), superando así el preconcepto constitucional "clásico", consistente en el peregrino argumento de que solo more carácter de cláusula general propia de las disposiciones constitucionales de naturaleza iusfundamental, tal aplicación no resultaría factible[210]. En fin, tocante a las opiniones referidas al extremo de que el artículo 19.4 de la *Grundgesetz* comprende únicamente las vulneraciones de Derechos Fundamentales causadas por el Estado, entiende que dicha disposición en modo alguno disciplina de manera

[209] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 285 y ss.

[210] *Ibídem.*, pp. 285 y ss.

exclusiva la vulnerabilidad de estos Derechos únicamente a cargo de los poderes públicos, sino que pretende, ante todo, la creación de un Derecho Fundamental esencial frente a los poderes estatales, y solo en esta dirección podría ser problemático[211].

Referente a las objeciones planteadas desde la teoría de la eficacia mediata, primeramente debe significarse que para estos planteamientos los Derechos Fundamentales operan con carácter general como derechos de defensa y, para algunos, también como derechos de protección, vinculando a los poderes estatales inmediatamente; sin embargo, en su calidad de derechos subjetivos constitucionales, los Derechos Fundamentales no se proyectan de un modo directo respecto a los particulares en sus mutuas relaciones jurídicas. Justamente, estos se vinculan mediatamente a los Derechos Fundamentales como principios constitucionales objetivos, y tal vinculatoriedad halla su fundamento a partir de la dimensión objetiva de las normas iusfundamentales y no trae causa alguna de la dimensión subjetiva. Pudiera así defenderse el no tener por qué resultar un despropósito la afirmación de que la Constitución, al dejar de ordenar de manera expresa la vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales, solo y sencillamente lo permite. Ahora bien, la adopción de tal perspectiva equivale a sostener que tal vinculación es facultativa, y, desde el punto de vista constitucional, ese argumento resulta ser, como mínimo, fuertemente cuestionable. Cierto es, volvemos sobre ello, denotamos la ausencia de texto positivizado de norma constitucional recogiendo la vinculación inmediata de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales, pero, en todo caso, también es verdad que igualmente no hay tampoco texto de norma constitucional prohibiendo tajantemente la vinculación inmediata, o prohibiendo en su caso la mediata.

[211] *Ibídem.*, pp. 285 y ss.

Si, con carácter general, el Poder Constituyente ni se pronuncia sobre la vinculación de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados, cuanto más lo va a hacer respecto del modo, la intensidad y el alcance de esa vinculación. Se trata, en definitiva, de cuestiones jurídico–constitucionales que quedan abiertas durante el debate constituyente, dependiendo más tarde de la construcción dogmática a imponerse, por exigencias de la realidad misma. Incluso, postular la eficacia inmediata de Derechos Fundamentales para las hipótesis de las relaciones jurídicas desenvueltas entre particulares, tal como venimos aceptando, para nada significa preconizar su eficacia ilimitada, incondicionada e indiferenciada, esto es, la eficacia absoluta frente a todo y a toda costa al modo que pretende imputarnos, por ejemplo, a los defensores de la *unmittelbare Drittwirkung* un Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, para quien esta extensión global e indiferenciada de los Derechos Fundamentales a las relaciones intersubjetivas, coloca en grave riesgo para el caso de "la relación de los individuos entre sí, aquellas libertades individuales que deben quedar garantizadas mediante la vinculación del poder estatal a los Derechos Fundamentales"[212]. Lo cual debe considerarse, en estos términos, a nuestro modo de ver, francamente equivocado, por partir de una premisa rigurosamente falsa, cual es la aplicación indiscriminada y generalizada de los Derechos Fundamentales de forma directa en cuanto objetivo a perseguir por la eficacia inmediata.

Vistas las cosas de esta manera, frente al argumento de que la Constitución vincula expresamente solo a los poderes públicos –aquí, específicamente al Poder legislativo y al Poder judicial– a los Derechos Fundamentales, deberemos responder que esa matización es

[212] Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht. Aufriss eines Problems", en *Staat, Verfassung und Demokratie – Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991, p. 272.

escasamente procedente, pues conduciría de nuevo a la conclusión de que el deber de protección de los Derechos Fundamentales a cargo del Estado no es susceptible de extensión a la tutela de los particulares ante las lesiones imputables a otros sujetos privados. Por demás, una vez aceptada la tesis de que los Derechos Fundamentales son constitutivos de un sistema de valores, frecuentemente denominado "orden objetivo de valores", con fundamento en ese sistema axiológico, incluso muchas de las Libertades públicas pasan a ser consideradas no solamente como Derechos a una abstención de los poderes públicos, sino, asimismo, a una prestación positiva a cargo de los órganos estatales. No debemos olvidar que un Derecho Fundamental individual es un valor (supremo) garantizado constitucionalmente, ante el cual, le va a resultar por completo insuficiente su tutela al poder estatal, con tan solo abstenerse de impedir el pleno ejercicio del mismo a cargo de sus titulares, puesto que también está obligado muy frecuentemente al despliegue de acciones tendentes a lograr el objetivo de que tal valor sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las condiciones fácticas y jurídicas existentes[213].

4.8.3. La equivocada equiparación entre la relación individuo–Estado y la establecida particular–particular.

Una segunda objeción a considerar, formula que la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas *inter privatos*, vendría basándose a partir de la equivocada equiparación que llevan a cabo sus portavoces entre la relación vertical particular–Estado y la relación horizontal particular–particular, las cuales presentan, por el contrario, una diferencia

[213] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, p. 535. En muy similares términos Guillermo ESCOBAR ROCA, "Los derechos fundamentales sociales de prestación…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 556, entre otros momentos.

estructural más o menos apreciable por unos u otros críticos; tacha, adelantamos, constitutiva en cuanto crítica de un error de grueso calado, por apoyarse de nuevo sobre la base de una consideración falsa o cuando menos una estimativa inexacta.

Según bien comprende la mejor literatura jurídica y es perfectamente apreciable para un lector incluso superficial, eso sí sincero, de las aportaciones de un Hans-Carl NIPPERDEY o de un tal Walter LEISNER (por mencionar dos ejemplos señeros), la teoría de la eficacia inmediata se hace perfectamente eco acerca de que, a diferencia de la relación particular–Estado, marcada por la circunstancia de que el segundo no es titular, en principio, de Derechos Fundamentales, tocante a la relación jurídica particular–particular, está siempre presente una tutela de ambas partes a cargo de los Derechos Fundamentales, en el mejor y único entendido sentido posible, de que las dos, obviamente, son titulares de Derechos[214].

El catálogo de los Derechos y Libertades constitucionalmente garantizado se dirige inicialmente en contra del Estado, y no *prima facie* frente a los particulares[215], nos dirán los críticos. Y, hasta aquí, incluso pudiera admitírseles y dárseles de paso pese a su inexactitud, pero es imposible desconsiderar que también los particulares están igualmente

[214] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 60. Como destaca Klaus STERN, la imposibilidad de que los poderes públicos sean también titulares de los Derechos Fundamentales, tiene algunas excepciones, como ocurre con el derecho de propiedad o la libertad de comunicación, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…*, *op. cit.*, p.1513.

[215] Por ejemplo, Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 203 y ss; Eckart KLEIN, "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, p. 1640; Jost PIETZCKER, "Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff", en *Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag Gebundene Ausgabe – 7. Februar 1990*, edición de Hartmut Maurer / Peter Häberle / Walter Schmitt Glaeser, C.H. Beck, München, 1990, p. 346; Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", en *Archiv für die civilistische praxis*, Band. 192, 1992, p. 43; Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, p. 140.

obligados a respetar los Derechos Fundamentales de los demás, al margen, claro es, de que llevamos advirtiendo desde la introducción acerca de la cada vez más acusada presencia en el contexto social de poderes sociales de dominio, superiormente amenazadores y lesivos que el propio Estado, por la capacidad de que disponen y las dificultades de control en orden a la lesión de los Derechos Fundamentales. Y ello, con independencia de que admitamos, asimismo, conforme lo hemos hecho, cómo la autonomía privada puede correr peligro si los sujetos privados actuantes en el tráfico jurídico están sometidos idénticamente a los mismos límites operante y regitivos cuando es interviniente el Estado por ser parte de la relación jurídica[216], de ahí que se haya observado la necesidad de diferenciar; línea ortodoxa, por demás, postulada por la teoría de la eficacia inmediata. Pero, apuntalamos de nuevo, la diferenciación tampoco puede ser de grueso calado por la propia naturaleza de las cosas. Y, aunque parezca redundante, a lo previo es necesario adicionar que, en las relaciones de negociación entabladas entre sujetos privados, *prima facie*, rige como regla general el principio de autonomía privada –pero recordemos también de paso, que esta no se concibe conforme a parámetros absolutos– lo cual es preciso admitir también sin género de duda alguna.

Apoyándose así en consideraciones muy similares a las realizadas y vista, se ha llegado a la estimación, paradójicamente, respecto de que "la *Drittwirkung* inmediata es un instrumento demasiado simple para resolver problemas prácticos tan variados y complejos como los relativos a la vigencia social de los derechos fundamentales"[217], en tanto en cuanto lo sometido realmente a discusión es saber "qué son y de qué modo ha de

[216] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 206; Eckart KLEIN, "Grundrechtliche Schutzpflicht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 1640; Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 43; Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der…*, *op. cit.*, p. 141.

[217] Jesús ALFARO ÁGUILA–REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 64.

lograrse esos efectos, y la simple afirmación de que algunos derechos fundamentales tienen *Drittwirkung* inmediata no proporciona criterio alguno para su delimitación"[218]. Pues bien, a contario de lo que mantiene este postulado, es preciso recordar, cómo por el propio Hans-Carl NIPPERDEY, tal como hemos dicho, se sostendría que los detractores de la eficacia directa deberían considerar de forma más prudente el hecho de que la *unmittelbare Drittwirkung* presenta peculiaridades respecto de la eficacia directa en las relaciones jurídicas ciudadano–Estado, pues en el primer caso ambas partes son titulares de Derechos Fundamentales[219] (nos excusamos por la insistencia). Y, más concretamente, siendo ahora la precisión de mayor calado, para el autor, la diferencia estribaba en que la vinculación a los Derechos Fundamentales para el caso del Estado, obligaba al mismo a cumplir con un deber de respeto (*status libertatis*), y a llevar a cabo en múltiples ocasiones un deber de protección (*status positivus*), mientras a los particulares solo les correspondía el deber de respeto[220].

Por consiguiente, tocante a las relaciones jurídicas intersubjetivas, si ciertamente resulta obligado considerar el hecho de que cada una de las partes es titular de Derechos Fundamentales, también resulta cierto que ambas están facultadas, como consecuencia, para acudir al recurso tutelar de los derechos y posiciones subjetivas de libertad[221]. De idéntico modo y orden de motivos, considera improcedente la crítica referida a que el canon teleológico es por su parte desfavorable al reconocimiento de la

---

[218] Jesús ALFARO ÁGUILA–REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 64-65.

[219] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 24-25.

[220] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 27-28.

[221] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 24-25.

teoría de los efectos inmediatos, desde el sentido de que esta nos llevaría sin arreglo a la desvirtuación de la esencia y finalidad de los Derechos Fundamentales que, a partir de la aplicación de la eficacia directa, irremediablemente finalizarían transformándose en deberes, lo cual implicaría una superior restricción de la libertad[222]. Tales argumentos serían válidos si no se tuviera en cuenta el necesario respeto del principio de autonomía privada como eventual límite específico a los Derechos Fundamentales, y el inexcusable empleo de la proporcionada ponderación cuando se produzca un choque con aquellos Derechos que sencillamente la hagan necesaria, con lo cual, desaparece el peligro anunciado por tales agoreros, acerca de destrucción de la autonomía privada por causa de la aplicación inmediata de las normas iusfundamentales en el tráfico jurídico privado, o el riesgo de convertir los Derechos en deberes[223].

La crítica realizada esencialmente por los partidarios de la teoría de la eficacia mediata, como hemos terminado de advertir, argumenta que la vinculación de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales debe ser menos estricta e intensa comparada con la de los poderes estatales, porque en las relaciones intersubjetivas se produce siempre para los supuestos de colisión de posiciones jurídicas un conflicto de normas iusfundamentales, toda vez ambas partes son igualmente titulares de Derechos, lo cual impediría la eficacia directa; mientras que, por el contrario, la relación jurídica entre el individuo y los poderes públicos nos muestra una situación en la cual solamente el primero es titular de

[222] Esta es la crítica efectuada por ejemplo, por Peter UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichen*, Duncker und Humblot Verlag, Berlin, 1996, pp. 68 y ss, quien, no obstante ser un crítico decidido de la eficacia inmediata, se ve obligado a reconocer la existencia de un amplio consenso acerca de que los Derechos Fundamentales deben forzosamente tener algún tipo de efecto en el Derecho Privado, *ibídem*, p. 69, no en vano es él mismo uno de los divulgadores más caracterizados del deber de protección estatal.

[223] Horst EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, C.F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1961, p. 78.

Derechos de rango fundamental. Pero esta toma de posición es en sí misma inexacta, además, ya que la vinculación debe tener el mismo grado de intensidad, otra cosa es el modo y la forma de llevarla a cabo. Desde luego, la afirmación de que entre individuo y Estado es imposible el surgimiento de conflictos de Derechos Fundamentales no se puede mantener con carácter absoluto, toda vez hemos de admitir la posibilidad efectivamente del surgimiento de colisiones en aquellos supuestos de concurrencia del ejercicio de un Derecho Fundamental por un titular privado con una acción del poder estatal, dando cumplimiento por ende a su deber de protección también de un Derecho Fundamental o de un bien constitucionalmente amparado. Y desde el respeto y aplicación del principio de proporcionalidad, se determina la prevalencia del deber de protección del Estado, a partir de cuya hipótesis resulta evidente que también en las relaciones entre individuo y Estado el derecho subjetivo constitucional del primero no tiene carácter absoluto, vale decir, los Derechos Fundamentales no puede absolutivizarse para ningún tipo de supuesto.

4.8.4. El peligro de degradación del principio de la autonomía privada.

4.8.4.1. Planteamiento inicial: aproximación conceptual al principio y rasgos básicos del mismo.

El principio de autonomía privada, del que la libertad contractual es su más destacada expresión[224], se traduce en un proceso de ordenación que faculta la libre constitución y modulación de las relaciones jurídicas por parte de los sujetos privados participantes en las mismas, e implica, consecuentemente, la capacidad y autonomía del sujeto jurídico a fin de determinar la forma de comportarse individualmente al ejercitar su

[224] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 78.

autodeterminación[225]. Con ella, hacemos referencia al poder o a la "energía creadora de la voluntad"[226], a disposición de los sujetos privados para darse a sí mismos "la ley o el precepto" en el momento de establecer relaciones jurídicas producto del ejercicio de su propia libertad; esto es, el "poder de gobernarse uno a sí mismo", toda vez, acatamos sin reparo, "el individuo no solo es libre, sino que es además «soberano» para dictar la Ley en su esfera jurídica"[227]. Con locuciones parangonables, ha juzgado nuestra literatura jurídica, caso de Federico DE CASTRO, que la autonomía privada constituye una de las expresiones de la libertad personal general, y sabemos faculta esta a cada cual "ejercitar facultades y derechos, y también conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen", e implica, además, "la libertad de hacer o dejar de hacer"[228]. A partir de ahí, frente a opiniones más consolidadas, y sin desconsiderar al negocio jurídico como categoría dogmática que ancla sus raíces en planteamientos sólidos debidos al pandectismo alemán decimonónico, se orienta por una concepción causalista, en materia de contratos de manera fundamental, ante a una defensa meramente formal de la libertad personal[229].

Por el principio de autonomía privada, podemos a día de hoy comprender de forma más matizada, consiguientemente, la facultad del sujeto para el establecimiento de relaciones jurídicas de Derecho Privado,

[225] En un sentido próximo, Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil…*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

[226] En la expresión de Gino GORLA, *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1959, p. 95. La "voluntad" como la "fuerza motriz de los derechos", bien se sabe, fue teorizada por Rudolf VON IHERING, por ejemplo, puede verse, *El espíritu del Derecho romano (edición abreviada*), Editorial Marcial Pons, Madrid, 1977, párrafo 70.

[227] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 24-25. Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Sistema de Derecho civil*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996, p. 389.

[228] Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Editorial Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 12.

[229] Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio…*, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

y a fin de su estructuración conforme a la propia voluntad de los individuos, en orden a "la realización y consecución de sus fines e intereses, siempre que estos fines e intereses por ellos perseguidos sean dignos de la tutela jurídica, por resultar conformes con la ley y con la moral social"[230]. El principio de autonomía privada transfiere la facultad de concluir libremente relaciones intersubjetivas, de forma que si el individuo estuviera vinculado inmediatamente a los Derechos Fundamentales y, en una específica situación estos le impidiesen decidir, la consecuencia derivaría hacia a una merma inadmisible de la libertad personal, entendida como la posibilidad de orientar "la propia acción en el marco de normas generales"[231], lo cual es interesadamente sostenido por los detractores de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico-privado.

A fin de evitar esta última imputación, la autonomía privada es asimismo concebible como la facultad creadora de normas jurídicas –fuente de derecho– o poder atribuido a los individuos de "autogobierno de su esfera política"[232]. Luego, al menos, la producción de efectos que incidan sobre el propio ámbito jurídico acotado por los particulares, determina un campo delimitado y relativamente substraído a la tutela de los poderes públicos, visto en "su aspecto de limitación o autolimitación de la ordenación estatal, que deja espacios en los que puede insertarse la actividad normativa de los particulares"[233]. Ahora bien, tampoco han de

[230] Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* Vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 5ª ed., Editorial Cívitas, Madrid, 1996, p. 74. Definición en la resuenan ciertos ecos de lo positivizado por el artículo 1255 del Código Civil: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

[231] STC 31/1993, de 26 de febrero; y en términos similares la STC 15/1986, de 31 de enero, la había definido como "la libertad de toda persona de organizar en algún momento y lugar (…) su vida individual y social con arreglo a sus propias convicciones".

[232] Carlos Alberto DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2005, p. 89.

albergarse dudas, acerca de que la autonomía privada puede actuar en cuanto normas "superiores o legales han «autorizado» a los particulares a ejercitarla, atribuyéndoles el correspondiente poder; pero, precisamente porque ha mediado esa «autorización» y los particulares están investidos de ese poder, las normas que ellos crean mediante los negocios jurídicos son, desde su nacimiento, normas jurídicas"[234].

La intervención citada del Legislador, no tiene sin embargo carácter excepcional, sino que hace su presencia "simplemente como un modo normal de manifestarse el concurso de fuentes (la privada y la legal) en la disciplina del contrato, correspondiendo a la diversidad de intereses que en él se atraviesan"[235]. A su vez, el principio de autonomía como "instituto" de Derecho Privado, presenta un complejo regulativo integrado por los principios "de autonomía, de responsabilidad por los propios actos y de protección del tráfico y la confianza"[236]. De otro lado, inclusive hay autores aún más restrictivos del concepto de autonomía privada, hasta hacerla coincidir con la idea de garantía de la autonomía o libertad negocial, esto es, reducida a una más específica competencia de los particulares en orden a la producción de efectos jurídicos[237].

4.8.4.2. Concretización en breves términos del principio de autonomía privada por relación a la autonomía de la voluntad.

[233] En este sentido Luigi FERRI, *La autonomía privada*, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 9.

[234] Luigi FERRI, *La autonomía…*, *op. cit.*, p. 68.

[235] José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Vol. Iº. Parte General. Teoría General del Contrato*, 2ª ed., Revisada y puesta al día por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, p. 344.

[236] Claus–Wilhelm CANARIS, *El sistema en la Jurisprudencia*, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 59.

[237] Así, Ana PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina Edições, Coimbra, 1982, pp. 13 y ss.

El principio de autonomía privada, de hecho, va a concretizarse de modo fundamental en dos momentos diferentes, aunque relacionados: a) la libertad o poder de celebración de negocios jurídicos –que en su consideración de instrumentos para la realización de la autonomía privada constituyen declaraciones de voluntad productoras de normas jurídicas–,de la cual proviene la libertad para llevar o no a cabo un hecho que, en cuanto integra previsiones normativas produce efectos jurídicos, toda vez: "la declaración de voluntad jurídico negocial no constituye únicamente la manifestación de una determinada opinión o intención; es, según su sentido, declaración de validez, es decir: un acto que tiene como meta poner en vigor una determinada consecuencia jurídica"[238]; b) la libertad de estipulación, de la cual resulta el poder de selección de la clase de efectos jurídicos que se vayan a desencadenar, a saber, el hombre puede co-configurar sus relaciones jurídicas[239].

En este sentido, autonomía privada y autonomía de la voluntad se presentan entonces a través de una interrelación indisociable, sin aceptarse por algunos autores que el concepto de autonomía de la voluntad pueda ser empleado lícitamente como noción similar a la de autonomía privada; equiparación que sí tuvo lugar y adquiría su cénit en la concepción liberal de Sociedad, en la cual encontramos cabalmente interiorizada la creencia romántica paladín de un equilibrio natural fundamentado en la libertad individual[240]. La identificación es efectivamente criticable, pues si bien las dos expresiones pudieran entenderse "a primera vista sinónimas", realmente no lo son, de tal modo

[238] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 293.

[239] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia…*, *op. cit.*, p. 445. Francisco dos Santos AMARAL NETO, "A autonomía privada como principio fundamental da orden jurídica. Perspectivas estructural e funcional", en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Ferrer Correia*, Vol. II, Almedina Editora, Coimbra, 1989, pp. 12 y ss. En términos parecidos, Jörg NEUNER, "Diskriminierungsschutz…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 59.

[240] Guilherme MACHADO DRAY, *O Principio da Igualdade…*, *op. cit.*, pp. 177 y ss.

que, "quienes hablan de autonomía de la voluntad en realidad desconocen el problema mismo de la autonomía privada (…) y dan relieve a la voluntad real o psicológica de los sujetos que, según esta opinión, es la raíz o la causa de los efectos jurídicos, en oposición a quienes, por el contrario, ven más bien en la declaración o en la manifestación de voluntad, como hecho objetivo, o en la ley, la fuente de los efectos jurídicos"[241].

4.8.4.3. Carácter instrumental del principio de autonomía de autonomía privada al servicio de la autodeterminación personal.

Sectores importantes de la doctrina científica han manifestado asimismo especial preocupación por diferenciar entre autonomía privada, en la que la voluntad es la causa primera del Derecho, y autodeterminación, entendiendo por esta segunda la facultad de disposición perteneciente a todo individuo para definir desde la libertad su propio ámbito de intereses y orientar su vida en concordancia con los anhelos perseguidos y elecciones realizadas. Bajo este prisma, la autodeterminación como elemento esencial del ser humano no solo se corresponde con el logro de un interés individual, sino que semejante capacidad también pertenece a la esencia de la comunidad política, una vez acogida la tesis de que exclusivamente una personalidad plenamente desarrollada desde el plano individual, está en condiciones de poner en práctica sus capacidades al servicio de la Sociedad[242].

La autodeterminación, dicho mediante otra dicción, es un concepto de mayor amplitud y de naturaleza esencialmente valorativa, pero existe, claro está, una estrecha relación entre ambos. Esto es, la

[241] Luigi FERRI, *La Autonomía…*, *op. cit.*, p. 5.

[242] Tilman REPGEN, *Kein Abschied von der Privatautonomie. Die Funktion zwingenden Rechts in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*, Ferdinand Schöningh Verlag, Paderborn, München–Wien–Zürich, 2001, p. 73.

autodeterminación reivindica a la autonomía privada como principio operativo en lo concerniente a la configuración jurídica de las relaciones entre sujetos privados, pues solo de ese modo puede realizar, dentro de ese específico perímetro, el valor que le es propio. Corolario de lo anterior, el principio de ordenación espontánea propio de la autonomía privada en una Sociedad regida por el principio general de libertad viene a ser, por lo tanto, el recurso instrumental al servicio de una de las finalidades pertenecientes a la autodeterminación de la persona[243].

Así, hace derivar Werner FLUME el principio de autonomía privada del principio más general de autodeterminación de las personas, entendiéndolo como el umbral de autoconfiguración de las relaciones jurídicas por los particulares conforme a su voluntad[244], en la comprensión sugerida de constituir una parte "del principio general de autodeterminación del ser humano"[245]. Desde esta óptica, toda vez la justificación de la autonomía privada radica "únicamente en el reconocimiento de la autodeterminación (*Selbstbestimmung*) como valor, la autonomía privada como principio jurídico solo se podrá realizar

[243] Joaquim DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o principio da liberdade contratual*, Almedina Editora, Coimbra, 1999, pp. 21 y ss. Ino AUGSBERG, "Autonomie als soziale Konstruktion. Zur Wiedergewinnung des Individuellen in der gesellschaftlich orientierten Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik", en *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlich in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, edición de Thomas Vesting / Stefan Korioth / Ino Augsberg, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2014, pp. 39 y ss, acentuando, como su propio título indica, la construcción social del principio de autonomía.

[244] Werner FLUME, *El Negocio Jurídico*, Vol. II – *Parte General del Derecho Civil*, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 23.

[245]Werner FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht. Zweite Band. Das Rechtsgeschäft*, 4ª ed., Springer Verlag, Berlin–Heidelberg–New York, 1992, p. 1; *El Negocio Jurídico…*, *op. cit.*, p. 23; asimismo Claus–Wilhelm CANARIS, "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 200, 2000, p. 323. En contra Wolfgang ZÖLLNER, para quien bastaría la libertad de decisión al objeto de celebrar o no celebrar cualquier contrato, aunque sea en condiciones desproporcionadas, "Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht – Bemerkungen zu Parität und Richtigkeitsgewähr", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 196, Heft 1/2, 1996, p. 31.

cuando exista el poder real de llevar a cabo esa autodeterminación"[246]; es por lo que a veces para realizar un trueque de roles alguna decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán cuando señala que la autonomía privada se basa en la autodeterminación, si bien, lo que entendemos es que alude propiamente a tratarse de dos principios interdependiente, siendo el de autodeterminación comprensivo de este y demás componentes. Esta es la tesis sobre la autonomía privada que parece compartir asimismo Paulo MOTA PINTO, al hacerla atributiva de un contenido de "Derecho fundamental y principio inspirador del reconocimiento de varias facultades jurídicas primarias", resultante del valor de "autodeterminación de la persona, y, más en general, de su libertad, resignadamente de su libertad positiva"[247]. O, concorde a los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 7 de febrero de 1990, funda un hecho cierto que la "autonomía privada se basa en el principio de libre autodeterminación, es decir, presupone que las condiciones de libre autodeterminación están dadas de facto"[248].

4.8.4.4. La objeción crítica propiamente dicha para el rechazo de la teoría inmediata desde la "defensa" de la autonomía privada.

4.8.4.4.1. La transformación del principio de autonomía privada en el contexto del Estado Social de Derecho.

Resulta ser verídico que los defensores de la teoría de la eficacia mediata apuntan con enorme vigor, el aspecto relativo a la problemática supervivencia o la limitación excesiva e intolerable que sufre el principio de autonomía privada frente a situaciones de aplicación directa de las

[246] Werner FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen…*, *op. cit.*, p. 10.

[247]Paulo MOTA PINTO, "Autonomia privada e discriminação: algumas notas", en *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang SARLET, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 324

[248] BVerfGE, 81, 242.

normas iusfundamentales a las relaciones jurídicas *inter privatos*[249], al menos en los términos clásicos de su reconocimiento. Pues bien, el inconveniente blandido, como trataremos de reflejar, dista considerablemente de estar dotado de la contundencia pretendida frente a la eficacia directa, a pesar de haberse argumentado resueltamente que la *Drittwirkung* inmediata es inconciliable "con la autonomía privada y, por tanto, tendencialmente contraria a la idea de libertad"[250]; axioma rotundamente falso una vez más, y al margen por completo de lo ofrecido por la realidad como balance cuando se ha aplicado.

De esta manera, y en primer lugar, queremos recordar algo dado tempranamente cuenta por Franz WIEACKER, al recapacitar lo que con frecuencia pasan por alto los críticos de la *Drittwirkung* inmediata, siendo sin embargo poco menos que definitivo para la correcta comprensión de las cosas. Nos referimos a la necesaria transformación experimentada por el principio de autonomía privada desde su previo apoyo en una ética de la libertad formal propia del Estado Liberal, a su anclaje actual partiendo de una ética material de la responsabilidad social, por exigencia del Estado Social de Derecho[251]. Como bien asimismo se ha apuntado, es imposible extraer de los ordenamientos constitucionales dos concepciones éticas contrapuestas, lo cual implicaría aceptar la

[249] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 61.

[250] Luis-María DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Editorial Thomson–Cívitas, Madrid, 2013, p. 140. En sentido similar, Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 62.

[251] Franz WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechsgesezbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, C.F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1953, p. 18. Argumentos similares hallamos en el libro de Claus–Wilhelm CANARIS (que, a causa de su recepción muy reciente, solo hemos podido consultar con brevedad), *Die bedeutung der iustitia distributiva en deutschen Vertragsrecht aktualisierte und stark erweiterte Fassung des Vortrags vom 2. Juli 1993*, Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Sitzungsberichte, Jahrgang 1997, Heft 7, C.H. Beck Verlag, München, 1997.

presencia o convivencia dentro del ordenamiento de dos concepciones diferentes de individuo, de ser humano[252].

Prestando atención a la actual concretización del principio de autonomía privada, sensiblemente diferente a su posición dogmática como valor supremo respecto al cual se estructuraban las relaciones intersubjetivas durante el Estado liberal –aunque en el propio *Code Civil* francés de 1804 se establecen como límites de la autonomía de la voluntad el respeto de la ley, del orden público y de las buenas costumbres– consideramos fácilmente rebatible la objeción de que cualquier efecto directo desplegado por los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, conlleva, sea la eliminación, sea la vulneración, o bien una degradación de dicho principio. Toda vez resulta preciso interiorizar, que es el mismo principio de autonomía privada y no su limitación –siempre proporcional, claro está– el objeto de la tutela constitucional y, en su virtud, del efecto a producir para el supuesto de las relaciones jurídicas desenvueltas entre sujetos privados[253]. Por consiguiente, no resulta difícilmente combatible la idea "de que todos los derechos fundamentales deberían regir en todo tipo de relaciones entre particulares, aunque aparentemente sugestiva, es insidiosa, porque su realización conduciría a la abolición de la autonomía privada y, por consiguiente, sería contraria a la noción misma de libertad"[254].

En cambio, como ha escrito Jörg NEUNER, una vinculación directa de los particulares a los Derechos Fundamentales, que el autor (junto

[252] Por todos Jean RIVERO, "La protection des droits de l`homme dans les rapports entre personnes privées", en *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber,* Vol. III, *Protection des droits de l`homme dans les rapports entre personnes privées*, edición de Marceau Long / François Monnier / Jean Graven, Augusto Pedone Éditions, Paris, 1971, p. 315.

[253] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, p. 522.

[254] Luis María DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ, "Capítulo IV: De las garantías de las libertades y derechos fundamentales" en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, edición de Óscar Alzaga Villaamil, Editorial Edersa, Madrid, 1996, p. 436.

con otros muchos) atribuye con carácter absoluto a la Dignidad humana, expuesta a las agresiones de los poderes públicos y de los particulares (poco importa de quién provenga la bota en el rostro del ofendido, dirá), y que luego considera restringida al contenido indisponible del núcleo esencial de los restantes Derechos (y de este modo el contenido disponible de cada Derecho no vincularía directamente a los particulares, mientras el contenido indisponible parece identificarlo con el contenido de Dignidad del respectivo Derecho), ni termina con la libertad contractual, ni con el principio de autonomía privada; acontece más bien que es esta, de igual modo a la libertad general de acción, no de carácter ilimitado[255].

4.8.4.4.2. Crítica de la teoría de la eficacia inmediata, por el peligro que entraña para el principio de autonomía privada.

La idea esencial perfilada por ese tipo de crítica podemos identificarla, pues, como aquella conforme a la cual la teoría de la eficacia inmediata debilita en exceso, e incluso para otros sencillamente anula, el principio de autonomía privada[256], o quizá expresado con términos más contundentes, "destruye" el "eje del Derecho privado"[257], con lo cual, a través de esta diatriba se viene a prevenir hasta la saciedad, frente al peligro que acecha a ese eje nuclear del mundo iusprivado, cuando se tiene la pretensión de extender a los particulares los límites impuestos al

[255] Jörg NEUNER, *Privatrecht und Sozialstaat*, C.H. Beck Verlag, München, 1999, pp. 150 y ss.

[256] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, pp. 281-282.

[257] Günter DÜRIG, "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtsdeutsdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, edición de Theodor Maunz, Isar Verlag, München, 1956, pp. 183-184; y una crítica contundente a esta posición de Günter Dürig, y las mantenidas en el mismo sentido por otros autores, puede seguirse en Walter LEISNER, *Grundrechte und...*, *op. cit.*, pp. 319 y ss.

Estado para la observancia de los Derechos Fundamentales[258]. Efectivamente, el argumento esencial de quienes rechazan todo tipo de eficacia directa o indirecta de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desarrolladas entre sujetos privados, viene a concretarse a través de la denunciada degradación que, a partir de ese tipo de vinculatoriedad, sufriría el principio de autonomía privada, y el propio tráfico jurídico privado con carácter general. Por su parte, los adalides de las teorías mediatas de la eficacia de los Derechos Fundamentales *inter privatos*, emplean idéntica crítica con la finalidad de cuestionar con brío a la tesis de la eficacia inmediata porque, acorde a su estimación, eliminaría la facultad de los sujetos privados tocante al establecimiento libre del contenido de sus relaciones jurídicas y, a la postre, de su libertad de decisión[259].

La Constitución comprende, según la idea defendida por estos últimos paladines de la mediación, una decisión básica favorable al reconocimiento de un Derecho general de libertad frente al Estado, que permitiría a los individuos, mediante el ejercicio de su autonomía privada, apartarse de los Derechos Fundamentales cuando resulte indispensable para su actuación, lo cual supondría la imposibilidad de una eficacia absoluta de las disposiciones de este rango normativo propia sin embargo de las relaciones jurídicas ciudadano-Estado[260]. Esto es, el

[258] Johannes HAGER, "Grundrechte und Privatrecht", en *Juristen Zeitung*, 49, Heft. 8, 1994, p. 373.

[259] Por ejemplo, Walter SCHMITT GLAESER, mantiene que una eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales violaría la autonomía privada y no tendría en cuenta el hecho de que todos los ciudadanos gozan, en igualdad de circunstancias, de protección de los Derechos Fundamentales, "Schutz der Privatsphäre", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. VI, 2ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001, p. 91. En similares términos, para el rechazo de la eficacia inmediata, Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, 1999, pp. 34-35. Entre nosotros, Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, p. 15; Luis María DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…*, *op. cit.*, p.436.

[260] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 158-159.

principio básico de Derecho Privado, expuesto de conformidad como lo hace Konrad HESSE, "sería colocado en peligro si las personas, en sus relaciones entre sí, estuvieran vinculadas directamente a las disposiciones de derechos fundamentales", y, desde luego, correría severo riesgo este lineamiento iusprivado, "si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieran renunciar a las normas de los derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal"[261]. En fin, también consideraría el precitado autor arriesgado la superposición del Derecho Constitucional al Derecho Privado, al entender podría igualmente producir una restricción del principio de autonomía privada y, consecuentemente, una nada leve limitación de la libertad responsable, modificando asimismo de una forma esencial la naturaleza y el significado de este sector del ordenamiento[262]; afirmación esta última que si la valoramos de suficiente gravedad, aun cuando asimismo el mismo autor realizó alguna otra con la que viene a decir prácticamente lo contrario, o, al menos, algo sensiblemente distinto.

A mayor abundamiento, también Konrad HESSE formuló su pronunciamiento acerca de que un Derecho Civil cimentado "sobre la protección de la personalidad y sobre la autonomía privada forma parte de las condiciones fundamentales del orden constitucional de la Ley Fundamental. La libertad privada de la persona, que el Derecho Civil presupone y para cuya salvaguardia y desarrollo dispone normas y

[261] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 61. El texto arriba citado, básicamente, coincide con uno de Günter DÜRIG, conforme al cual, el punto de partida de que la libertad tiene prevalencia sobre la igualdad en las relaciones entre particulares no puede ser negado, de no querer causar "daños irreparables" al Derecho Civil, y el principio de autonomía privada presupone la posibilidad de que los individuos renuncien a los Derechos Fundamentales dentro del ámbito de las relaciones jurídico–privadas (suponemos que querría decir a su ejercicio), "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 158. En sentido crítico con estas posiciones Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 318 y ss.

[262] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos Fundamentales", en *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer/ Hans–Jochen Vogel/ Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Editoriales Instituto Vasco de Administración Pública–Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 108.

procesos jurídicos, es requisito indispensable para las decisiones responsables y para la posibilidad misma de decidir. Ello funda la enorme trascendencia del Derecho Privado para el Derecho Constitucional. En la autodeterminación y en la propia responsabilidad se manifiesta en parte esencial el tipo de persona del que parte la Ley Fundamental y del que depende el orden constitucional"[263].

4.8.4.4.3. Réplica a las críticas formuladas desde la vertiente de combate de la eficacia mediata.

La cuestión de haber recurrido por nuestra parte a un autor de la reconocida solvencia doctrinal de Konrad HESSE para centrar la crítica, estriba en la consideración de que tanto este constitucionalista como el propio Günter DÜRIG, y en no inferior medida el resto de la doctrina adscrita a la tesis de la eficacia mediata, evidencian cierta confusión entre aplicación inmediata e imposibilidad de relativización de los Derechos Fundamentales tocante a las relaciones jurídicas entre sujetos privados. El hecho de que Hans–Carl NIPPERDEY hiciera referencia de pasada a los efectos absolutos de los Derechos Fundamentales, de ninguna manera presuponía que les comprendiera como derechos absolutos de contenido inmutable como hemos advertido más arriba, vale decir, ni relativizables, ni restringibles.

En un primer momento, y así lo ha mantenido siempre, la tesis de la eficacia inmediata mostró desde su aparición seria preocupación por otorgar una adecuada protección a los ciudadanos frente a los grupos privados de dominio y ante los individuos con fuerte poder social, poniendo de relieve a tal finalidad el importante poder socializante que es característico de la Constitución normativa, y la obligatoriedad para los poderes estatales de garantizar, en todos los niveles, la igualdad y la justicia social, dentro de un Estado de Derecho constituido sobre

[263] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 86.

principios estructurales como son el Social y el Democrático. Si partimos de este dato previo, la tesis de la eficacia directa nos lleva justamente al reforzamiento de la autonomía privada y, especialmente, de la libertad contractual, dada la pretensión de su mantenimiento y protección asimismo frente a los poderes sociales y a las posiciones fácticas de poder de los propios sujetos particulares[264]. Entre tanto, la teoría de la eficacia mediata fundamentada en una arbitraria equiparación entre "la autonomía de la voluntad privada con la realización social de la libertad (…) se traduce en el hecho de entender, falsamente, que la protección que la legislación ordinaria confiere al ejercicio de la autonomía de la voluntad sirve también como garantía y protección de los derechos fundamentales"[265].

La aceptación de una vinculación inmediata de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, está lejos de suponer algún tipo de limitación para el principio de autonomía privada. Antes al contrario, toda vez la eficacia inmediata deberá realizarse desde el pleno respeto del libre desarrollo de la personalidad establecido por el artículo 2.1 de la Ley Fundamental (o por nuestro artículo 10.1), precepto en el que encuentra su amparo constitucional el principio de autonomía privada, forma parte esencial de su contenido[266]. Con ello, queda garantizada de igual modo la libertad individual y el valor de autodeterminación personal[267], al permitir a los particulares la facultad de disponer de su esfera jurídica en todos los órdenes. Sin

[264] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 758.

[265] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales)", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio–Enrique Pérez Luño, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 271-271.

[266] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 20.

[267] Joaquím DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato…*, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

embargo, aceptar de partida como axioma restricciones al ejercicio de los Derechos Fundamentales respecto de su eficacia en las relaciones intersubjetivas a favor de la autonomía privada, significaría privar de su verdadero significado a los mismos Derechos Fundamentales, los cuales precisamente encuentran la justificación para su existencia, en el carácter del que disponen de constituir instrumentos al servicio de la garantía de la libertad individual[268].

Aunque sea cierto que la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales, en esa esfera y dimensión, es menos absoluta que frente a los poderes públicos[269], ergo se ve afectada por la refracción de otras posiciones de libertad también amparadas constitucionalmente y con las cuales ha de conciliarse, la considerada eficacia sigue siendo inmediata. Por consiguiente, a causa de la aplicación directa de las normas iusfundamentales no deja de cumplirse la obligación de respetar el principio de autonomía privada, según terminamos de indicar, en su consideración de bien jurídico amparado de igual suerte por la Constitución como hace con los Derechos Fundamentales, y al servicio actualmente de la libertad real de los titulares de aquella[270]. De esta suerte, tampoco observamos por nuestra parte dónde hallar, al respecto, la desventaja de esta teoría frente a la superioridad que para la autonomía privada eventualmente supone la construcción y aplicación de la eficacia mediata[271]. Incluso, aunque consideremos a la autonomía privada como una opción de configuración preexistente al Derecho

[268] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 18 ss.

[269] Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO y FERNÁNDEZ–CASTILLO, recordemos expone que la doctrina científica acepta con carácter general que una "eficacia horizontal de los derechos fundamentales plena y homogénea sería incompatible con todo el sistema de Derecho privado", *El recurso de amparo y los derechos…*, *op. cit.*, p. 54.

[270] Kara PREEDY, "Fundamental Rights and Private ACTS – Horizontal Direct or Indirect Effect? A Comment", en *European Review of Private Law*, núm. 1, 2000, p. 132.

[271] Ventaja que observa con total seguridad, por ejemplo, Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…*, *op. cit.*, p. 1556.

positivo, la misma solo será realmente efectiva en la actualidad mediante su reconocimiento y configuración por el orden jurídico constitucional estatal[272]. La libertad y la autonomía privada presuponen, tal como terminara por fin reconociendo el mismo Konrad HESSE, una "situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados en el negocio jurídico", y, por consiguiente, "donde falta tal presupuesto, y la autonomía de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de conceptos de Derecho Público y Privado"[273].

A diferencia de aquellas opiniones desde las cuales prosigue manteniéndose la dificultad existente, francamente valorada alta, para admitir que la eficacia directa de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados contradice valoraciones "fundamentales de nuestra Constitución", siendo al mismo tiempo causa de rigidez en la vida social, donde la libertad es la regla y cuyo Derecho arranca del principio de aceptar el máximo de libertad constitucionalmente garantizada, entendemos contrariamente que, en modo alguno limita la teoría de la eficacia inmediata la autonomía privada, a saber, el "derecho de los particulares a disponer de su esfera jurídica como tengan por conveniente"[274]. Y ello, insistiremos nuevamente, debido a la sencilla razón de la inexistencia de Derechos Fundamentales absolutos e ilimitados, por contraposición a lo cristalizado desde el entendimiento de las primeras y solemnes Declaraciones de Derechos. La autonomía privada y la libertad

[272] Reinhard SINGER, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, C.H. Beck Verlag, München, 1995, p. 6.

[273] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, pp. 78-79.

[274] Jesús ALFARO ÁGUILA–REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 61.

contractual están efectivamente tuteladas constitucionalmente, lo cual no es impedimento para su posible y necesaria relativización llegado el caso justicativo jurídicamente, y si bien representan límites importantes en la esfera de las relaciones intersubjetivas, tal circunstancia no constituye un obstáculo insalvable para la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales dentro de esos confines; y, cual tantas veces hemos repetido, no será tampoco de carácter absoluto[275].

4.8.4.5. Tutela constitucional del principio de autonomía privada.

4.8.4.5.1. Planteamiento inicial.

De conformidad a la dirección en la que venimos avanzando, la autonomía privada es defendida por el Estado mediante protección constitucional, lo cual implica "ya la intervención de aquel; el que la califique, defina o limite"[276], y para el caso de estallar el conflicto con un Derecho Fundamental o un bien tutelado *secundum constitutione*, la ponderación adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto, será la encargada de justificar en el supuesto concreto la restricción mayor o menor de uno u otro[277]. Porque, como acertadamente dejara plasmado el Tribunal Constitucional Federal alemán a través de la misma sentencia resolutoria del caso *Lüth*, en una gran comunidad, el desarrollo de la vida social conlleva "la colisión constante de intereses y Derechos entre los individuos", ante lo cual, se ha de proceder permanentemente a "un

[275]Ingo Wolfgang SARLET, "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 29.

[276] Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio…*, *op. cit.*, p. 17.

[277] En similar sentido Luis AGUIAR DE LUQUE, "Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión", en *Actualidad jurídica*, X, 1981, p. 9.

equilibrio y una ponderación de los Derechos enfrentados, según el grado de protección que merezcan"[278].

La defensa de la eficacia directa de los Derechos Fundamentales en el sector del Derecho Privado, según bien ha sido subrayado, supone tomar de una vez con seriedad y rigor la cuestión acerca de que la "aplicación inmediata no permite un trasplante automático del Derecho Fundamental (Constitucional) en el Derecho Privado, sino que ha de articularse con el principio de autonomía que deriva del art. 10 (de la Constitución española)"[279], aplicándose el principio de proporcionalidad y teniendo muy a la vista la situación de libertad material–real en la cual se encuentren las partes al momento de contraer sus obligaciones a través de la expresión de una voluntad que ha de ser autónoma[280].

Justamente, la situación de igualdad material de las partes es algo que, conforme hemos reiterado, preocupó de modo intenso a Hans-Carl NIPPERDEY desde un primer instante y como se vio *ut supra*, admitiendo la facultad de disposición de sus Derechos Fundamentales siempre y cuando aquellas se encontraran en una situación de igualdad de hecho y de Derecho, pues de no ser así, uno de los sujetos actuaría carente de plena autonomía privada por estar condicionada su voluntad a causa del desproporcionado mayor poder de facto y objetivamente determinable del otro, con lo cual, rechazará la posibilidad de considerar la autonomía privada como un principio meramente formal por requerimiento oponible a cargo del Estado Social y Democrático[281]. Sentado lo anterior, como sabemos, si la libertad contractual, en cuanto libertad de estipulación del

[278] BVerfGE 7, 198, (220).

[279] Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO Y FERNÁNDEZ–CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos…*, *op. cit.*, p. 77.

[280] Klaus RITGEN, "Vertragsparität und Vertragsfreiheit", en *Juristen Zeitung*, 57, Heft. 3, 2002, pp. 114 y ss.

[281] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 18 ss.

contenido del contrato (*Gestaltungsfreiheit*), y manifestación más importante de la autonomía privada, es realizada en una situación conforme a la cual los contratantes contraen libremente sus respectivas obligaciones, ejercitando su pertinente autonomía de la voluntad (privada) –vinculación entre la autonomía de la voluntad y libertad contractual, prevalente, de indudable raíz kantiana– se vaciaría a los Derechos Fundamentales de una buena parte de su contenido de libertad caso de no admitirse la facultad igualmente libre de las partes para limitarlos (propiamente su ejercicio) en las relaciones jurídicas iusprivadas de acuerdo con los términos constitucionalmente autorizados, por lo que el contrato será plenamente válido[282]. Una vez nos hallemos ante un contrato obligacional jurídicamente válido, el deber jurídico surgido de las "prestaciones contractuales", no resulta de que la Ley las anude como "consecuencia jurídica a un supuesto de hecho", sino del "propio supuesto de hecho del «contrato obligacional jurídicamente válido»"[283], y a la hora de enjuiciar el contrato, la primera cuestión a interrogar por el jurista es: "¿Qué acordaron las partes?"[284].

4.8.4.5.2. La tutela constitucional en sentido estricto del principio de autonomía privada.

Entre nosotros, tempranamente fue entendido de modo correcto, a símil a cómo fuera comprendido en la exégesis del ordenamiento alemán[285], que la autonomía privada no es algo distinto de la

[282] Así, el mismo Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 27.

[283] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia…*, *op. cit.*, pp. 293-294.

[284] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia…*, *op. cit.*, p. 294.

[285] Por ejemplo, en el año 1993, el Tribunal Constitucional Federal alemán declaró que las partes intervinientes en el ámbito jurídico–privado, "igualmente titulares de Derechos Fundamentales, persiguen intereses distintos y a menudo fines opuestos. Como todos los participantes en el tráfico jurídico-privado merecen la protección del art. 2.1 de la Constitución y pueden apelar a la protección fundamental de su autonomía privada, no deberá regir únicamente el Derecho del más fuerte", sino que deberá

concretización de una parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido para el ordenamiento español por el artículo 10.1 de la C.E.; siendo uno de sus elementos esenciales[286]. Efectivamente, el principio de autonomía privada, carente de reconocimiento expreso por medio de los textos constitucionales, halla implícitas sus facultades jurídicas, de cualquier modo, en los distintos ordenamientos jurídicos a través de diversos preceptos constitucionales, aunque aparezcan algunas variaciones doctrinales respecto de su concreta derivación normativa, sobre todo, surgen superiores dudas en los ordenamientos que no reconocen de forma explícita el principio o derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Así, por ejemplo, referido al ordenamiento constitucional portugués, que ha tenido ambos tipos de situaciones desde la perspectiva del reconocimiento al libre desarrollo de la personalidad, se positiviza ahora de manera expresa por medio de su artículo 18.1, la eficacia de los Derechos Fundamentales para las entidades privadas sin establecer el *modus vinculanti*[287], y tampoco es posible hallar en la Constitución una disposición encargada de establecer inequívocamente de modo explícito el principio de autonomía privada. Inicialmente, fueron mencionados de este modo por algún autor lusitano como presupuesto de su corolario, la garantía del derecho de propiedad privada, la garantía de la existencia de

prevalecer el principio de concordancia práctica como criterio hermenéutico al objeto de optimizar hasta donde resulte posible los derechos de cada parte, BVerfGE, 89, 214, (232).

[286] Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos…*, *op. cit.*, p. 76. En el mismo sentido Pablo SALVADOR CODERCH, "Introducción", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 22.

[287] Por ejemplo, Paulo MOTA PINTO, quien considera que comprende a determinadas personas privadas, las detentadoras de un cierto grado de poder social, "O direito ao libre desenvolvimento da personalidade", en *Portugal–Brasil, Año 2000, Tema Direito, Studia Iuridica*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 229-230. Y para Hans–Uwe ERICHSEN, no es evidente, en referencia a la situación portuguesa, que los Derechos Fundamentales tengan aplicación inmediata y vinculen directamente en la esfera de las relaciones entre particulares, "Die Drittwirkung der Grundrechte", en *Jura*, 1996, p. 527.

un sector privado de medios de producción y de iniciativa económica privada, la libertad del ejercicio de profesión, o la libertad de constituir una familia[288]. Referido a otros autores de aquel país, por su lado, consideraron previo a la reforma constitucional de 1997, cuando incorporan el derecho al libre desarrollo de la personalidad por el texto constitucional, que en la sola disposición de normas relativas a específicas manifestaciones de la libertad general debían comprenderse necesariamente, dentro de su ámbito de protección, la autonomía privada y la libertad contractual. Con todo, una vez producida la constitucionalización expresa del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entienden sustancialmente alterada la situación, al destacar la colocación: "hoy entre nosotros la cuestión de la constitucionalidad del principio de libertad contractual en términos idénticos a los del ordenamiento alemán"[289].

[288] Es el caso de Ana PRATA, quien entendiera la posibilidad de tutela de la autonomía privada como una de las consecuencias de la garantía de la libertad humana postulada por varios autores incorrecta, pues considera parece legítimo concluir que esa no es la opción constitucional portuguesa, una vez la Constitución no suple ni admite la indiscriminada libertad jurídico–económica. Así, entiende que no solo no puede pensarse la autonomía privada como una consecuencia inherente a la tutela constitucional de la libertad, sino que es preciso retirar de esta tutela elementos importantes en un sentido restrictivo de la libertad negocial, o reorganizador de esta en términos tales que su significado clásico se vea completamente alterado. Sin embargo, por referido a la propiedad privada y a la iniciativa económica privada, señala la existencia de una ligazón entre estos institutos y la autonomía privada, porque en ambos casos esta se beneficia de la indirecta tutela constitucional que el ejercicio de aquellos derechos supone, *A tutela constitucional da…*, *op. cit.*, pp. 214 y ss.

[289] Joaquim DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato…*, *op. cit.*, pp. 147-148. En cuanto a Jorge MIRANDA, por su parte, entiende que la autonomía privada no está regulada por la Constitución, mas admite su derivación, como garantía institucional, del Derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la capacidad civil, de la libertad de trabajo y profesión, de la contratación colectiva, de la iniciativa privada, de la propiedad y de su transmisión en vida y en muerte, y de la autonomía asociativa, *Manual de Direito…*, *op. cit.,* p. 326. Parecidos términos emplea Paulo MOTA PINTO, al sostener que si se conjuga el Derecho al libre desarrollo de la personalidad y el Derecho a la libertad, tutelado por el artículo 27 de la Constitución de la República Portuguesa, puede concluirse el reconocimiento por la misma de una libertad general de acción, integrante, en el respectivo dominio de protección, de la actividad humana en general y que, para aquellas situaciones en las cuales inexiste una relación de especialidad, incluye la libertad de actuación jurídica con la correspondiente tutela de la autonomía privada. Conforme mantiene, el Derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene una función complementaria en caso de existencia de una laguna, tocante a la tutela de la libertad a

De manera adicional, una vez reconocido asimismo el amparo constitucional hallado por el principio de la autonomía privada, la consecuencia subsiguiente, sostiene la tesis de la eficacia inmediata, es la comprensión de que a los Derechos Fundamentales les está prohibido afectar a su núcleo irreductible o esencial, respecto del cual, el actual Derecho Privado debe garantizar su desenvolvimiento conjunto para el tráfico jurídico con los Derechos Fundamentales y el resto de los bienes constitucionalmente tutelados, estableciendo para cada caso concreto necesitado de ello, las restricciones de unos u otros que sean constitucionalmente proporcionadas, y procurando restringir la intervención limitadora en desmedro de la libertad correspondiente para cada supuesto, del modo resulte la indispensable y sea siempre de la menor entidad posible[290]. Así como los Derechos Fundamentales despliegan eficacia limitando el principio de autonomía privada, de igual manera y correlativamente, despliega eficacia este último como fundamento de la restricción de posiciones subjetivas iusfundamentales[291].

Así las cosas, para la temática de precisar de qué forma el principio de autonomía privada recibe protección constitucional, es conveniente recordar, de pasada y muy a vuela pluma, la delimitación de la libertad contractual respecto de la libertad general de acción[292]. La primera

través del reconocimiento de derechos especiales de libertad. Se recurre a la función complementaria, cuando no exista una libertad especial en la cual sea comprendida la actuación pertinente, y siempre que se justifique su protección. Así, por ejemplo, la libertad contractual podrá, concretamente, estar protegida a través de la libertad económica, o de la libertad del ejercicio de profesión, o de la libertad de constituir una familia. Por una vía o por otra, considera que la autonomía privada está constitucionalmente tutelada, "O direito ao libre desenvolvimento…, *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 199 y ss.

[290] En este sentido Cristina QUEIROZ, *Direitos fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 280.

[291]José Joaquím GOMES CANOTILHO–Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 148.

encuentra su concreción a través de un derecho a competencias, toda vez para la misma entra en cuestión el otorgamiento de fuerza jurídica desde el ordenamiento a lo realizado mediante su ejercicio por los sujetos de derecho, el contrato, y proviene mediatamente del reconocimiento a un derecho a libertad o del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero resulta imposible reducir una libertad constitucional a un derecho a competencias de idéntico alcance y naturaleza al propio principio de autonomía privada[293].

Específicamente, los detractores de la *Drittwirkung* inmediata, como bien recuerda Reinhard SINGER, desde su concepción de la libertad contractual, dicen partir de un modelo de autonomía privada que obligatoriamente ha de ser protegido, pero cuyo contenido dan por entendido, siendo así que ni tan siquiera hay un concepto indiscutido de la misma dentro del ámbito de la dogmática iusprivatista. Lo compartido, y ni siquiera de modo unánime, no va más allá ni es algo distinto de un modelo de igualdad entre las partes que, mediante el ejercicio de su libertad (plena) de autodeterminación, fijan el contenido y la conclusión (*Abschlussfreiheit*) de los contratos, situación ideal bastante difícil de concurrir en la práctica para importante número de supuestos, pese lo pregonado por los aparentemente bien pensantes. Así, según la interpretación realizada desde precomprensiones neoliberales, la función de la autonomía privada no consistiría, desde luego, en garantizar la ruina de los contratantes, pero esa ruina, admiten, bien puede ser consecuencia del ejercicio de la libertad contractual. En ese caso, no corresponde a los Derechos Fundamentales la protección del sujeto frente a un hecho fruto del ejercicio de su autonomía, pues si el mandato constitucional de protección de los Derechos Fundamentales persigue la

[292] Anette GUCKELBERGER, "Die Drittwirkung der Grundrechte", en *Juristische Schulung*, 12, 2003, p. 1153.

[293] En este sentido Robert ALEXY, *Teoria de los derechos…*, *op. cit.*, p. 468.

garantía de la autonomía, punto de apoyo de las libertades básicas, entonces, "el respeto debido a la libertad por parte del Estado, se expresa fundamentalmente mediante el reconocimiento del vínculo contractual", siempre y cuando las partes se hayan obligado libremente[294]. Parece así evidente la necesidad de legislar a favor de la protección de la parte más débil, colocando límites proporcionados a la autonomía privada[295], Una concretización de esta protección que, referido al alcance y formas de conformación, *prima facie*, es dejada a la libertad configuradora del Legislador. Referido a las decisiones judiciales, vulneran igualmente la libertad contractual y, por consiguiente, la autonomía privada y trascendiendo la libertad del pleno desarrollo de la personalidad, cuando no observan el principio de proporcionalidad, o no respetan conforme a este la necesaria base legal en la cual ha de fundamentarse la restricción, o la última no fue interpretada y aplicada de forma constitucional[296].

De otra parte, conviene matizar siempre hasta donde pueda alcanzarse para cada supuesto, pues del principio de la autonomía privada no es derivable, en momento alguno, que hayan de valer las estipulaciones contractuales exactamente "conforme al querer de cada una de las partes, o que solo valga lo que las partes expresamente quieren", de tal modo que el contrato correctamente ha de entenderse el resultado de la "interacción entre la voluntad privada presuntamente egoísta, y la ley, que cuida de los intereses comunes, pues el contrato

[294] Christian HILLGRUBER, citado por María Venegas Grau, *Derechos fundamentales*..., *op. cit.*, pp. 206-207.

[295] Reinhard SINGER, "Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst", en *Juristen Zeitung*, 50, Heft. 23, 1995, p. 1137 y ss; "Die Lehre vom Grundrechtsverzicht und ihre «Ausstrahlung» auf das Privatrecht" en *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand`Heur*, edición de Wilfried Erbguth / Friedrich Müller / Volker Neumann, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 182.Tutela constitucional de la libertad contractual que viene reconociendo el Tribunal Constitucional Federal alemán, al menos, desde la BVerfGE 8, 274, (328).

[296] Por ejemplo, BVerfGE 95, 267, (306), y Hans–Uwe ERICHSEN, "Allgemeine Handlungsfreiheit", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. VI, 2ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001, parágrafo 52.

realiza una multiplicidad de intereses y, paralelamente, no se halla constituido solo por el contenido de la voluntad que han puesto en el los contratantes, sino asimismo por determinaciones que derivan de la ley y la equidad. No es, dice Rodotà, el instrumento privilegiado de exteriorización del poder de la voluntad privada, sino, al contrario, una estructura abierta, esto es, un instrumento que se halla, por sí, en situación de realizar no solo los intereses de los contratantes, sino también intereses externos (expresados por la colectividad): ciertamente el poder de pactar lo usan las partes en interés egoísta suyo, pero la ley puede limitar la satisfacción de intereses egoístas de modo que se respete y favorezca el bien común"[297].

A partir de lo previo, es posible colegir al menos, y admitimos tampoco es mucho educir, que las normas de Derechos Fundamentales disponen de supremacía respecto de las normas reguladoras de la vertiente formal de la libertad contractual. Cierto, es el propio ordenamiento jurídico el encargado de no impedir el carácter vinculante de aquellos contratos libremente estipulados por "las partes equiparadas jurídicamente, otorgando con ello al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derechos en el campo jurídico privado, mediante la configuración coincidente de las relaciones recíprocas (autonomía de la voluntad)"[298]. Uno de los integrantes esenciales del contenido de la libertad contractual es, particularmente, la "libertad de conclusión", vale decir, la posibilidad de determinar a cargo de las partes contratantes si van a formalizar un contrato, cuándo y entre quiénes; de otro lado, hallamos la "libertad de configuración interna", a saber, la

[297] José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil…*, *op. cit.*, pp. 343-344. En una de sus aportaciones, expone Jacques GHESTIN que el contrato extrae su fuerza obligatoria de la voluntad del legislador de sancionarlo", e igualmente se puede añadir "que el legislador, de conformidad con el derecho objetivo que se encuentra por encima de él, solo sanciona el contrato porque es útil y a condición de que sea justo", "La notion de contrat", en *Droits*, núm. 12, 1990, p. 12.

[298] Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 65-66.

facultad "para ambos contratantes de establecer libremente el contenido del contrato" y, obvio es, esta segunda presupone la libertad de conclusión[299].

4.8.4.5.3. Las relaciones jurídicas establecidas entre partes situadas en posición de desigualdad estructural.

3.7.4.5.3.1. Mediatización de la libertad de la parte débil de la relación jurídica.

La materialización de la libertad contractual, esto es, de la garantía de la misma en sentido material, va encauzada de modo directo a considerar elementos y circunstancias referidas a las partes contratantes, con la finalidad de asegurar que disponen de auténticas posibilidades de participación real en el negocio jurídico, y de estar en condiciones de realizar los propios intereses por medio del recurso al mecanismo del contrato[300]. Así, de conformidad a los términos frecuentemente recordados de Werner FLUME, toda vez el ordenamiento jurídico "confía al individuo la regulación de las relaciones jurídicas en uso de la autodeterminación bilateral, es decir, mediante el contrato, en él subyace el presupuesto de que los individuos están frente a frente con poder de autodeterminación y no que, en vez de una autodeterminación bilateral, tenga lugar una reglamentación heterónoma unilateral"[301]. La anomalía hace su acto de presencia en el contexto de la relación contractual, cuando el contratante no dispone de capacidad para conocer el contenido del contrato o también para el supuesto de carecer de dicha capacidad al objeto de determinar su verdadero alcance, así como para los casos en los que tampoco dispone de facultades a fin de poder

[299] Karl LARENZ, *Derecho de…*, *op. cit.*, p. 66.

[300] Fritz RITTNER, "Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 188, Heft. 2/3, 1988, p. 108.

[301] Werner FLUME, *El Negocio Jurídico…*, *op. cit.*, p. 33.

modificar el contenido impuesto unilateralmente por la parte de la relación dotada de superior dominio social[302]. La autonomía de las partes ha de ser real en ambas, pues como señalara nuestro Tribunal Constitucional, una condición o cláusula contractual, no va a resultar necesariamente "válida por el solo hecho de haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad"[303].

Determinados autores, caso del propio Claus–Wilhelm CANARIS o Werner FLUME, mantienen la opinión a favor del mercado de que, por medio de su correspondiente desarrollo de la libre competencia, posee la cualidad de constituir el instrumento determinante de cara a una cierta neutralización del poder de los sujetos contratantes más fuertes, favoreciendo con ello la libertad contractual y las propias posibilidades de autodeterminación de las partes contratantes situadas dentro de la estructura relacional en posiciones de debilidad[304]; cuestión muy abierta a la discutibilidad y en la cual no podemos ahora reparar más.

Referido a Alemania, la Ley Fundamental de Bonn garantiza (artículo 2) el Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y también, naturalmente, su libre ejercicio, en la medida "que con ello no se vulneren derechos ajenos, no se choque «contra el orden constitucional o las leyes de la moral»", por lo que también como última *ratio*, de ahí que la libertad contractual está "al servicio «del libre desarrollo de personalidad»"[305]. Y ya Hans–Carl NIPPERDEY adelantó muy pronto su estimación, al dejar claramente sentado que la libertad

[302] Aspectos que pone especialmente de relieve Claus–Wilhelm CANARIS, "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 323-324.

[303] STC 241/1988, de 19 de diciembre.

[304] Claus–Wilhelm CANARIS, "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 293; Werner FLUME, *El Negocio Jurídico*…, *op. cit.*, p. 34; y, en el mismo sentido Fritz RITTNER, quien subraya que entre el contrato y la competencia existe una "relación ontológica", "Über das Verhältnis von Vertrag…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 107.

[305] Karl LARENZ, *Derecho de*…, *op. cit.*, p. 72.

contractual, y de igual modo el resto de libertades constitucionales, estaban obligadas a respetar el orden constitucional de valores. Ello le llevaría a concluir respecto de la imposibilidad para tal libertad de llegar al extremo "de anularse o vulnerarse sustancialmente a sí misma, o a alguno de los principios superiores del ordenamiento, ya que la libertad contractual no se atribuye únicamente en interés del individuo, sino en el interés de todos, y representa, por lo tanto, un principio fundamental general del orden jurídico"[306].

El Tribunal Constitucional Federal alemán, por su lado, avaló por medio su sentencia, frecuentemente recordada por la literatura jurídica, sobre las fianzas, de año 1994, el deber correspondiente a los órganos judiciales de intervenir correctivamente en los contratos que gravaran onerosamente de un modo extraordinariamente fuerte a una de las partes contractuales, y fuesen el resultado de fuerzas de negociación desiguales en términos estructurales[307]. Desde esta perspectiva, el derecho contractual, en su integridad, sigue teniendo el mismo fundamento y aspirando a la consecución de idéntico objetivo, esto es, el logro de la realización de la autodeterminación del individuo, para lo cual, la libertad contractual es un medio y no un fin en sí mismo[308]. Luego, la tutela constitucional de la autonomía privada, no protege solo la libertad de celebrar contratos conforme se desee, sino también la alteración por el poder público de contratos jurídico–privados ya celebrados, cuando concurran las circunstancias jurídicas demandantes de tal intervención, sea en aras del interés social, ora en garantía de la

[306] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 754.

[307] BVerfGE 89, 214 y ss. En sentido crítico, Uwe DIEDERICHSEN, en su extensa aportación "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht - ein Lehrstück juristischer Methodenlehre", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 198, 1998, pp. 172 y ss.

[308] Claus–Wilhelm CANARIS, "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 287 ss, en particular, p. 323.

libertad de las partes[309]. Y a una de esas circunstancias, entre otros autores, hace significativa referencia Claus–Wilhelm CANARIS, al advertir las dificultades de la parte débil de la relación jurídica para proceder a una valoración adecuada de las consecuencias del contrato, situación a partir de la cual es hacedero afirmar que su voluntad aparece caracterizada realmente para tales supuestos, no por la autonomía sino por la heteronomía, al no ser completamente ni libre, ni neutra[310].

De todos modos, el fenómeno de la desigualdad en la relación contractual, tampoco es precisamente nuevo, aunque haya aún hoy autores empeñados en analizar la teoría del contrato con los ojos vendados. Efectivamente, como reconociera hace ya más de una centuria acerca de la materia, un jurista clásico estudioso del tema, el punto de partida de la existencia de una abstracta situación de absoluta paridad entre los sujetos privados, constitutiva de uno de los valores fundamentales del contrato, fue siempre empleado con la finalidad de ocultar la triste realidad de una libertad fuertemente reducida, vaciada de su contenido, y que terminaba por someter a uno de los sujetos de la relación contractual a la vinculación normativa conforme a los términos queridos por el otro sujeto privado de la relación, con el consecuente saldo de un abuso de la libertad contractual, en último extremo exento de sanción[311].

---

[309] Doble vertiente de la libertad contractual subrayada, por ejemplo, a cargo de Joaquin SCHMIDT–SALZER, "Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, p. 89.

[310] Claus–Wilhelm CANARIS, "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts…", *loc. cit.* en *op. cit.* p. 323; en el mismo sentido, Hannes RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht – Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung Europäisches Wirtschaftsrech*, C.H. Beck, München, 2004, pp. 19 y ss.

[311] Raymond SALLEILES, *De la déclaration de volonté*: *contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 a 144)*, Frédéric Pichon Éditeur, Paris, 1901, 229 y ss.

El paradigma clásico e idílico de las voluntades libres y concurrentes autónomamente al establecimiento de una relación jurídica al objeto de conciliar sus intereses, configurándose el mecanismo contractual como una garantía de corrección de la condicha relación, nunca tuvo propiamente su traslación a la realidad social[312]. En este sentido, justifican actualmente otros sectores doctrinales ya probablemente mayoritarios, la necesaria intervención del ordenamiento jurídico ejerciendo su función compensatoria del deterioro de la libertad de la parte débil de la relación contractual, al no haberse podido adoptar por esta una decisión libre y racional en el momento de comprometerse obligacionalmente[313]. Por demás, Claus–Wilhelm CANARIS destaca ser inherencia al alma del contrato una doble faz: de una parte, está al servicio en orden al desarrollo de la autodeterminación; sin embargo, de otro lado, tiende a su limitación, a través de la autovinculación de las partes, y esa tensión se pone de relieve por el despliegue mostrado a cargo del principio de autodeterminación, entendido como libertad real de decisión, en favor de permitir la posibilidad de resolución del vínculo contractual[314].

De ahí la validez, aún plenamente justificada, de la conocida frase debida a Walter LEISNER: "La historia de la libertad de contratación es la de su limitación" *–die Geschichte der Vertragsfreiheit ist die ihrer Beschrankung!–*[315]. Además, conforme recuerda este autor, centrar la

[312] Como admite asimismo por ejemplo Ludwig RAISER, "La funzione del contratto e libertà contrattuale", en *Il compito del diritto privato*, obra del mismo autor, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1990, pp. 88 y ss.

[313]Así, por ejemplo, Claus–Wilhelm CANARIS, "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 293; Reinhard ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 223.

[314] Claus–Wilhelm CANARIS, "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 279.

[315] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 323-324, y el autor pone muy claramente de relieve cómo la autonomía privada ha dejado de ser el paraíso en el cual

eficacia mediata de los Derechos Fundamentales a partir del principio de autonomía privada, sería de aplicación, en el mejor de los casos, y apurando al límite, para las relaciones contractuales, dejando al margen el Derecho Privado extracontractual[316].

Naturalmente, es una comprensión constitucionalmente incorrecta, llegar a la conclusión de que resulta obligado desechar siempre la relación contractual para los casos en los cuales una intervención del Legislador no respete los Derechos Fundamentales, siendo así que es más bien la autonomía privada la referencia de la relación contractual, y la misma también está protegida por la Constitución[317]. Si el acuerdo de negocio jurídico se evalúa, por ejemplo, como contrario a las buenas costumbres, ese hecho debe estar conforme con el Derecho Fundamental a la autonomía privada, es decir, con su función como derecho de defensa, al no haber sido reconocido este por el contrato a la parte afectada y, de esa forma, el acuerdo se encuentra protegido de intervenciones del Estado que van demasiado lejos. Sin embargo, en realidad, no está suficientemente tutelado, y es aquí donde halla uno de sus puntos débiles la teoría de los efectos indirectos de las normas iusfundamentales en el tráfico jurídico–privado, por el despliegue de estos efectos mediatos a cargo de los Derechos Fundamentales ante unas normas de Derecho Civil también "mediatizadas" por los mismos, que

todos los Derechos y Libertades encontraban su realización, pues actualmente, tanto para las relaciones contractuales como tocante a las extracontractuales, se ve sometida cada vez en mayor grado a la injerencia de la acción de los poderes estatales; lo que también criticara con parecidos argumentos Antonio LISERRE, por ser, a su juicio, una apertura más hacia el gobierno de los jueces, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1971, pp. 115-116.

316 Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, p. 323 y ss.

317 Entre otra mucha literatura jurídica, Claus–Wilhelm CANARIS, "*Verstöße gegen* das verfassungsrechtliche das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der *Geschäftsfähigkeit* und im *Schadensersatzrecht*", en *Juristen Zeitung*, 42, Heft. 21, 1987, p. 994; Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 41 y 61; Jost PIETZCKER, "Drittwirkung — Schutzpflicht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 363.

contuvieran sin embargo una concretización constitucionalmente inadecuada desde consideraciones iusfundamentales, pues no le permite esta tesis al juez acudir directamente a la aplicación de las normas iusconstitucionales, y sí se halla vinculado, por el contrario, a esas normas legales deficitarias en términos de iusfundamentalidad[318].

4.8.4.5.3.2. Intervención de los contratos por parte del poder público, en los que una de las partes se halla en posición de dominio.

La intervención significa, claro está, que, normalmente el órgano judicial, debe proceder a modificar el contrato. Es una característica obligatoria hacia la parte a proteger el apoyo del juez en la Ley, es decir, su dependencia de la regulación anterior realizada a cargo del Legislador[319], aun cuando la elaboración concreta y la regulación inmediata previa referente al contendido constitucional de las cláusulas estén predeterminadas con la precisión adecuada[320]. A mayor abundamiento, también debemos tener en cuenta que la parte a proteger ha de estar conforme con esta intervención, por si ahora más bien le supone una carga en un elenco de supuestos[321]. Sin embargo, de no aceptar la intervención, sería inconvincente interpretar esto como una

---

318 Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 377.

319 Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. V*, Allgemeine. Grundrechtslehren*, 2ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, pp. 223 y ss; Georg HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1987, p. 209; Werner HEUN, *Funktionell–rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit: Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur – (Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 1992, p. 70; Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 379.

320 Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 380.

321 Albert BLECKMANN, "Neue Aspekte der Drittwirkung…", *loc. cit.* en *op. cit.,* p. 942.

renuncia de la parte a los Derechos Fundamentales[322], y arreglarse asimismo el asunto con el mantenimiento del acuerdo contractual de conformidad con los términos definidos, aunque le sean perjudiciales. Justamente, en eso consiste la cuestión abierta de hasta qué punto se puede conceder esa renuncia a la protección de los Derechos Fundamentales[323]. Un argumento a considerar de cara a esta ponderación, es aclarar la posibilidad de poder determinar la exención de responsabilidad por medio de dos hermenéuticas alternativas: bien bajo el aspecto de reducir la obligación de tutela a cargo del Estado, y de este modo quedaría exonerado al no tener por qué proteger frente a limitaciones contractuales en sí mismas consentidas, a causa de sus propias limitaciones de intervención como poder público; o, de otra manera, considerar la reflexión desde el ángulo del Derecho de defensa de la parte insistente acerca de la efectividad del contrato, y que saldría perjudicada para el caso de determinarse la nulidad[324]; aun cuando, referido al resultado, sin embargo, tampoco pueden perfilarse diferencias sustanciales entre los dos procedimientos[325]. Incluso, de conseguir aclarar estas confusiones, y de resultar posible asignar la responsabilidad contractual a una legislación propiamente autónoma o también heterónoma, quedará abierta la cuestión de si diferenciaciones tan sutiles puedan llevar a una eficacia diferenciada de los Derechos Fundamentales.

Las limitaciones a cuyo sometimiento queda vinculada la autoridad estatal en cuanto poder público, entendemos no pueden ser consideradas

[322] Albert BLECKMANN, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, 4ª ed., Carl Heymanns *Verlag,* Köln-Berlin-Bonn-München, 1997, p. 188; Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 61.

[323] Gerhard ROBBERS, "Der Grundrechtsverzicht", en *Juristische Schulung*, 1985, pp. 928 y ss; Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 380.

[324] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 381-382.

[325] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 382.

automáticamente como límites inadecuados de la autonomía contractual de Derecho Privado, lo serán solo cuando lleguen a la vulneración de la misma por falta de respeto al principio de proporcionalidad[326]. Esto último, en principio, es algo más que evidente para el caso de legislaciones protectoras primariamente de asuntos públicos. De hecho, un contrato acerca de la renuncia al secreto de voto se revelaría, a pesar de tratarse de un acuerdo voluntario, radicalmente nulo, como también lo sería un acuerdo jurídico que obligara, en caso de incumplimiento, a la renuncia a un mandato representativo[327], y lo mismo se predicaría para el caso de contratos referidos, sobre todo, a los Derechos Fundamentales individuales[328].

Producida la intervención jurídica directa en el contenido y los efectos del contrato, sea a través de normas imperativas vigentes, sea por medio del control ejercido vía administrativa o judicial, sin perjuicio de que hayan de enjuiciarse factores formales, es fundamentalmente obligado considerar y valorar los de naturaleza material, a través de un ponderado estudio del contenido de las cláusulas contractuales vinculantes, de su fuerza real, y de su eventual carácter desequilibrante y abusivo[329]. Es más, de acuerdo con la exposición propuesta por Markus STOFFELS, de modo complementario, ha de determinarse la esencia de los derechos u obligaciones involucrados en las cláusulas contractuales objeto de cuestión, a cuyo objeto debe tomase como punto de referencia las prestaciones y expectativas principales de la contraparte, y si enfrente

[326] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 379.

[327] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 380.

[328] *Ibídem.*, p. 380.

[329] Karl RIESENHUBER, "Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht", en *Privatrechtsgesellschaft, Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, edición de Karl Riesenhuber, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2007, pp. 8-9.

existen, efectivamente, una serie de limitaciones de los derechos de la parte más débil de la relación.

Asimismo, el aplicador continuará procediendo a verificar el asunto acerca de si la limitación de esos derechos u obligaciones "esenciales" pone en riesgo la finalidad del contrato, para lo cual, realizará una ponderación global de intereses, siendo objeto de valoración tanto las fuertes limitaciones de derechos sufridas por una de las partes, como las consecuencias que la protección de estos tenga para los intereses contractuales de la otra[330].

En último término, el carácter abusivo, y, consecuentemente, la ineficacia de una determinada cláusula contractual, procederá a declararse para el supuesto de producirse un menoscabo de las expectativas sobre las prestaciones, resultando preciso considerar que en la ponderación global a llevar a cabo respecto de los intereses contrapuestos, pueden llegar a influir tanto las obligaciones del predisponente, resultantes eventualmente compensatorias de la restricción de los derechos de la contraparte, como el interrogante acerca de las posibilidades reales a disposición de los dos polos de la relación para asegurar el riesgo (autotutela)[331].

A juicio de Claus–Wilhelm CANARIS, carácter prioritario adquiere la que denomina ponderación con ayuda de la reflexión, a fin de determinar si con la configuración tipificada de un caso, se presentaba la inferioridad de una de las partes, y si las consecuencias del contrato le pesaban a la misma mucho en su autodeterminación[332]. No obstante lo anterior, conforme exponen determinados autores, la protección a base de la Constitución, opera reductivamente cuanto más clara y voluntariamente

[330] Markus STOFFELS, *AGB–Recht*, 3ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2015, pp. 233 y ss.

[331] *Ibídem,* pp. 233 y ss.

[332] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 216 y ss.

adquiere responsabilidad el sujeto de sus obligaciones, aunque esté en posición de debilidad[333].

Las posiciones críticas salen al encuentro de esta opinión favorable a la intervención del poder público en la esfera contractual, porque, en realidad, dicen echar de menos la ausencia de previsión respecto de la intervención en los derechos de la parte beneficiaria por los acuerdos contractuales, a la cual los Derechos Fundamentales también deben proteger, pues, incluso por muy fuerte que haya resultado la preponderancia de uno de los sujetos intervinientes, la parte débil no se halla en propiedad tutelada del daño inferido por la parte más fuerte, sino de sí misma[334]. De hecho, para estas posturas, más bien nos encontramos ante la presencia de las medidas preventivas de protección adoptadas en virtud de la cláusula general del Estado Social[335]. Sin embargo, esto no convence ni en su resultado, ni desde el punto de vista de su fundamentación dogmática, según nuestra opinión.

Pues bien, si seguimos de la mano esencialmente de la dogmática alemana, al parecernos de nuevo la más reflexiva por el momento sobre estas cuestiones, el principio estructural del Estado Social en la interpretación de sus derivaciones y consecuencias, y ante la reticencia por parte la opinión pública, no entra a considerar directamente, o no se entra en base a su fundamento, el veredicto de la nulidad de los acuerdos contractuales[336]. Con vistas a la aplicación de las valoraciones de

---

333 Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 383.

334 Así Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 223 y ss, Rdn 131; Christian HILLGRUBER, "Grundrechtsschutz im Vertragsrecht — *zugleich*: *Anmerkung zu BVerfG NJW 1990, 1469*", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 191, 1991, p. 85.

335 Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 223 y ss, Rdn 131, con cita de diversa jurisprudencia constitucional.

336 Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, Band. I, 2ª ed., C. H. Beck Verlag, München, 1984, p. 912.

Derechos Fundamentales de los contratos, respecto a la cláusula del Estado Social, nos enfrentamos única y exclusivamente con una desviación de la conexión en relación a lo que ahora se trata y, por lo tanto, resulta ser de muy poca estima su consideración. Por el contrario, claramente de mayor valor son, inicialmente, otras reflexiones fundamentales a recapacitar. De un lado, esta cláusula no respalda con más detalle y de una forma dogmática más reforzada la limitación del deber de protección, referente a reales intervenciones de terceros en el principio de la Dignidad humana, porque el artículo 1.1.2 de la *Grundgesetz*, como precepto consagrante del respeto y la tutela de la Dignidad de la persona, ha centrado su empleo y funcionalidad, tradicionalmente, en otros enfoques y consecuencias[337]. De otra parte, el aludido principio estructural del Estado Social, de acuerdo con la jurisprudencia realmente bastante polémica del Tribunal Constitucional Federal alemán acerca del mismo, no es capaz de limitar los Derechos Fundamentales de terceros en los contratos de forma inmediata, es decir, no despliega efectos sin mayor concreción por parte de la legislación[338]. En concreto, como decimos, por medio de este principio estructural, sería de muy poca utilidad la protección dispensada, si no se llega hacer valer, por ejemplo, a través de la cláusula general del § 138 BGB en concordancia con el artículo 6 de la *Grundgesetz*, con lo cual, las diferencias se quedarían sin embargo niveladas[339].

---

[337] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 226; *Albert* BLECKMANN, *Staatsrecht II…, op. cit.*, p. 242; Johannes DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2ª ed., 2005, p. 67.

[338]Hans F. ZACHER, "Das soziale Staatsziel" en *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Grundlage von Staats und Verfassung*, 1ª ed., edición de Josef *Isensee* / Paul *Kirchhof*, Band. I, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1987, pp. 1045 y ss.

[339] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 223 y ss, Rdn 131.

Con relativa frecuencia, la regulación legislativa prohíbe la aplicación forzada de algunos derechos contractuales de la parte beneficiaria, teniendo siempre en cuenta el principio de proporcionalidad, frente a la anulación del contrato, de ahí que, para determinados autores, en muchos casos, goce de preferencia la primera opción[340]. Podría entonces decirse que el Estado, como autoridad dotada de poder público en cuanto a la protección de una de las partes (la débil de la relación), prescinde de un procedimiento forzoso de intervención, para hacer cumplir a la parte perjudicada su compromiso contractual, o parte del mismo. Pero simplemente de ahí, entendemos, resulta efectivamente cuestionable si se pueden hacer valer diferentes medidas para la intervención o para la protección, según los casos[341]. Por su lado, el Tribunal Constitucional Federal alemán, respecto a la decisión acerca de los derechos de los participantes en el negocio jurídico, llegado el caso a sus manos, parte, de cara a la resolución, de la base otorgada por la ponderación y aplicando seguidamente el principio de proporcionalidad, tanto para las limitaciones como para la protección de la libertad[342].

Ciertamente, hemos hablado hasta aquí de normativas permisivas de una intervención estatal en el ámbito privado de terceros, tratando con ellas de dar cumplimiento al deber de protección y de (en) la libertad de contratación. El hecho de que las dos funciones sean intercambiables, no solamente es característico de estas regulaciones, también se toma en cuenta como posibilidad para el caso de producirse intervenciones reales de los propios sujetos privados de la misma manera. Esto lo evidenciamos cuando el afectado no reclama la protección por parte de los poderes (tribunales) estatales, sino que se defiende personalmente, por ejemplo, mediante una reacción de autodefensa, a pesar de tratarse,

340 Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 222 y ss.

341 Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 219.

342 BVerfGE 81, 242, (261).

en el fondo, de un acto de reacción contra la prohibición estatal del mismo. Este cambio de papeles de ofendido a ofensor, tiene la inminente consecuencia de que es obligado analizar, bajo el aspecto de los Derechos de defensa, la compatibilidad o incompatibilidad de un acto estatal prohibitivo de la propia intervención directa de autotutela con los Derechos Fundamentales vulnerados y protegidos a cargo de su propio titular. Sin embargo, no cambia la realidad, a partir de que el resultado de la moderación en los hechos de autodefensa se confirme o se deniegue, antes bien, es preciso juzgar como reflejo de la actuación privada la legalidad de la acción de defensa propia, teniendo a la vista todos sus requisitos y circunstancias[343]. Las mismas reglas seguirán vigentes, también, en el ámbito del resto de los negocios jurídicos, pues allí tienen asimismo igual alcance la función de defensa y la de protección de los Derechos Fundamentales[344].

4.8.4.6. Principio de Autonomía privada y principio de igualdad: una relación tensa por naturaleza.

En virtud de lo afirmado hasta aquí, consideramos que quizá los riesgos para el principio de autonomía privada podrían depender, eventualmente y a lo sumo (pero no vamos a darlo necesariamente por sentado *a priori*), de la eventual vinculación de los sujetos privados al principio de igualdad, en lugar de esperar los peligros de la eficacia directa para las relaciones jurídicas entre particulares de los restantes Derechos Fundamentales. Por consiguiente, habrá en primer lugar de averiguarse si el principio de igualdad es extensible a las relaciones jurídicas desenvueltas entre sujetos privados, y de dar réplica afirmativa a esta pregunta, para un segundo momento, deberemos encontrar

[343] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 382.

[344] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 382-383; en parecidos términos, Cesare SALVI, "Responsabilità extracontrattuale", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXV, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 1187 y ss.

respuesta al interrogante de en qué medida resulta extensible a estas relaciones. La contestación entraña verdadera dificultad, toda vez que a nadie le es factible ocultar o inadmitir, cómo la aplicación de este principio para el tráfico jurídico–privado, supondrá, de hecho, una cierta limitación de la libertad de la persona y de su autonomía privada a fin de estatuir sus relaciones jurídicas con otros sujetos privados en términos de completa libertad[345].

Evidentemente, no hay duda alguna para los detractores de la eficacia inmediata y desde posiciones maximalistas, que la aplicación sistemática del principio de igualdad para el supuesto de las relaciones jurídico–privadas, conduce de modo inexorable a la destrucción de la autonomía privada[346]. Y, en tal sentido, como algo inherente a la propia autonomía privada, considera Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, la inequívoca prevalencia de "la voluntad individual sobre la igualdad: se contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone en testamento a favor de quien uno quiera y como se quiera, se dona a quien se quiera y como se quiera, se asocia uno con quien quiera y para lo que quiera, se constituye una fundación para lo que uno quiera y con la dotación que se quiera, se ejercen los derechos frente a quien uno quiera, naturalmente todo ello dentro de los límites marcados por las normas imperativas"[347].

Desde esta perspectiva, es realmente complicado justificar, ha apuntado bien Wolfgang RÜFNER, que el propio poder estatal encargado de reconocer y proteger los Derechos Fundamentales así como de

---

[345] Jürgen SALZWEDEL, "Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung", en *Festschrift Hermann Jahrreiss zu seinem siebzigsten Geburtstag*, edición de Karl Carstens / Hans Peters, Carl Heymanns Verlag, Köln–Berlin–Bonn–München, 1964, pp. 348 y ss; Claus–Dieter CLASSEN, "Die Drittwirkung der Grundrechte…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 93 y ss; Guilherme Machado DRAY, *O Principio da Igualdade…*, *op. cit.*, p. 121.

[346] Reinhard SINGER, "Die Lehre vom Grundrechtsverzicht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 183.

[347] Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, "Principio de igualdad y Derecho privado", en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 43, Fascículo núm. 2, 1990, p. 424.

garantizar la autonomía privada de los individuos, pueda por medio del sometimiento de estos al principio de igualdad, y pudiera expresarse, a través de la otra mano restringir esos mismos Derechos Fundamentales y su libertad de acción dentro del tráfico jurídico privado, para cuyas relaciones rige *prima facie* el principio de autonomía privada, de ahí que, por lo tanto, semejante imposición vulneraría la libertad individual[348].

Sin perjuicio de lo apuntado *ut supra*, acerca de la naturaleza de la autonomía privada hemos pretendido destacar suficientemente la característica de ser un valor tutelado *secundum constitutione*, que comporta la autorregulación de los propios intereses en el marco constitucional, y tal poder de disposición, claro está, se vería prácticamente condicionado, si su ejercicio fuera sometido al control externo de la igualdad[349]. La autonomía privada, entendida como libertad de modelación de la propia esfera jurídica, comprende precisamente la facultad de realizar elecciones y diferenciaciones, sin necesidad de seguir criterios objetivos, pues la libertad implicada en el principio de autonomía privada prevalece sobre esos criterios, no haciéndolo por regla general el principio de igualdad (al menos en toda su extensión) dentro del ámbito del Derecho Privado, especialmente, referido al espacio jurídico negocial. Y el principio de igualdad no vale, por consiguiente, para las relaciones jurídico–privadas, en cuanto prohibición de arbitrio o

---

348 Wolfgang RÜFNER, "Grundrechtsadressaten", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, *Allgemeine Grundrechtslehren*, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, Band. IX, 3ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2011, p. 556. Aunque más drástico se muestra Werner FLUME, al mantener que la aplicación del principio de igualdad en el tráfico jurídico–privado, supone la radical negación del principio de autonomía privada, y queda por ello completamente descartado, "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", en *Henderte Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860-1960*, Band. I, edición de Ernst von Caemmerer / Ernst Friesenhahn / Richard Lange, C. F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1960, pp. 135 y ss.

349 Con parecidos razonamientos Costantino MORTATI, firmemente partidario de la no vinculación del principio de igualdad en el marco de las relaciones jurídico-privadas, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., Vol. II, Cedam (Casa Editricè Dott. Antonio Milani), 1976, pp. 1018 y ss.

imperativo de razonabilidad, una vez la autonomía privada es conformable, asimismo, como la libertad comprensiva de la posibilidad de no revelar a nadie la razón o motivo de la diferenciación por la que se opta[350]. Ello conduce a un pronunciamiento categórico por parte de María VENEGAS GRAU: "En definitiva, la imposición a los particulares del mandato dirigido al Estado, de igualdad de trato vulneraría la igualdad"[351].

Adicionalmente, ha sido considerada clásicamente la esfera del contrato, el reino de la desigualdad por definición, ante lo cual, tampoco procede a través de esta vía, en términos apriorísticos, la aplicación del principio igualitario, por entrar en contradicción abierta con la libertad general y, de manera específica, con la propia libertad negocial; pero, y ello es importante a su vez recordarlo, de una desigualdad determinada por partes iguales al menos tendencialmente. Por eso, de no darse esta igualdad entre los sujetos intervinientes en la relación jurídica, es posible considerar permisible la intervención del Legislador cuando sea necesaria, también tratándose de relaciones contractuales, a favor del contratante situado en posición de debilidad con la función de corregir o atenuar relevantes desigualdades existentes de hecho entre las partes concernidas, como previamente se consideró; por cuanto el "fenómeno del poder privado se presenta como un factor decisivo para resolver la colisión entre igualdad y autonomía privada", y si bien podemos partir de una regla general desde la cual sea factible afirmar que un sujeto privado no se halla "sometido a una obligación de igualdad de tratamiento en sus

[350] Paulo MOTA PINTO, "Autonomia privada e discriminação…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 327-328.

[351] María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 216; y más adelante resume, ahora por lo referido a la eficacia mediata: "los partidarios de la *Drittwirkung* mediata estiman que el principio de igualdad es eficaz en las relaciones privadas a través de la mediación del juez, en la medida en que este no debe sancionar los actos privados que supongan una vulneración del orden público constitucional", y, caso de hacerlo, "estará infringiendo el mandato de protección que la Constitución impone", *ibídem*, p. 218.

relaciones con otros particulares", aun cuando no cabe descartar excepciones para la aplicación excepcional de la eficacia inmediata, en cuyas hipótesis, podrá el órgano judicial "invocar directamente el art. 14 de la Constitución Española", que actuaría entonces, a modo de "un límite externo de la libertad negocial"[352].

El propio Hans–Carl NIPPERDEY mostraría su prudencia al enfocar la cuestión, cuando sostuvo que, efectivamente, dentro del ámbito laboral, la libertad contractual debería "ceder ante la prohibición de discriminación" y, con carácter general, para los casos de duda, prevalecería la presunción de libertad, en tanto el artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn, al establecer el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, no debería "conducir a una limitación indebida de la libertad contractual jurídico–privada garantizada por el artículo 2.1 de la *Grundgesetz*"[353]. Por su parte, José Carlos VIERA DE ANDRADE, defiende en términos aproximados la interpretación de la Constitución orientada al sentido de consagrar el principio de libertad como regla para las relaciones jurídico–privadas, y, de este modo, podrán los individuos hacer uso de su derecho al libre desarrollo de la personalidad con el objeto de autodeterminar sus comportamientos y conducir su proyecto de vida, por lo que les compete armonizar y ajustar entre ellos, usando la libertad negocial, sus derechos e intereses. No obstante lo cual, esta regla tiene excepciones, como la imposibilidad de negar el axioma antropológico convertido en fundamento de la propia idea de Derechos Fundamentales, esto es, la Dignidad humana, pues dada su condición de contenido esencial absoluto del Derecho, nunca puede resultar afectada, y ha de ser la garantía mínima susceptible de poder extraerse en todo momento de la Constitución[354]. Algo que pudiera

[352] María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales*..., *op. cit.*, p. 219.

[353] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und...", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 32.

[354] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*..., *op. cit.*, p. 258.

estar aceptando nuestro Tribunal Constitucional, al declarar que, producido el reconocimiento constitucional de la Dignidad humana, configura esta "el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales"[355]. Por lo tanto, a falta de precepto regulador del caso, impositivo por ejemplo de cierta igualdad de tratamiento expresamente, una de las soluciones posibles, y quizá la más acertada, sea aceptar la libertad de actuación individual, pero siempre que no resulte perjudicada de manera intolerable la Dignidad humana, o se produzca la vulneración de los Derechos de la personalidad (vienen a ser, al final de cuentas, cosas muy similares)[356]. Bajo tales premisas, para este autor, extender a los individuos el principio constitucional de igualdad, es inicialmente impropio, absurdo e insoportable, pues no debemos pretender su rígida imposición a fin de que, para los supuestos de relaciones jurídicas de los particulares con sus semejantes, traten a estos con estricta igualdad, fundamentando para ello jurídicamente sus actos desde la incorporación del meritado principio, de modo que se debe tolerar, por el contrario, un cierto espacio de espontaneidad e incluso de cierta arbitrariedad[357].

No parece ser, efectivamente, el ámbito del Derecho Privado, sector jurídico dentro del cual los individuos interactúan unos con otros libre e incluso arbitrariamente, el espacio jurídico más apropiado con la finalidad de proceder a la imposición de una especie de moral oficial–socializante[358]. Ahora bien, todo lo afirmado pudiera llegar a aceptarse con mayores o menores matices, claro está, pero deberá quedar siempre a salvo el presupuesto de la concurrencia de una situación de igualdad

[355] STC 235/2007, de 7 de noviembre.

[356] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 259.

[357] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 261.

[358] Eduard PICKER, "Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm", en *Juristen Zeitung*, 58, Heft. 11, 2003, p. 453.

estructural entre los particulares concurrentes a estatuir la relación jurídica. Porque, cuando se presentan situaciones en las cuales determinadas personas colectivas, grupos o individuos, detentan una posición de dominio económico o social, por ejemplo, ante una situación de monopolio, tampoco ha de permitírseles la invocación de la libertad negocial para poder escoger arbitrariamente la contraparte o imponer la exclusión de terceros, al encontrarnos ante situaciones en las que habrá de darse a valer la primacía del respeto por la igualdad sobre la libertad[359].En fin, según colige Jürgen SCHWABE, siguiendo claro la teoría de la convergencia estatista por él propuesta, el principio de igualdad debe estar sujeto a un enfoque diferente de los restantes Derechos Fundamentales, una vez que los tratamientos discriminatorios a través de los sujetos privados no proveen de la misma forma a como lo hace el Estado mediante sus intervenciones en derechos de libertad[360].

Por consecuencia de lo mentado, es importante determinar, cara a los supuestos concretos, cuándo se está en presencia de sujetos privados detentadores de un poder social o económico de dominio, toda vez, si ese fuera el caso, nos hallaríamos ante la concurrencia de una razón de naturaleza social justificativa referente a la aplicación del principio de igualdad. Si bien, para tales hipótesis, la intensidad con la que el principio debe aplicarse no va a ser idéntica en todas ellas, estando

[359] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, p. 263. También José Joao NUNES ABRANTES, *Contrat de travail et droits fondamentais*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000, p. 121, considera que el principio ya opera para los casos en que las partes se encuentren entre sí en una situación de desequilibrio real. Es lo que pasa con los entes económicos en situación de monopolio y también con las actividades de interés directo del público, una vez esas entidades desempeñen una importante función social. Jesús ALFARO AGUILA–REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 120, considera que en la medida las actividades privadas sean estimuladas o dirigidas por poderes públicos, existe una obligación del Estado de imponer a los particulares que reciben ventajas públicas de cualquier tipo, la no discriminación en lo que se refiere al disfrute de esas ventajas. Se trata aquí, por tanto, más de un efecto indirecto de la vinculación de los poderes públicos al principio de igualdad.

[360] Jürgen SCHWABE, *Die sogennante Drittwirkung…*, *op. cit.*, pp. 154 y ss.

obligada naturalmente a variar atendiendo a la cuestión del desequilibrio negocial existente entre las partes, la autonomía real o la ausencia de la misma en la parte más débil, y demás elementos materiales concernidos por el caso. Y ello, porque el principio de igualdad, de conformidad a los términos generalmente admitidos para su comprensión, inicialmente, no va encaminado a la imposición de nivelaciones restrictivas de la libertad[361], y, de esta forma, cuanto mayor sea el desequilibrio, tanto mayor será la intensidad de aplicación del principio[362]. Aunque también han sido perfiladas valoraciones más drásticas, caso de la debida a Guido ALPA, para quien en el sistema económico del capitalismo maduro, la libertad contractual opera solo para un área bastante reducida, propiamente en el vértice, donde hallamos personas y grupos sociales dotados de gran poder económico, y es precisamente allí donde estamos echando de menos una intervención más incisiva e incluso enérgica del Legislador, con la finalidad de imponer una orientación relativamente rígida y limitativa de la libertad contractual de las partes así caracterizadas[363].

En especificaciones adicionales, a la hora de la resolución del problema referente al grado de relevancia factible de alcanzar por el principio de igualdad dentro del dominio jurídico interprivado, probablemente no sea del todo indiferente la posición asumida respecto de la cuestión acerca de saber si este principio consagra un Derecho

[361] António MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina Editora, Coimbra, 1997, pp. 1274 y ss.

[362] Guilherme Machado DRAY, *O principio da igualdade…*, *op. cit.*, pp. 187-188. Este autor considera que, en el nivel de las relaciones laborales, por ejemplo, la aplicación del principio de igualdad deberá variar en consonancia a la dimensión de la entidad contratante, al grado de necesidad y a las cualificaciones y habilitaciones del trabajador. En un segundo momento, la propia coyuntura económico–social subyacente a la celebración del contrato, será la encargada de precisar una mayor o menor necesidad de aplicación del principio de igualdad.

[363] Guido ALPA, "Libertà contrattuale e tutela costituzionale", en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1995, pp. 46-47.

Fundamental a igualdad, como sucede en el caso del ordenamiento español, en el que recibe la consideración de un Derecho Fundamental de naturaleza relacional y por tanto compleja[364]. Esto es, la respuesta a la cuestión de saber si el principio de igualdad tiene eficacia inmediata para las relaciones intersubjetivas, debe considerar también si constitucionalmente estamos únicamente en presencia un principio de igualdad de naturaleza objetiva, o si se trata de un auténtico y pleno Derecho Fundamental a igualdad, lo que exigiría de mayor profundización, en cuyo análisis pormenorizado no podemos detenernos ahora, queremos decir en todas sus consecuencias. Pero sí queremos dejar apuntado que, ante el hecho de haberse configurado en el Derecho constitucional español como un Derecho Fundamental, tampoco puede adoptarse la concepción, inválida para un Estado Social y Democrático, adscrita a la defensa de un principio general de igualdad solo operante en orden a la defensa de los particulares frente a los poderes públicos, porque ello sería retroceder de nuevo al terreno de la concepción clásica propia de la etapa del constitucionalismo liberal, insuficiente y opuesta desde la estimación del concepto de igualdad sustancial y de oportunidades, propio del tipo histórico de Estado aludido y en el que vivimos; cosa distinta, es apreciar diferenciaciones de matiz respecto de la forma de operar de otros Derechos Fundamentales, admitiendo que no puede ser indistinta o de aplicación generalizada con el resto de normas iusfundamentales, sin tener en cuenta que opera en la realidad de forma diferente y atendido sea ese carácter relacional susodicho[365].

[364] Remitimos por todos al efecto, a Luis VILLACORTA MANCEBO, *Principio de igualdad y Estado Social. Apuntes para una relación sistemática*, Editorial SPUC, Santander, 2006, pp. 105 y ss.

[365] Así se califica, como Derecho Fundamental, entre otras muchas, por la STC 8/1986, de 21 de enero. Y también a modo de ejemplo, la STC 49/1982, de 14 de julio, hace referencia a que el artículo 14 de la C.E. establece "un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos, de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas". El carácter de Derecho reacional y el hecho de no constituir "un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo", cuyo

De otra parte, también resulta cierto, y ello con independencia de si existe o no un auténtico Derecho subjetivo a la igualdad, el hecho de parecer evidente que, en nuestra cultura jurídica caracterizadora del Estado Social, *prima facie*, el poder público sí debe tratar a todas las personas de modo igual de no existir razones objetivas para otra cosa, y esto no debe der completamente indiferente a la relaciones jurídicas iusprivadas constituidas en el seno de esa misma comunidad política. Las constituciones del pluralismo político-social allí donde se han

contenido "viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas", puede verse en la STC 76/1983, de 3 de agosto; lo cual significa que el juicio de constitucionalidad no va a consistir en un juicio abstracto sobre la igualdad. Es de interés asimismo considerar, la posición de Norberto BOBBIO, y su concepción acerca de que el concepto o valor de la igualdad presupone para su aplicación, igual a lo que sucede con el concepto de libertad, la presencia de una pluralidad de entes, debiendo establecerse qué tipo de relación es la existente entre los mismos. A su juicio, inicialmente, la igualdad consiste en un tratamiento análogo entre semejantes atendiendo al alcance de esas desigualdades; pero, como bien añade, la doctrina igualitaria no se restringe tan solo a identificar esas equivalencias entre dos individuos o dos grupos, por cuanto propugna también promover realmente la justicia social entre ellos, con lo cual, relaciona claramente la idea de igualdad con la de justicia según es bien visible, y, de hecho, parece que cada vez se aproxima más la una a la otra para todo tipo de relaciones jurídicas, *Igualdade e liberdade*, 3ª ed., Ediouro Publicações, Rio de Janeiro, 1997, pp. 20 y ss, y 53-55, entre otros momentos. Con todo, el autor no interrelaciona solo justicia e igualdad, pues también estima, la libertad y la igualdad, ambas conjuntamente, son el presupuesto de la democracia, y asevera el carácter abstracto de la igualdad, comparándolo al de la libertad, para estimar que la igualdad, así como la libertad, distan de ser conceptos genéricos y vacíos, ante lo cual deben ser jurídicamente especificados, y ello nada significa o añade, entiende, por ser bien sabido. Invocar o proclamar la igualdad no es más significativo o muy distinto de invocar o proclamar la libertad. Concerniente a la libertad, quien la invoca tiene el deber de ofrecer una respuesta precisa a por lo menos dos preguntas: a) ¿libertad de quién?, b) ¿libertad en relación a qué?, y no es diferente la manera cómo se presenta la cuestión de la igualdad, toda vez los interrogantes a los cuales es preciso ofrecer una respuesta lo más exacta posible, de lo querer convertir la invocación de la libertad en un *flatos voces*, son estas dos: a) ¿igualdad entre quiénes? b) ¿igualdad con relación a qué cosas?, pues, de acuerdo a su conclusión, la igualdad caracterizadora de la doctrina igualitaria radical es la igualdad de todos en todo, entendiendo así que sea posible considerar igualitaria aquella concepción global de la Sociedad, de la sociedad humana en general o de una determinada, conforme a la cual, es preferible que todos, todos los hombres o todos los miembros de esa determinada Sociedad sean iguales en todo; ahora bien, estima asimismo necesario poner de relieve que el raciocinio expuesto, no va más allá de un "ideal-límite", habiendo sido históricamente concebida, como doctrina igualitaria con carácter general, la consistente en exigir "la igualdad del mayor número de individuos para el mayor número de bienes", *Teoria generale della politica*, Giulio Einaudi Editore, Torino,1999, pp. 426 y ss.

asentado en las sociedades contemporáneas, tratan de lograr la coexistencia equilibrada de los Derechos de igualdad con los específicamente denominados Derecho de libertad, y asimismo muestran una clara tendencia, *prima facie*, cara a orientarse hacia la consolidación del principio de igualdad, especialmente dentro del sector de las relaciones laborales, por resultar el ámbito de interactuación entre sujetos privados, donde las relaciones jurídicas existentes son más marcadamente desequilibradas y fácticamente desiguales.

En la relación Estado–ciudadano, la obligación de la igualdad de tratamiento es entonces una de las máximas jurídicas elementales, pero los sujetos privados no están en la misma posición respecto de la que corresponde mantener a los efectos al poder público. Supuestas dadas condiciones de normalidad, y en el libre desenvolvimiento de su personalidad, los sujetos privados deberán poder escoger la contratación con uno u otro sujeto privado de su elección, sin preocupaciones dimanantes del principio de igualdad, si no queremos producir una restricción excesiva de su autonomía[366]. Con todo, a partir de la evolución experimentada por el principio de autonomía privada, se ha matizado bien, en el sentido de que, analiza en su conformación actual la articulación del principio "con la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales ha revelado la importancia que ha ido adquiriendo la protección de la autonomía real de los sujetos en sus relaciones con los demás particulares. La igualdad está, así, íntimamente ligada a la libertad. Encontramos de este modo, en el marco del Estado social, una nueva manifestación de esa idea de –libertad igualitaria- que alienta la historia de los derechos fundamentales"[367].

[366] Joaquim DE SOUSA RIBEIRO, "Constitucionalização do Direito civil", en *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, LXXIV, 1998, p. 746.

[367] María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 223.

Así las cosas, inicialmente, el principio no está seguramente llamado a desplegar una eficacia limitativa de la autonomía privada, por ser inmanente a sistemas social y económicamente emancipados la libertad de tratar desigualmente en la elección con la parte negocial como manifestación de aquella[368], dentro de los límites demarcados por el considerado orden público. Con todo, siendo este el principio general, parece inconveniente no dilatar y abrir la cuestión a la búsqueda de soluciones diferenciadas respecto de la vinculación de los particulares al principio de igualdad, atendiendo a su forma de participación en la relación jurídica, y a las circunstancias específicas concurrentes en el momento de su establecimiento.

Para aquellas hipótesis en que se trate de actividades comprendidas dentro del ámbito del tráfico jurídico privado, juzgamos difícil la concurrencia de razones de suficiente entidad como para poder admitir, con carácter general, una restricción de la autonomía individual y la consiguiente imposición de un deber de igualdad que hayan de cumplir los particulares[369]. Expresado de otro modo, relativo a aquellas hipótesis en las cuales el particular desarrolla las actuaciones correspondientes dentro de su esfera privada, obvio es, sin hacerlo intramuros del mercado, en nuestra opinión, careceremos de razones para considerarlo vinculado por el principio de igualdad. Dentro del seno de ese reducto, en términos apriorísticos, la diferenciación de tratamiento que trae cusa de decisiones adoptadas por sujetos particulares colocados en situación de igualdad estructural, se revelan lícitas en sí mismas, reputándose

[368]Anette GUCKEKELBERGER, "Die Drittwirkung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 1153, considera que la autonomía privada confiere a la persona la posibilidad de establecer libremente sus relaciones jurídicas privadas. Eduard PICKER, "Antidiskriminierung als…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 544.

[369] Jörg NEUNER, "Diskriminierungsschutz…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 57. Desde el entendimiento asimismo de que la exigencia de igualdad de tratamiento no debe tener significado alguno para las relaciones jurídicas entre sujetos privados (excluido el Derecho del trabajo), Jost PIETZCKER, "Drittwirkung – Schutzpflicht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 352.

únicamente ilícitas las que impliquen la violación de otros valores constitucionales sustantivos. De esa forma, el principio de igualdad, según el Derecho Constitucional, pierde sus factores disuasorios o la mayor parte, porque no debe descartarse casos extremos o excepcionales, en el Derecho contractual, toda vez siempre se ha temido que pudiera romper el sistema que configura este sector de la disciplina iuscivilista[370].Evidentemente, el ciudadano tiene libertad para buscar o ignorar a un contratista, y de cerrar contratos distintos con personas diferentes, pero, para ello, hay también algunos límites, fundamentados precisamente a partir del propio principio de igualdad, a los que pertenece el imperativo de contratación para con empresas monopolísticas u oligopolísticas en el mercado, grandes empresas fundamentalmente en sus relaciones de contratación con el resto de empresas, o para casos extremos de infracción fuerte de la igualdad jurídica, entre otros supuestos. Ahora bien, si la vinculación es impuesta a través de la acción del Legislador, estaremos ante un supuesto de eficacia mediata del principio, Derecho fundamental a igualdad.

Por lo tanto, pueden darse casos concretos en los cuales resulte legítimo imponer, a través del Legislador ordinario, obligaciones específicas que conlleven la plena similitud de trato en el tráfico jurídico–privado a como sucede en el ámbito público. Estamos refiriéndonos a la presencia de esas mencionadas fuertes razones sociales, abiertas a la permisibilidad de justificar la restricción de su libertad para los sujetos particulares mediante la imposición, por medio del poder legislativo, de deberes delimitados de igualdad de tratamiento, en la medida que existan las aludidas razones justificativas[371]. Tocante a su vertiente objetiva,

[370]Esta preocupación es mostrada por Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung…*, *op. cit.*, p. 151.

[371] Paul MIKAT, "Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit", en *Festschrift für Hans–Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965*, Band. I, edición de Rolf Dietz / Heinz Hübner, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1965, pp. 581 y ss.

tampoco cabe negar, cómo al principio de igualdad, le resulta a su alcance el poder legítimamente introducir para determinados dominios obligaciones de igualdad de tratamiento entre sujetos privados[372], lo que implicará el correlativo derecho a la igualdad, comprendiéndose en tales hipótesis la facultad de restringir, de cierta manera, la autonomía privada[373].

Atinente de modo específico a la vinculación de los sujetos privados a la máxima de igualdad en el ámbito de las relaciones jurídicas laborales, consideramos también nosotros, como lo hace la doctrina probablemente de modo unánime, ha de ser tratada con sustantividad propia, por hacer referencia a situaciones en las cuales, por lo habitual, va a producirse en la inmensa mayoría de los casos, un desequilibrio estructural entre las partes[374], lo que se traduce en la "especial relación jurídica" que las vincula[375]. Así, un autor tan sólido y clásico como el

[372] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, p. 270.

[373] Jürgen SALZWEDEL, "Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung", en *Festschrift Hermann Jahrreiss*, edición de Karl Carstens–Hans Peters, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1964, p. 349.

[374] Guilherme Machado DRAY, *O principio da igualdade…*, *op. cit.*, pp. 181 y ss, entiende que deberá haber una aplicación directa del principio de igualdad en el dominio interprivado, considerando que solo así resulta posible asegurar una efectiva libertad negocial. No obstante, sostiene que la actuación de este principio en el dominio interprivado debe ser atenuada y delimitada. Su aplicación será tanto menor cuanto más equilibradas fueran las relaciones en juego. Así, como línea de solución, propone que la aplicación inmediata del principio en el dominio interpretativo, ocurra siempre que haya constatación respecto la existencia de relaciones de dominio, cuando sea patente el desequilibrio negocial entre las partes contratantes. Tratándose de relaciones equilibradas entre sujetos que se muestran en el mismo plano de actuación, la aplicación inmediata del principio de igualdad carece de justificación, siendo suficiente que su aplicación en el dominio interprivado sea mediatizada por los institutos propios del Derecho Privado, como el orden público y la buena fé, cuya dinámica propia garantiza, por sí sola, la inadmisibilidad de comportamientos privados atentatorios del principio de igualdad y de la Dignidad de la persona. La proscripción de prácticas discriminatorias y atentatorias a la Dignidad humana estará suficientemente protegida en los propios dominios del Derecho Privado, sea a través de la tutela de la personalidad, sea por la aplicación del principio general de la buena fe contractual. Para el ámbito laboral este autor considera que no se puede olvidar el carácter dinámico del principio de igualdad.

[375] STC 3/1983, de 25 de enero: "El artículo 14 de la CE, que consagra la igualdad de todos los españoles ante la Ley, (…) tal precepto no establece un principio de igualdad

reconsiderado Hans–Carl NIPPERDEY, admitiría que el Derecho laboral parte de una presunción general de libertad[376]. La eficacia del principio de "autonomía de la voluntad", dice así con cautelas nuestro Tribunal Constitucional, "si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa"[377]. Ahora bien, de nuevo se impone la necesidad de acceso a la consideración de la esfera privada del sujeto en cuestión, porque, conforme a nuestra forma de entender, deviene obligado implementar superior grado de diferenciación según su posición en la misma. Cuando estemos ante prácticas de naturaleza discriminatoria realizadas a cargo de sujetos privados situados en disposición de poder de dominio, existirá una razón social justificativa para propugnar el vínculo de esos sujetos al principio de igualdad. Sin

absoluta que pueda omitir tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal. Y mucho menos que excluya la propia necesidad del establecimiento de un trato desigual que recaiga sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales (…) ya que en tal caso la diferencia de régimen jurídico no sólo no se opone al principio de igualdad, sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad (…) la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no solo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación. Se trata, pues, de una desigualdad subjetiva a la que atiende el ordenamiento jurídico mediante un tratamiento diferenciado (…) El legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socio-económica del trabajador respecto al empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias (…) De todo ello deriva el especifico carácter del Derecho laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales". Ahora bien, si estamos ya ante supuestos de "tratamiento legal", ello evita que podamos hablar de aplicabilidad directa del principio de igualdad

376 Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 131-132.

377 STC 34/1982, de 9 de marzo.

embargo, cuando las prácticas de carácter diferencial sean llevadas a cabo por particulares situados en un plano prácticamente de igualdad con el trabajador, a nuestro juicio, los primeros ya no deberían considerarse vinculados por el principio, especialmente, cuando estemos ante la presencia de relaciones contractuales estrechamente conectadas con el espacio social reservado a favor del sujeto contratante, lo cual hace que, de nuevo, tan solo merecerían la estimación de jurídicamente ilícitas, las que supongan la vulneración de otros valores constitucionales sustantivos.

Es obligado reconocer, de cualquier modo, que el principio básico del precepto de la igualdad de trato en el Derecho Laboral, comúnmente tiene reglas de diferenciación de lo más avanzado en algunos ordenamientos estatales, caso del Derecho laboral alemán. *Ad exemplum*, en el acuerdo individual de sueldos y salarios, la autonomía privada tiene la preferencia; por el contrario, si el empleador otorga prestaciones y se apoya para ello en un principio determinado que no resulta ser de carácter generalizado, entonces le está vedado recompensar a los trabajadores de forma libre y diferente sin indicar una causa objetiva[378], y el hecho de que no se pretenda su reducción a una excepción referida solo al Derecho Laboral, podemos verlo en las reflexiones vertidas desde ensayos centrados en analizar cómo también pudieran ser adaptadas esas reglas a la legislación del ámbito jurídico correspondiente desde el que se realiza la reflexión[379]. Como postrera cuestión, aunque quizá fuera innecesario tocar el asunto en este capítulo centrado en la eficacia inmediata, pero más bien quizá no, ya vimos con cierta claridad, la naturaleza, la fuerza vinculante atribuida por la misma Constitución a

[378] Günter SCHAUB–Ulrich KOCH–Rüdiger LINCK–Jürgen TREBER–Heinrich VOGELSANG, *Arbeitsrechts–Handbuch – Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, 16ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2015, p. 212; y así se pronunció el BAG en sentencias, por ejemplo, de 28.7.1992 y 19.8.1992.

[379] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 378.

través de su artículo 37.1, pasando a integrarse en el sistema de fuentes, el alcance *erga omnes* de los Convenios colectivos, y la "relevancia cuasi-pública" atribuida a los mismos[380]; argumentos todos ellos suficientemente disuasorios como para no aventurarse en la búsqueda de razones alternativas, capaces de justificar la posibilidad de apartarse del principio de igualdad en orden a su aplicación, con las matizaciones introducidas por el Tribunal Constitucional: "el Convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo se encuentra sometido al cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución. Esta premisa no deja sin contenido el desarrollo de la negociación colectiva, por cuanto, como ha sentado reiteradamente este Tribunal, el principio de igualdad no implica absoluta igualdad de trato, con abstracción de cualquier circunstancia concurrente con relevancia jurídica, sino que permite el tratamiento desigual, si está adecuadamente justificado en una motivación razonable"[381]. Aun cuando la sentencia de 1977, le impone al lado de su sometimiento a las normas jerárquicas superiores, el respeto del sistema constitucional de Derechos Fundamentales y, "en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación"[382]. Y, recogiendo en algunos aspectos jurisprudencia previa, en 1993, declararía enérgicamente el Alto Tribunal el valor normativo del Convenio, en consecuencia, su incorporación al sistema de fuentes del Derecho, así como su subordinación "a las normas de mayor rango, en virtud del respeto al principio de jerarquía reconocido constitucionalmente como una de las facetas del imperio de la Ley, ateniéndose al elenco de los derechos fundamentales acogidos en nuestra

[380] STC 177/1988, de 10 de octubre.

[381] ATC 643/1986, de 23 de julio.

[382] STC 177/1988, de 10 de octubre; jurisprudencia que repite lo afirmado por la STC 28/1982, de 9 de marzo, una sentencia que parecía apuntar a una relación un tanto particular del Convenio colectivo con el Derecho a igualdad, que no conocemos se haya luego concretado.

Constitución y muy especialmente el que proclama la igualdad y veda cualquier discriminación. De ahí que en tales Convenios no se puedan establecer diferencias de trato arbitrarias e irrazonables entre situaciones iguales o equiparables, y muy especialmente en caso de identidad de trabajo (SSTC 52/1987 y 136/1987)"[383]. De cualquier manera, la lesión de Derechos Fundamentales mediante un acto aplicativo del Convenio, sería ya un supuesto de eficacia mediata, pues la función mediadora correspondería al propio Convenio; cosa distinta es que violación iusfundamental la produzca el Convenio por sí mismo, esto es, que estemos ante la presencia de una vulneración imputable directamente a la norma del Convenio, para cuya hipótesis ya puede proceder la aplicación inmediata del Derecho Fundamental.

Hasta el momento, con la excepción del Derecho Laboral, para la inmensa mayoría de los supuestos, acorde reparan Karl LARENZ–Manfred WOLF, a propósito de no vaciar de contenido y dejar sin efecto el principio de autonomía privada, la obligación de igualdad de tratamiento solo excepcionalmente debe tener aplicación para los supuestos de relaciones intersubjetivas estatuidas[384]. De esta manera, *prima facie*, el sujeto privado carece de sometimiento alguno a una "obligación de igualdad de tratamiento en sus relaciones con otros particulares", y si bien no hemos de excluir "*a priori* la operatividad directa del principio de igualdad en ese ámbito", la misma será de carácter "excepcional"[385],

[383] STC 177/1983, de 31 de mayo.

[384] Karl LARENZ–Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil de Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2004, p. 91.

[385] Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 414. Sin embargo, a partir de la diferenciación entre la vinculación de los particulares al principio de igualdad y la vinculación a los restantes Derechos y Libertades, José Joaquím GOMES CANOTILHO–Vital MOREIRA, mantienen que el principio se debe imponer en las relaciones jurídicas privadas y tener como destinatarios a los propios particulares, lo que implica que la trasposición de este principio para su aplicación al tráfico jurídico-privado ha de sufrir algunas adaptaciones, con la finalidad de impedir el aniquilamiento de las relaciones jurídico-civiles, *Constituição da República Portuguesa…*, *op. cit.*, p. 131.

principio a regir, sin embargo, en las situaciones de monopolio, mercantilización u oligopolio[386].

Entre nosotros, el Tribunal Constitucional mantuvo en esta dirección una jurisprudencia con la pretensión, a buen seguro de ser equilibrada, pero resultando a la postre un tanto alambicada y hasta pudiera calificarse de parcialmente contradictoria, aunque no podemos detenernos en su análisis con profundidad. Así, mediante una sentencia del año 1983, manifestaría relativo a la cuestión a debatir, el arranque de esta respecto de que "la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no solo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación. Se trata, pues, de una desigualdad subjetiva a la que atiende el ordenamiento jurídico mediante un tratamiento diferenciado, y que no se quiebra por la contemplación aislada de supuestos excepcionales realmente existentes en que la elevada calificación del trabajador, su remuneración o su relativa autonomía en la prestación del trabajo reduzcan o maticen las respectivas posiciones de las partes. El legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socio-económica del trabajador respecto al empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias.

De todo ello deriva el especifico carácter del Derecho laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que

[386] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE "Os Direitos, liberdades e garantías no ámbito das relações entre particulares", *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, pp. 251-252.

aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales. Y en el tema que importa a la cuestión debatida debe destacarse que a esta finalidad sirven no solo las normas sustantivas, sino también las procesales, porque superando tendencias que creían que el Derecho procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del Derecho sustantivo, resulta patente que ambos son realidades inescindibles, actuando aquel como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por este (…) Siendo esto así, es evidente que la igualdad entre trabajador y empresario promovida por el Derecho laboral sustantivo o procesal no puede ser desconocida o quebrada por una presunta plena efectividad del artículo 14 de la CE, pues lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso a la igualdad formal una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador y en vulneración del artículo 9.2 de la Constitución, por lo que la resolución del tema debatido es evidente desde el momento en que la diferencia de tratamiento en relación a la consignación se vincula razonablemente a la finalidad compensadora del ordenamiento laboral, no constituyendo vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14”[387].

El ordenamiento jurídico legitima toda diferencia retributiva entre trabajadores, admitirá el Tribunal Constitucional español, ahora bien, siempre que ello obedezca a causas estimadas “legalmente como justificadoras”, lo que va a avalar la licitud de la existencia de tales diferencias, al no constituir, “en la intención de la Ley, una vulneración del derecho a la igualdad”; y, de este modo, planteada la problemática del asunto, “en un ámbito de relaciones entre particulares”, ello por sí mismo

[387] STC 3/1983, de 25 de enero.

"no supone la exclusión de la aplicación del principio de igualdad", si bien, tal "ámbito en el que el problema se suscita va a originar una matización importante en la aplicación del principio de igualdad con efectos determinantes" para el caso[388]. Según recuerda el Tribunal a través de la misma sentencia, ya previamente había el mismo "declarado que «para afirmar que una situación de desigualdad de hecho no imputable directamente a la norma (como lo es en el período al que los recurrentes limitan su impugnación, la diferencia de retribuciones entre dos tipos de trabajadores) tiene relevancia jurídica, es menester demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados» y que esta regla o criterio igualatorio puede ser sancionado directamente por la Constitución (por ejemplo, por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el art. 14), arrancar de la Ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho", y reconoce de inmediato que "tal principio falta en el presente caso", habida cuenta la "legislación laboral, desarrollando y aplicando el art 14 de la Constitución (…) no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto", lo cual legitima en cuanto producto de "la eficacia del principio de autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales"[389]. Así las cosas, siempre que la introducción de una diferencia salarial no se caracterice por "un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas

[388] STC 34/1982, de 9 de marzo.

[389] STC 34/1982, de 9 de marzo.

prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad", y, al modo de toda "medida en que se manifiestan los poderes empresariales, la licitud dependerá de un ejercicio dirigido hacia los fines por los cuales tales poderes se reconocen; y es evidente que una finalidad vejatoria, por ejemplo, convertirá en ilícita la medida, pero aparte de que ello deberá demostrarse, el problema se sitúa en un ámbito diferente al del principio de igualdad"[390].

Más propicia quizá a la consideración con matices del principio de igualdad para las relaciones jurídico–privadas, parece mostrársenos la sentencia del supremo gendarme de nuestros Derechos y garantías iusfundamentales, de 10 de octubre de 1988, ya citada y luego reiterada en muchos de sus aspecto, al rezar como sigue: "el art. 53.1 del Texto constitucional tan solo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984(fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos"; y de inmediato añadirá la sentencia: "Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato", y, en fin, para el

[390] STC 34/1982, de 9 de marzo.

Tribunal es preciso tener presente siempre, cómo el artículo 1.1 de la Constitución española "propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas"[391]. Aunque más adelante matiza aún en superior medida, respecto del principio establecido por el artículo 14 de la C.E., al señalar: "reflejado luego, aunque con matices propios, en la propia legislación laboral (arts. 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores), no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos. No es ya que el principio de igualdad no se oponga a toda diferencia de trato, como en general ocurre. Ha de tenerse en cuenta también, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto este Tribunal, que en el ámbito de las relaciones privadas, en el que, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, el Convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica"[392]. Y el mismo año 1988, muestra su criterio favorable a dar entrada cautelosamente al principio de igualdad en las relaciones intersubjetivas, y así, procedería a recordar ser "cierto que la aplicación de los derechos fundamentales, y especialmente del principio de igualdad, a las relaciones entre particulares ha de hacerse matizadamente"[393].

[391] STC 177/1988, de 10 de octubre.

[392] STC 177/1988, de 10 de octubre.

[393] STC 241/1988, de 19 de diciembre.

En cambio, el Tribunal Constitucional tenía señalado con carácter previo, la virtual inexistencia de "una regla impositiva de la igualdad, de alcance general y absoluto, en las relaciones contractuales"[394], regla general contravenida dialécticamente por los defensores de la eficacia inmediata, mediante la oposición de las excepciones en las que el sujeto privado dispone de una situación de monopolio, o bien cuando presta servicios públicos. Sentado lo anterior, esta línea de no poderse imponer a los sujetos privados las mismas obligaciones que incumben a los poderes públicos, también ha recibido plasmación en la jurisprudencia constitucional, al sostener la ausencia de precepto alguno, ni constitucional ni ordinario, excepto "en ocasiones, el principio de buena fe del art. 7 del Código Civil y la regla de comportamiento coherente en él establecida", capaz de obligar "a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones de forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes, sin que, fuera de los mencionados casos de buena fe o abuso del derecho, se puedan medir los móviles que a tal actuación impulsen"[395].

Otra cosa es la prohibición de discriminación, respecto de la cual, el Tribunal Constitucional expresa: "es posible entender que algunos derechos fundamentales producen un cierto grado de eficacia entre particulares y que, en tal caso se encuentra el derecho a no ser discriminado que establece el art. 14 CE, cuando se trata de discriminaciones típicas –por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o condición social–". En concreto, a la diferencia entre ambos Derechos ha efectuado referencia asimismo el Tribunal Constitucional al entender la obligación de respetar el principio de igualdad ante la Ley como un canon normativo e impositivo de su respeto a "los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está

[394] ATC 721/1987, de 10 de junio.

[395] ATC 1069/1987, de 30 de septiembre.

limitada solo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE"[396]. Con todo, como hemos observado, no se ha producido ni es de esperar, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional excluyente *a radice* de la vinculación del principio de igualdad en el ámbito jurídico-privado; al contrario, con sus vaivenes, parece partidario de darle matizadamente algún tipo de entrada[397].

4.8.5. La pérdida de autonomía y de identidad del Derecho Privado causada por el despliegue de eficacia inmediata a cargo de los Derechos Fundamentales.

4.8.5.1. Pérdida de autonomía e identidad, y, en fin, consecuencias dogmáticas insostenibles para el Derecho Privado, derivadas de la aplicación inmediata de las normas de Derechos Fundamentales.

Otro de los puntos controvertidos a considerar a la hora de defender la eficacia inmediata, por demás, en clara conexión con el anterior, pone el énfasis sobre la cuestión de que la tesis de la eficacia directa coloca seriamente en situación de peligro a la autonomía y a la propia identidad del Derecho Privado, conllevando, por otra parte, su colonización perturbadora por el Derecho Constitucional, hasta el extremo de ser ya para algunos una mera concretización de este[398]. Identidad del Derecho

[396] STC 108/1989, de 8 de junio. Orden público constitucional que define Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, así: "receptáculo de las ideas sociales, políticas, morales, económicas y religiosas indispensables para la sociedad o para el orden social", "Principio de igualdad y…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 424.

[397] Y así, matizadamente, abogaría Enrique ALONSO GARCÍA en favor de la no vinculación del principio de igualdad para la inmensa mayoría de los actos y negocios jurídicos (pero no dice que para todos), pues ello, entiende, terminaría por dar al traste fácilmente con diversos derechos constitucionales, "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100, 1983, pp. 86-87.

[398] Ingo VON MÜNCH, "*Drittwirkung* de derechos fundamentales…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 50.

Privado, amenazada de perderse como consecuencia del hipotético recurso inmediato a los Derechos Fundamentales, siendo así que tal autonomía es la consecuencia de un estimable fruto acuñado a través de la larga historia "sobre la que descansa, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales"[399].

De acuerdo con los sustentado desde este punto de vista, el empleo directo de las normas de naturaleza iusfundamental en orden a resolver colisiones jurídico–privadas prescindiendo de las previsiones legales existentes, coloca en difícil situación a la identidad del Derecho Privado, toda vez interfiere en el ámbito de regulación material propio de esa rama del Derecho, perjudicando mediante tal modo de proceder su ulterior desarrollo correcto, hasta terminar por hacerlo completamente innecesario. Por añadidura, unido a ello, la autonomía privada, insiste nuevamente por medio de su valoración Rainer WAHL, principio fundamental del Derecho Privado, correría un serio riesgo de desuntancializarse si las personas en sus relaciones jurídicas recíprocas no pudieran renunciar a las normas de Derechos Fundamentales, entendidas, sin embargo, eso sí, de carácter indisponible para la acción de los poderes del Estado[400].

Concerniente a Claus–Wilhelm CANARIS, subraya que la problemática de esclarecer si los particulares se encuentran directamente vinculados por los Derechos Fundamentales, requiere con carácter previo aclarar quién es el destinatario de tales Derechos[401]. Porque, sostener el mantenimiento de la tesis conforme a la cual los Derechos

[399] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, pp. 60-61.

[400] Rainer WAHL, citado por Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 61

[401] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 52.

Fundamentales se oponen a toda eventual injerencia de los poderes públicos en idénticos términos a como lo hacen frente a los sujetos particulares, conlleva la defensa y aplicación de tal posición el despliegue de efectos nocivos en orden a cualesquiera necesaria alteración jurídica producida en el sistema de normas de Derecho Privado. Efectivamente, la aplicación práctica de la citada tesis, depara, de inmediato y directamente, prohibiciones de intervención en las posiciones jurídico–privadas, y la estimación de derechos de defensa frente a otros sujetos privados. De este modo, prosigue el autor precitado, el respectivo Derecho Fundamental incorporaría en su contenido la pertinente prohibición jurídica, conforme al telos del § 134 BGB[402], prohibitivo inicialmente de su restricción por medio de negocios jurídicos, al venir a constituir un auténtico derecho subjetivo de acuerdo a lo dispuesto en el § 823. 1 BGB[403].

Continuando con la misma línea de ideas, persevera argumentando Claus–Wilhelm CANARIS, de generalizarse esta comprensión de la eficacia iusfundamental inmediata, las transformaciones dogmáticas derivadas y sus correspondientes efectos sobre el sistema jurídico serán a buen seguro insostenibles, de modo particular, porque extensas zonas del Derecho Privado, tales como el Derecho de contratación y el Derecho de responsabilidad civil, iban a ser inexorablemente reconducidas al vasallaje de sus contenidos a cargo del Derecho Constitucional y, como consecuencia, se dejarían sentir adolentes por completo de sustantividad[404]. Esto es, la preservación de la autonomía e identidad del

[402] Donde se dispone que quien, con dolo o negligencia, ofende ilícitamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona resulta obligado a indemnizar a esta por los daños resultantes de la ofensa, cuya violación genera, en principio una obligación de indemnizar".

[403] Establece: "es nulo el negocio jurídico que viole una prohibición legal, si lo contrario no resulta de la ley".

[404] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 56.

Derecho Privado requiere que los Derechos Fundamentales no sean inmediatamente eficaces para su titular, a pesar de tratarse de derechos subjetivos reforzados constitucionalmente, referido a la reglamentación de las relaciones intersubjetivas. Además, cuando nos encontremos ante la carencia de una modulación previa a cargo del Legislador, y a falta de disposiciones legales de carácter privado, los órganos judiciales tendrán en cuenta tales normas de Derechos Fundamentales considerados, cual privilegiados parámetros de interpretación e integración a la hora de proceder a la aplicación de las disposiciones de naturaleza iusprivada[405], pero sin poder aplicar tales disposiciones directamente. Con lo cual, sostiene el mismo Claus–Wilhelm CANARIS, entre los efectos jurídicos derivados de la asunción de la teoría inmediata, se encontraría el de concluir forzosamente con la defensa de la nulidad de los contratos restrictivos de los Derechos Fundamentales, teoría así, a ser inexcusablemente rechazada de plano por su evidente insustentabilidad práctica[406].

4.8.5.2. Cuestionamiento–rechazo de las críticas previas.

Comenzando por la objeción final, es un hecho constatable en el plano teórico y verificable a partir de valorar las escasas realizaciones prácticas, que la aceptación del despliegue de eficacia inmediata para los supuestos de las relaciones intersubjetivas a cargo de los Derechos Fundamentales, no tiene por qué conducir, ineludiblemente, a la conclusión de que producida la restricción de un Derecho Fundamental como consecuencia de la celebración de un contrato, este último sea automáticamente nulo. En esta medida, es preciso percatarse del eventual consentimiento o no de la parte supuestamente perjudicada,

[405] Christian STARCK, "Derechos fundamentales y derecho privado", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pp. 123-124.

[406] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.,* p. 60.

una vez verificado también el hecho de haberse adoptado la decisión en un supuesto de igualdad sustancial entre las partes concurrentes. Al establecer las partes relaciones jurídicas contractuales, las mismas son concluidas entre sujetos titulares de Derechos Fundamentales, o bien estamos ante diferentes Derechos Fundamentales del mismo titular como en ciertos supuestos de renuncia; en suma, para el supuesto concreto, puede perfectamente prevalecer el principio de autonomía privada, aunque de este modo resulte la restricción superior de un Derecho Fundamental, si ello trae causa de la correspondiente ponderación realizada y es conforme a los parámetros del principio de proporcionalidad. Con todo, obviamente, el ejercicio de un Derecho Fundamental no puede justificar en línea de principio, con carácter general, el incumplimiento de un contrato[407].

E idéntica consideración puede hacerse prácticamente por lo tocante a la responsabilidad civil extracontractual, ante cuya hipótesis se está asimismo frente a un conflicto de Derechos Fundamentales, y su solución también va a solventarse por medio de la consiguiente operación ponderativa de Derechos, de modo que no tienen por qué ser inicialmente ilícitos por naturaleza y carácter general los actos lesivos de esos Derechos Fundamentales[408].

Incluso un buen puñado de los mismos críticos de la eficacia inmediata, asienten con toda claridad respecto de la cuestión de que el

[407] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 174. Paulo MOTA PINTO, "O direito ao libre desenvolvimento…", *loc. cit.* en *op. cit.*, 1999, pp. 233 y ss, considera el autor que la tesis de la eficacia inmediata llevaría a la repentina producción de consecuencias jurídicas fijadas exclusivamente desde la Constitución, sin la mediación alguna de normas jurídico-privadas (caso del propio Código Civil) saldándose en la conminación de nulidad, por inconstitucionalidad, de los actos y negocios jurídicos privados celebrados en contra de Derechos, Libertades y garantías, y conllevando la ilicitud a efectos civiles (señaladamente caso de la responsabilidad civil) de los actos lesivos de estos Derechos.

[408]Este temor es expresado por Paulo MOTA PINTO, "O direito ao libre desenvolvimento…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 233.

principio de autonomía del Derecho Privado, especialmente frente al sistema de Derechos Fundamentales, no puede conllevar la independencia o separación cristalina entre ambas ramas jurídicas. Por ello, defenderán que el orden de valores objetivo incorporado por las disposiciones iusfundamentales, será efectivamente irradiado efectivamente en el Derecho Privado, de manera esencial, a través de las cláusulas generales contenidas principalmente en la legislación civil. Precisamente por esta razón, la fuerza normativa de las normas que consagran enunciados de naturaleza iusfundamental, para el área de las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados, se llevaría a cabo de modo indirecto por medio de los principios y normas del Derecho Privado, pero en ningún caso de forma directa o inmediata a partir de las prescripciones iusconstitucionales previstas[409]. De lo contrario, los órganos judiciales vendrían obligados a solucionar los casos aplicando directamente la Constitución, haciendo superfluo así el Derecho Privado[410].

Así las cosas, el orden de valores constitucional supremo e integrante del contenido de los Derechos Fundamentales, sufre la degradación más impensable, en cuanto quedan reducidos a la mera condición de criterios o parámetros interpretativos de las cláusulas generales y de los conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de concretización, y, como parecen muy conformes los defensores de esta posición, respetando el espíritu del Derecho Privado. Planteada tal tesitura, las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados de concepción iusprivatista, operarían como "puntos de irrupción" (*Einbruchstellen*), brechas o puertas de entrada de los valores constitucionales en el ámbito jurídico–privado[411]. Sin embargo, como ha

[409] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 123-124.

[410] Claus Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 210 y ss.

sido estimado también entre nosotros, nadie está en condiciones de negar a estas alturas, la trascendencia de la "Constitución en las normas de Derecho privado ni en su aplicación judicial, ni en la necesidad de una concordancia práctica entre las normas sobre derechos fundamentales y el Derecho privado o de conciliar el alcance de los distintos derechos fundamentales cuando se produce una colisión entre ellos en el ámbito de una relación privada negocial o extranegocial"[412]; y, aunque solo sea por eso, al margen de considerarlo motivo suficiente, es inadecuado por completo negar la función política desarrollada por el Derecho Privado[413].

La argumentación de la pérdida de autonomía de este sector del ordenamiento es incierta y falta de rigor, toda vez, en el momento presente, ninguna esfera jurídica, ora pública bien sea privada, puede pretender proyectarse y alcanzar su desarrollo al margen de la normatividad constitucional[414]. Entre la Constitución y las normas de Derecho Privado, se ha dicho bien, no ha de producirse un hiato, sino un continuo fluir[415]. Por ello, la observación de la realidad jurídica nos muestra que sea el Derecho Civil, sea el Derecho Penal en sus ámbitos respectivos, ambos tutelan bienes jurídicos de los ciudadanos protegidos por los Derechos Fundamentales, y, por consecuencia, la concordancia práctica entre Derechos Fundamentales y orden jurídico privado está

411 José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, interpretando a Günter Dürig, *Os Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, p. 244.

412 Josep FERRER I RIBA–Pablo SALVADOR CODERCH, "Asociaciones, democracia y Drittwirkung", en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, edición de Pablo Salvador Coderch, Editorial Cívitas, Madrid, 1997, pp. 98-99.

413Algo admitido y destacado incluso desde los prejuicios fuertemente liberal – conservadores de Wolfgang ZÖLLNER, "Die politische Rolle des Privatsrechts", en *Juristische Schulung*, 1988, pp. 329 y ss.

414 Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, p. 286.

415 António CASTANHEIRA NEVES, "A unidade do sistema jurídico: O seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)," en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquím. Teixeira Ribeiro*, Vol. II, Bolitim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1979, p. 114.

llamada a su desenvolvimiento acorde a parámetros de completa normalidad[416].

Evidentemente, consiguen ser juzgadas lícitas, tanto desde los postulados normativo y metodológico como desde el más propiamente práctico, las inquietudes mostradas por la teoría de la eficacia mediata en orden a la preservación de la identidad, autonomía y función del Derecho Privado, como rama del ordenamiento jurídico más apta a fin de concretizar, de forma específica, detallada y clara, los Derechos y Libertades para las hipótesis de relaciones jurídicas celebradas *inter privatos*, la defensa del principio de autonomía privada, y, con carácter general, el tráfico jurídico entre actores no estatales. Del mismo modo, merece la estimación de legítima, la preocupación frente al riesgo de una colonización constitucional del sistema jurídico entero, la cual, entre otras consecuencias (ya lo hemos dicho), podría precisamente conllevar una trivialización de los Derechos Fundamentales, aunque fuera todo ello harto improbable. A partir de esas preocupaciones, por amplia dogmática y por la jurisprudencia constitucional, mediante la construcción de la teoría de los efectos mediatos, fue propuesta la eficacia de las disposiciones de Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas ausentes de vinculaciones estatales, una vez fueran antecedentemente concretizadas, en primer término por el Poder legislativo y, de manera subsidiaria, por los órganos judiciales, admitiéndose por algunos la operatividad de la eficacia inmediata de las disposiciones iusfundamentales exclusivamente para supuestos excepcionales. Arranca así toda la construcción de una premisa errónea proveniente de otra etapa histórica, como es la separación, paralelismo e independencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado, algo imposible de admitir

[416] En similar sentido, Vasco PEREIRA DA SILVA, "A vinculação das entidades privadas pelos Direitos, libertades e garantías", en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Año XXIX, abril–junio 1987, p. 267.

bajo el techo de una Constitución normativa democrático-social y, por ende, pluralista.

Ahora bien, frente a ello, resulta posible oponer una observación más, esta de carácter general. En propiedad, a modo de conclusión provisional–punto de partida, vamos a insistir en el aspecto, al ser preciso reconocer la creciente, inevitable e irreversible influencia del Derecho Constitucional positivo sobre todos los sectores o ramas del Derecho, de ello cabe entender, de manera ineludible, que también el Derecho Privado se halla sometido a la Constitución, todo lo cual resulta susceptible de verificar por medio de una mera observación de la evolución normativa.

4.8.5.3. Distinto modo de abordar la problemática.

4.8.5.3.1. Planteamiento.

Con independencia de lo que se propugne al respecto, para la problemática de la autonomía e identidad del Derecho Privado, es preciso su abordaje debidamente, es obvio, en los términos planteados, a modo de ejemplo, por Walter LEISNER, quien valora, de entrada, estamos frente a una especie de axioma muy fácilmente desmontable. A tales efectos, entiende, hemos de tomar real y seriamente en consideración algo de lo que cualquier jurista riguroso raramente prescindirá cuando trate de enfrentarse a un conflicto de ribetes constitucionales, o, desde presupuestos más sencillos, obre a la realización de cualquier concretización normativo–constitucional.

Pues bien, casi huelga señalar, hemos hecho tácita referencia a la toma en consideración, seria y honestamente, del principio de supremacía de la Constitución y del de Unidad del ordenamiento

jurídico[417], por demás, principios claramente interconexionados entre ellos.

4.8.5.3.2. Principio de supremacía de la Constitución: repercusión para el Derecho Privado.

Las objeciones formuladas a la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales debido al perjuicio que conllevaría para la identidad del Derecho Privado, parecen apostadas, valora Walter LEISNER, a fin de lograr el aislamiento de las decisiones valorativas fundamentales y supremas debidas al Legislador constituyente respecto del orden jurídico privado, así como de las correspondientes a autonomía individual y contractual[418], efectuadas en su adecuación al momento histórico-concreto, lo cual, resulta poco o nada compaginable con la comprensión correcta del principio de supremacía constitucional y con la del principio de unidad del orden jurídico, así como sus consecuencias.

En el fondo de estas aludidas posiciones, late aún de manera más o menos consciente, la vieja concepción "romántica" de llevar a cabo una codificación integral del Derecho Privado, comprensiva de todas las posibles situaciones jurídicas que pudieran darse en la vida real, cuya ingenuidad pronto puso de evidencia la realidad jurisprudencial. Si ciertamente era este sector del Derecho, hasta la consolidación de la Constitución normativa, materialmente prioritario frente a los Derechos Fundamentales, cuya función fuera entonces accesoria respecto de aquel, y alcanzaban solo en tanto lo hacían las propias normas iusprivadas[419],

---

417 Walter LEISNER, *Grundrechte und...*, *op. cit.*, p. 361.

418 Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, *Liberdade de Expressão...*, *op. cit.*, p. 412.

419 Dieter GRIMM, "Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung", en *Grund– und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte: Beiträge zur Geschichte* der *Grund– und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, edición de Günter Birtsch, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1981, especialmente pp. 368 y ss.

tal posición, como también hemos dicho en más de una oportunidad, resulta ahora invertida por completo, otorgándose definitivamente la primacía y supremacía formal y material al Derecho Constitucional, dimanante en términos inmediatos de la soberanía popular por aplicación del principio democrático. Con lo cual, es irresistible la precedencia de las normas constitucionales garantizadoras del orden objetivo de valores supremo e integrantes del contenido material de los Derechos Fundamentales, frente al bloque normativo constitutivo del Derecho Privado, en tanto en cuanto integra este último un conjunto de leyes ordinarias. De lo antecedente se sigue que la Constitución, además de sobreponerse a las leyes y, obviamente, al resto de la totalidad de las normas integrantes del orden jurídico, "constituye la base y el fundamento de todo el ordenamiento, de modo que las Leyes mismas han de interpretarse «de conformidad con la Constitución»"[420], e inexorablemente en el sentido más favorable al despliegue de la máxima efectividad de la misma.

Al parecer dentro de este sentido propio, después de las afirmaciones suyas consideradas *ut supra*, se halla de nuevo Konrad HESSE irremediablemente ante la forzosidad de admitir que, "junto con la preservación, el apoyo y la garantía del Derecho Privado preexistente y de sus fundamentos, corresponde al Derecho Constitucional una función de guía (…) Además, el Derecho Constitucional ofrece al Derecho Privado directrices e impulsos que son considerablemente importantes en particular para una evolución adecuada del Derecho Privado (…) Debido a su influencia sobre el Derecho Privado (del Derecho Constitucional), se convierte así en un medio para su desarrollo. De este modo, puede actuar como motor de un cambio también de la legislación y de la jurisprudencia jurídico–privadas"[421]. Y ello, sin perjuicio de que también

[420] Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Editorial Cívitas, Madrid, 1984, p. 95.

hubo de reconocer que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha procedido a llevar a cabo una amplia apertura del "Derecho Privado a la influencia del Derecho Constitucional. Ha contribuido decisivamente a que los derechos fundamentales determinen hoy no solo la vida estatal, sino toda la vida jurídica en la República Federal, y a que la impregnen hasta en los menores detalles"; lo cual no parece dejarle muy satisfecho, pues concluye, "en varios aspectos, sin embargo, este logro tiene sus costes"[422].

Incluso autores como Günter DÜRIG, han sostenido una postura más radical, al afirmar que la aplicación de la eficacia inmediata estaría en perfectas condiciones de producir la "estatalización" del Derecho Privado[423]. Con todo, somos incapaces de llegar a la comprensión, por nuestra parte, acerca de la razón por la cual los defensores de la eficacia mediata sustentan el dogma de la autonomía del Derecho Privado, siempre de carácter meramente relativo por más amplia que se pretenda, haciéndola depender de la condición de poderla apartar del riesgo supuesto por una vinculación directa de los particulares a los Derechos Fundamentales[424].

4.8.5.3.3. Principio de unidad del ordenamiento y su significado para el Derecho Privado.

Desde otro lado de la perspectiva, justamente, el ordenamiento jurídico postula, de manera intrínseca, la unidad y la coherencia, pues es imposible imaginar un ordenamiento jurídico sin unidad, o sea, cuyas normas no formen un todo sistemático, armónico y coherente, en cuanto

[421] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, pp. 84-85.

[422] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 59.

[423] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 184.

[424] Jörg NEUNER, *Privatrecht und…*, *op. cit.*, pp. 153 y ss.

elementos ordenadores condicionantes de la estructura del orden, complementados por la reglas de todos conocidas. Y de manera si se quiere más refinada, como se sabe, Karl BARTH refiere al orden jurídico la expresión unidad espiritual, condicionada la misma por la presencia de dos rasgos esenciales como son lealtad y consenso, que hacen referencia claramente a la actitud interna de los sujetos sometidos a ese orden y operan con factores condicionantes de la eficacia del mismo[425], y van por tanto algo más allá de meras actitudes psíquicas de los sujetos a la ordenación, aunque presupongan estas, porque condicionan la unidad del propio ordenamiento[426].

El ordenamiento jurídico, por lo tanto, constituye un sistema dotado de orden y de sentido, internamente diferenciado y estructurado, cuyas partes integrantes, vale decir, los textos normativos dotados de positividad, han de ser aplicados y concretizados de forma constitucionalmente adecuada, evitando interpretaciones caprichosas o aisladas de esa unidad en la que están integradas, a los efectos, eso sí,

[425] Karl BARTH, *Die Idee de Ordnung. Beiträge zur einer politischen Philosophie*, Eugen Rentsch Verlag, Erlenbach-Zürich-Stuttgart, 1958, pp. 214 y ss, especialmente.

[426] Algo con lo que entendemos vendría a terminar por coincidir Hermann HELLER, quien matizara que un orden jurídico no es una "nomocracia impersonal", pues detrás de un sistema normativo se halla la Sociedad que le respalda, y sin cuyo apoyo no puede pervivir por mucho tiempo a base solo de la coercibilidad (*Erzwingbarkeit*) basada en la fuerza suprema Estado, pues no se trataría en puridad de un dominio de carácter político comunitario, si no de naturaleza despótico; tenía muy claro el autor la necesidad de hacer notar que de "la necesidad de una ordenación organizada para la constitución y permanencia de un grupo de voluntad o de una acción colectiva no surge primariamente la necesidad de la coacción, sino la de obrar consciente que señala fines", *Teoría del Estado*, México, 1942, p. 104 y 147 y ss. Adicionalmente, como bien expusiera Norberto BOBBIO, en todo ordenamiento jurídico notamos la presencia de normas jurídicas carentes de sanción institucionalizada, que no pierden por ello naturaleza jurídica, pues la nota de la coercibilidad, o sobre todo de la sanción externa organizada, es sostenible del conjunto del ordenamiento ya que a este en su globalidad no le resulta suficiente con la denominada adhesión espontánea, pero no necesariamente es elemento constitutivo de todas y cada una de sus normas, lo que le hiciera también, dicho sea de paso, desmarcarse de las corrientes antisancionistas, *Teoria della norma giuridica*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1958, pp. 206 y ss; planteamiento similar acerca de la suficiencia de la coercibilidad como rasgo conceptual de todo el sistema, sin necesidad de que haya de predicarse de todas sus normas, asimismo defendido por Heinrich HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1964, pp. 94 y ss.

de no arriesgarse a dilapidar su verdadero sentido y significado[427]. Si bien, también debe reconocerse, de manera paralela, que el ordenamiento tiene por atributos conformar una magnitud relativa y variable, y ello significa que, unido a otras razones, como sistema unitario, completo y acabado dentro del cual todas las "realizaciones jurídicas y supuestos de hecho relevantes hubieran hallado en él su sitio determinable con precisión", constituye, indudablemente, un "ideal inalcanzable", y, por ende, en época alguna ha tenido lugar[428]; cosa distinta es que por expediente práctico nos veamos obligados a admitir explícita o tácitamente, el principio de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, lo que es algo distinto del concepto de perfección, porque la perfección de un orden jurídico viene medida por el grado de eficacia de las normas que los integran, en cuanto miden el funcionamiento normal y satisfactorio del mismo.

Ahora bien, la que venimos considerando unidad del orden jurídico, comprendida entre otros aspectos como ausencia de contradicciones, antinomias o antagonismos, deviene para el sistema jurídico una exigencia lógica y de posibilidades jurídicas en general, garantizando el *modus vivendi* normativo pacífico o capaz de integrar los conflictos que surjan. Consiguientemente, de entrada, se colige impeditiva de la creación de dos órdenes jurídicos diferentes o aislados: el primero propio de la esfera de relaciones jurídicas mantenidas entre los poderes públicos y los ciudadanos; y uno segundo, distinto, operante para el sector de las relaciones jurídicas establecidas por cuenta exclusiva de sujetos privados[429]. Adquirido, pues, carácter unitario "*sui generis*" por el ordenamiento jurídico, la diferenciación entre un ámbito de garantía

[427] En este sentido João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (reimpressão de la edição de 2014), Almedina Editora, Coimbra, 2016, p. 207.

[428] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia…*, *op. cit.*, p. 442.

[429] Guilherme Machado DRAY, *O principio da igualdade…*, *op. cit.*, p. 150.

relativo a los poderes estatales, y uno de distinta especie instituido para ocuparse de disciplinar las relaciones intersubjetivas donde no se pueda exigir por un particular directamente el cumplimiento del correspondiente deber jurídico-fundamental de otros, y en el que las disposiciones iusfundamentales dejarían así de desplegar eficacia o lo harían indirecta y mediatizada mente, deviene incomprensible si no absurda[430], y desde luego infundada; un ordenamiento que ni siquiera tiene lagunas, pues como bien mostraran Hans KELSEN y su escuela, las así mal llamadas, no son algo distinto de expresas regulaciones técnicas de carácter deficiente, siendo así que el trabajador jurídico detecta componentes regulatorios implícitos e indelebles del sistema dotados de superior razón jurídica, cuya esencia puede ser alcanzada mediante el empleo de cánones metódicos oportunamente empleados, y respecto de los cuales es insuficiente el hecho de que sean lógicos en orden a su empleo, pues deben ser también axiológicamente compatibles con los valores supremos. Nuestro Tribunal Constitucional ha defendido la radical unidad del sistema jurídico, en el que no existe contradicción alguna entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional, lo que "está justificado por la necesidad de una interpretación y aplicación unitaria de los preceptos constitucionales de lo que pueda considerarse Derecho Civil Constitucional, Derecho Privado Constitucional o Derecho Civil en la legalidad constitucional"[431].

Así comprendidas las cosas, es fácil advertir, el Derecho positivo legislado se integra, todo él, en una juridicidad de carácter unitario, translegalmente definida, que tiende a identificarse con el orden jurídico[432]. Incluso algunos autores, mantienen la tesis reconozcamos

[430] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…*, *op. cit.*, p. 54.

[431] STC 56/1990, de 29 de marzo.

[432] António CASTANHEIRA NEVES, "A unidade do sistema…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 111 y ss.

aparentemente correcta, acerca de que el principio de unidad del ordenamiento es asimismo postulado por el reconocimiento constitucional del principio de igualdad, el cual, a su vez, se revela constitutivo de una de las expresiones del postulado de justicia (en nuestro ordenamiento con carácter de valor superior del mismo). Por lo tanto, la unidad del ordenamiento jurídico persigue como objetivo el logro del valor justicia, y esta sería la auténtica importancia de la unidad del sistema[433]. El principio de unidad conduce, de esta suerte, al hecho de que para las hipótesis en las cuales procede la aplicación de una norma jurídica, no va a ser esta, de hecho, la exclusivamente concretizada de forma aislada, pues el resultado carecería por completo de sentido, sino que ha de tenerse en cuenta, a modo de totalidad, el sistema normativo unitario de normas y principios en el cual está integrada (principio de unidad del ordenamiento), haciendo intervenir para cada supuesto a la plena intelección jurídica, en sí misma considerada, globalmente[434].

De todos modos, hay necesidad nuevamente de precisión. La particularidad solo puede ser comprendida desde la totalidad, terminamos de admitir. Ahora bien, como quiera nunca se ha dado la unidad, y la comprensión desde la totalidad es una quimera[435], aunque siempre debamos esforzarnos por llegar al máximo grado de

[433] António CASTANHEIRA NEVES, para quien sin justicia posibilitada por la unidad, se carecerá de continuidad que garantice la seguridad, y, en ausencia de esta, no habrá estabilidad y paz social, "A unidade do sistema…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 104 y ss.

[434] Víctor AEPLI, *Grundrechte und Privatrecht*, IHA, Hergiswill, 1980, pp. 16 y ss.

[435] Friedrich MÜLLER, para lo primero su *Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus: Elemente einer Verfassungstheorie III*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1979 (hay una nueva edición de 2007), ("Es gibt der allgemeine Grundsatz der Relativität der Rechtsbegriffe", dirá la BVerfGE 25, 309, de 26 de marzo de 1969, y en el mismo sentido puede verse Klaus F. RÖHL – Hans-Christian RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 3ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 2008, p. 451); en el mismo sentido); para lo segundo, es uno de los prejuicios de toda su obra, pero, por ejemplo, podemos remitir, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1966 (concluida su redacción en 1964).

aproximación a ese holismo inteligible, ello no es suficiente, por ambas razones, para impedir que cada tiempo histórico tenga su propia crisis del orden jurídico, y esté el último en permanente transición, por la propia naturaleza de las cosas, hacia nuevas formas al tratar de comprender y de ser útil su empleo por el trabajador del Derecho para una realidad dinámica, desde luego, en tránsito asimismo permanente, y bien acelerado. Adicionalmente, la crisis del orden jurídico siempre es convenientemente aireada, y con frecuencia, se hiperboliza.

Pues bien, según va resultando claro, la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para el caso de las relaciones jurídicas entre particulares, se apoya también en el carácter unitario del ordenamiento jurídico[436], y, trasunto de lo anterior, la unidad descrita constituye un argumento de carácter general favorable a la vinculación directa de los sujetos privados por las normas iusfundamentales, toda vez, a través de la misma, son canalizadas las decisiones valorativas esenciales del Estado Social y Democrático, para el Derecho Privado[437].

4.8.5.3.4. La clara consecuencia a extraer: primacía irresistible del Derecho Constitucional sobre el resto del ordenamiento.

De nuevo vamos a tomar como referencia a Konrad HESSE, ahora de inicio, por haber hecho también la deyección acerca de que una cuestión es el mantenimiento del significado concluyente para el Derecho Privado del Derecho Constitucional y los Derechos Fundamentales, dentro de un ordenamiento jurídico basado en el principio de unidad, y

[436] Julien RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Presses Universitaires d`Aix-Marseille, Aix–en–Provence, 2003, p. 88.

[437] Viktor AEPLI, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 16 y ss. En todo caso, también es obligado reconocer que, en sentido contrario, no son pocos los autores que consideran que la unidad del ordenamiento jurídico nunca es total, debiendo apenas tener significado donde las normas jurídicas colinden, y que, en el caso concreto, sean aplicables conjuntamente. Y ese no es el caso directamente de las normas de Derecho Privado, de un lado, y las normas de Derechos Fundamentales, de otra parte.

otra diferente dimanar a partir de tal reconocimiento, que la Constitución ha de ser forzosamente comprendida, en el momento vigente, como el fundamento de todo el Derecho y, por consiguiente, del orden jurídico privado en su totalidad, conclusión, insiste, a la cual resulta inconveniente llegar. Efectivamente, según el autor, podemos albergar la pretensión de que el Derecho Privado no represente durante más tiempo un sistema cerrado y casi aislado de los restantes sectores integrantes del ordenamiento jurídico, en especial del Derecho Constitucional, algo ocurrido prácticamente durante el pasado histórico. En cambio, cuestión diferente constituye el reconocimiento de que, a pesar de todas las transformaciones admitidas dentro de su contexto, "sigue siendo, un sector jurídico autónomo"[438], mas ya no radicalmente independiente y, en todo caso, sometido a la supremacía del Derecho Constitucional, por hallarse vinculado a este último, e, inmediatamente, al establecer, como observamos, un concepto de autonomía iusprivada del que no se fijan sus límites.

La diferencia, por consiguiente, sí va a ser recognoscible respecto de lo sucedido durante la vigencia del Estado Liberal, cuando el Derecho Privado ocupaba su espacio cara a la regulación de las relaciones

[438] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 82; y en la nota núm. 68 de esta misma página, matiza: "Ciertamente no en el sentido del modelo de una autonomía por así llamarla autárquica, apolítica, ajena a valores. Como ha sostenido Ludwig RAISER, el Derecho Privado toma parte en la tarea que corresponde a todo Derecho de reforzar instituciones y desarrollar procedimientos que posibiliten un equilibrio en las tensiones y en los conflictos de la sociedad actual; al efecto debe orientarse a los valores vinculantes para toda la comunidad política". El propio Ludwig RAISER, ha mostrado su opinión favorable al objeto de que el Derecho Privado no pierda su especificidad aun admitiendo el influjo de las opciones valorativas fijadas por el Legislador constituyente, porque esta rama del ordenamiento hace posible las múltiples diferenciaciones existentes en la Sociedad, constituyendo un importante contrapeso al asistencialismo, y reforzando con sus instrumentos el sentido de autorresponsabilidad del individuo, en fin, contribuyendo ello una preciosa contribución a la democracia; por lo tanto, es necesario realizar una Sociedad fundada sobre el Derecho Privado que no esté separada ni sea absorbida por el Estado, sino que esté en él integrada, garantizándose su autonomía dentro de un sistema vinculado a la Ley Fundamental, "La costituzione e il diritto privato", en *Il compito del diritto privato* (traducción de la versión alemana), Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1990.

sociales, y su configuración no venía condicionada materialmente por las prescripciones constitucionales, en relación a las cuales, disponía de primacía material como vimos en su momento. Naturalmente, una autonomía del Derecho Privado concebida también, aparentemente, en términos distintos a la precomprensión de Uwe DIEDERICHSEN a la hora de interpretar la jurisprudencia constitucional alemana, pues al declararse la adecuación constitucional de la concretización de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas intersubjetivas como operación a llevar a cabo a través del sistema normativo de Derecho Privado, a su entender, se está de igual modo reconociendo jurídicamente el "valor autónomo de la dogmática civil frente al orden de valores de la Constitución"[439]. Postulados direccionados por el autor, resulta poco dudable, hacia la admisión de un modelo de autonomía absoluta propio de este sector del Derecho, paralelo, o al margen si es mejor posible, del Derecho Constitucional, vale decir, a modo de un sistema independiente.

Sucede que últimamente las cosas no han ido ni van, al menos momentáneamente, por ahí, a saber, en la dirección postrera apuntada, ni parece adivinarse vayan a orientarse así cara al futuro si quiera mediato. Como bien ha sido sintetizado, el "potencial de las sentencias *Lüth* y *Elfes* ha abierto tanto el acceso al TCF, ha entremezclado de tal manera el Derecho Constitucional con el derecho ordinario, que ningún intento de delimitación puede ser exitoso", ahora bien, sí resulta cierto que "la primacía de la Constitución impide hablar de una vida propia del Derecho ordinario al margen"[440]. Y no sabemos qué valoración le ha merecido a Uwe DIEDERICHSEN declaraciones del Tribunal Constitucional Federal alemán, expresivas de la ausencia de pretensión a cargo de la Constitución de "ser un orden neutral de valores, sino que

[439] Uwe DIEDERICHSEN, "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes…", *loc. cit.* en op. *cit.*, p. 236.

[440] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Editorial Cívitas, Madrid, 2010, pp. 93-94 y 95, respectivamente.

encierra, en la sección relativa a los Derechos Fundamentales, las decisiones valorativas básicas que rigen en todos los ámbitos del Derecho, y, por lo tanto, también en el Derecho Civil", y, por lo tanto, "Ningún precepto del Derecho Civil debe entrar en contradicción con los principios expresados por los Derechos Fundamentales"[441].

Dirección en la que se manifiesta con rotundidad Paolo BONAVIDES, quien, desde una apasionada defensa del principio de efectividad de los Derechos Fundamentales, recuerda su fuerza de irradiación extensible hasta el Derecho Civil, y, según él, ello hace al Derecho Privado, con todos sus institutos, convertirse en cierta manera en una provincia del Derecho Constitucional, aunque no olvida la persistencia de claras distinciones (pero no más dicotomías), entre ambas ramas jurídicas[442]. Y entre nosotros, es difícil superar la claridad respecto de este aspecto que se desprende de alguna resolución dictada por el Tribunal Constitucional, al declarar que "los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar al conjunto de la organización jurídica y política"[443].

Pretender el sostenimiento de una independencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado, es el intento desesperado por volver a la situación propia del Estado Liberal, dónde la regulación de los bienes importantes, propiedad y libertad contractual, correspondía al Derecho Privado, cuyo ordenamiento era, con carácter general, fiel reflejo del

441 BVerfGE 81, 242, (254).

442 Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional,* 31ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2016, p. 548.

443 STC 53/1985, de 11 de abril.

modelo de Sociedad burguesa, hasta el extremo de configurarse la reiterada primacía material del orden jurídico–privado[444].

4.8.5.3.5. Indudables dificultades para asumir su nueva función por parte del Derecho Privado (Civil).

Con independencia de lo reconocido hasta ahora, es difícil admitir que al Derecho Privado, de modo particular al Derecho Civil, le resulte factible abandonar fácilmente, de modo amplio, competencias y ámbitos materiales de regulación, y transferirlos sin más a favor de las disposiciones de Derechos Fundamentales y del resto de las normas constitucionales. Entre los objetivos que la Constitución persigue no se encuentra el de sustituir materialmente al Derecho Privado, pero al regular también de manera eficaz la totalidad del orden político y social en sus fundamentos esenciales, no puede negarse a disciplinar aspectos de este sector del ordenamiento, y "tiene, aun en el caso de no expresarlo textualmente que contener los principios que inspiren la jurisprudencia constitucional sobre las relaciones entre particulares"[445].

Los Derechos Fundamentales son la medida directa para comprobar la corrección constitucional de las leyes del Derecho Privado[446]. Ante ese segundo plano legislativo, la tesis de la eficacia mediata es que el contenido jurídico de estos enunciados obre a través del medio propiciado por las normas dominantes de cuño iusprivatista aplicables al litigio, tal como definitivamente también esta postura se está definiendo por los órganos judiciales para el proceso de aplicación y tocante al mismo control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, ese postulado,

---

444 Dieter GRIMM, "Grundrechte und Privatrecht in…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 361 y ss.

445 Ana POYAL CUESTA, "La eficacia de los derechos humanos frente a terceros", en *Revista de Derecho Político*, núm. 34, 1991, p. 191.

446 Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 375.

hemos de corregirlo ya en este momento a las primeras de cambio, y podría únicamente ser admitido, exclusivamente, en cuanto se trate de una esfera para la cual la Constitución ha dejado muy deliberadamente abierta la posibilidad de varias maneras de establecer la regulación de desarrollo legislativo[447].

Por ello, sostiene Ingo Wolfgang SARLET, la relación entre Constitución y Derecho Privado puede ser descrita al menos desde dos perspectivas: a) la de la Constitución en el Derecho Privado, a fin de hacer referencia a la eficacia de las disposiciones constitucionales en este último, y que se cuida principalmente de una interpretación conforme a la Constitución de las normas de Derecho Privado, así como de la incidencia de la *Norma normarum* en las relaciones jurídicas entre sujetos privados, sea a través de la concretización constitucional por los órganos legislativos, sea por medio de la interpretación y desarrollo jurisprudencial; b) la del Derecho Privado en la Constitución, conforme a la cual, habría de esclarecerse la inserción en la Norma Fundamental de instituciones originariamente procedentes del Derecho Privado, para cuyo caso, no estamos ya ante la presencia de instituciones de Derecho Privado propiamente dichas, sino frente a disposiciones y normas constitucionales.

Como consecuencia, juzga el autor inadecuado e inconveniente hablar de un Derecho Civil–Constitucional o de un Derecho Privado con *status* o jerarquía constitucional[448]. Todo ello para concluir estimando que, entre los posibles extremos de una civilización del Derecho constitucional y una constitucionalización del Derecho civil, cabe la salida de optar por seguir un posible camino intermedio, pautado en términos de "proporcionalidad y razonabilidad", evitando así los efectos

[447] *Ibídem.*, p. 375.

[448]Ingo Wolfgang SARLET, "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 19-20.

"nefastos de una lectura fundamentalista de la Constitución", especialmente por lo concerniente a los "principios y derechos fundamentales"[449].

Y por una postura aparentemente intermedia parece decantada Maria Celina BODEIN DE MORAES, si bien su artículo doctrinal lleva ya un título capaz de dejar entrever un cierto escoramiento o tono defensivo: "*A caminho de um direito civil constitucional*". Según mantiene la autora, ante tantas alteraciones producidas en ambos, el "derecho privado y el derecho público tienen modificados sus significados originarios", pues el Derecho Privado dejó de "ser el ámbito de la voluntad individual", y el Derecho Público aparece ahora inspirado no solo "en la subordinación del ciudadano". Estamos, por lo tanto, ante el fin de las dicotomías, aunque todavía sigan subsistiendo las diferencias, pero estas son meramente "cuantitativas", por existir instituciones donde, pese a prevalecer los intereses individuales, hallamos de igual modo presentes intereses de la colectividad, y, por correspondencia, ante institutos donde predominan los intereses de la Sociedad, también están fucionalizados para la realización de los intereses existenciales de los ciudadanos[450]. Aunque en un tono más centrado, siguiendo con ese camino de la inserción de los valores constitucionales en el Derecho Civil como criterio constante de control, y termine por admitir que la norma constitucional asume respecto de aquel, la función de validador de "la norma ordinaria aplicable al caso concreto", hasta "modificar, a la luz de sus valores y

[449]Ingo Wolfgang SARLET, "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 35-36.

[450] Maria Celina BODIN DE MORAES, citada por Eugênio Facchini Neto, "Reflexões histórico–evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, 3ª ed., edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 51.

principios, los institutos tradicionales" de ese ámbito jurídico específico[451].

De forma más decidida, sin embargo, Pietro PERLINGIERI reivindica como una constante, la obligación impuesta a los juristas de tomar en consideración la prioridad jerárquica de las normas constitucionales siempre que deban resolver un problema concreto, pues no se puede decidir simplemente la controversia aplicando en términos aislados el artículo de la Ley que parece contener la solución, siendo preciso atender a la relevancia para el caso de todo el ordenamiento jurídico, particularmente, de sus principios constitucionales fundamentales considerados como opciones básicas que le caracterizan[452]. Y destaca el autor la efectiva despatrimonialización del Derecho Civil, la cual ha de achacarse, fundamentalmente, al mayor relieve otorgado ahora a la persona. Por ello, la situación actual le conduce a afirmar que los intereses y derechos de naturaleza esencialmente personal, son antepuestos "a los intereses y derechos patrimoniales, lo que supone que en la jerarquía de valores la persona humana prevalece sobre el interés económico"[453]. Pues bien, tal como concluye, el Código Civil ha perdido, con toda esta panorámica nueva, la centralidad de otro tiempo, y, de este modo, la función unificadora del sistema es desempeñada "de manera cada vez más incisiva por el Texto Constitucional"[454].

4.8.5.3.6. Aceptación de la relación de complementariedad Derecho Constitucional–Derecho Privado, pero condicionada a la supremacía del primero.

[451] Maria Celina BODIN DE MORAES, "A caminho de um direito civil constitucional", en *Revista de Direito Civil*, núm. 65, 1993, p. 29.

[452] Pietro PERLINGIERI, *Profili del Diritto…*, *op. cit.*, p. 5.

[453] Pietro PERLINGIERI, citado por Eugênio Facchini Neto, "Reflexões histórico–evolutivas sobre…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 54.

[454] Pietro PERLINGIERI, *Profili del Diritto…*, *op. cit.*, p. 6.

Indudablemente, tratándose de ordenamientos democráticos, la relación existente entre Derecho Constitucional y Derecho Privado es de complementariedad y no de exclusión o de independencia, pues, se ha dicho, el significado del "Derecho Constitucional para el Derecho Privado consiste en singulares funciones de garantía, orientación e impulso", pero no es inferiormente decisiva "la trascendencia del Derecho Privado para el orden constitucional de la Ley Fundamental"[455] (lo cual nos parece, esto último, uno o dos puntos exagerado), si bien, como es natural, está siempre inmediatamente transido por las normas de Derechos Fundamentales. Esto ha sido explicitado aún más claramente en el sentido de buscar nuevos parámetros para una relectura del Derecho Civil a la luz de la Constitución, privilegiando valores, como, en particular, la Dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos sociales y la justicia distributiva[456].

Encaminados en esta sugerida dirección, al implicar el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Privado una relectura del Derecho Civil (centro del Derecho Privado) a la luz de la tabla axiológica de la Constitución, apunta ello hacia un horizonte bastante definido, toda vez implica el necesario compromiso del jurista con la eficacia jurídica y con la efectividad social de los Derechos Fundamentales[457]. Además, en los actuales momentos histórico–concretos, importantes instituciones de Derecho Privado, caso de la propiedad, matrimonio, familia, herencia, libertad contractual, o libertad de asociación (entre otras), se han transformado en instituciones jurídico–privadas amparadas en su efectividad real por la Constitución, a través de la cual, son protegidas frente a "una supresión o un vaciamiento por medio de la Ley",

[455] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, pp. 83 y 85, respectivamente.

[456] Gustavo TEPEDINO, *Temas de Direito Civil*, Renovar Editora, Rio Janeiro, 1999, p. 22.

[457] Eugênio Facchini NETO, "Reflexões histórico–evolutivas sobre…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 65.

ofreciendo, de esta manera, un "aseguramiento de los fundamentos del Derecho Privado que este, por sí mismo, no podría producir"[458]. Incluso, respecto de los considerados por algún autor tres institutos o pilares básicos del Derecho Privado, como son la familia, la propiedad y el contrato, han pasado a estar regulados, tocante a sus principios fundamentales, por la norma constitucional[459].

Así, conforme bien ha sido puesto de relieve, las garantías constitucionales consideradas, se constituyen como derechos subjetivos a competencias de Derecho Privado, una modalidad (especie) de derechos a organización y a procedimiento (género), en otras palabras, estamos ante la presencia de garantías constitutivas de derechos subjetivos a la vigencia de normas de Derecho Privado, necesarias para el ejercicio de aquello garantizado[460]. Porque, con frecuencia, únicamente un desarrollo de semejante naturaleza, propicia "el ejercicio de los derechos fundamentales, y a menudo contiene también concreciones sobre el sentido de los derechos fundamentales"[461]. Efectivamente, lo anterior es mostrado perfectamente a las claras, con las garantías "del matrimonio, de la familia, de la propiedad o de la herencia, que sin las reglas más detalladas del Derecho Privado no podrían desarrollarse ni tener efecto alguno", en fin, similarmente vale lo expresado para otras garantías como es el caso de "la libertad contractual o para la libertad de asociación, cuyo objeto, la vida y actividad de asociaciones y sociedades presupone la ordenación jurídica del Derecho Civil"[462].

---

[458] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 83.

[459] La trilogía y la regulación esencial que la afecta, en Jean CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociología del diritto senza rigore*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1997, especialmente, pp. 195 y ss.

[460] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, pp. 467-471.

[461] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, pp. 467-471.

[462] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, pp. 85-86.

De modo más sencillo, y a título ejemplificativo, situados ante la hipótesis de una carencia de normas de naturaleza jurídico–privada de desarrollo constitucional, resulta imposible el ejercicio del derecho de propiedad, o el ejercicio del derecho de herencia, o la libertad de asociación etc. Esto es, Derechos Fundamentales como la propiedad, la herencia y el derecho de asociación o el resto de los aludidos, requieren necesariamente para su efectividad plena de normas de Derecho Privado. Por consecuencia, al convertirse en constitucionalmente amparados, tales institutos jurídico–privados clásicos no van a perder su naturaleza de tal. Se produce realmente un plus cualitativo, mediante el cual, el Derecho Privado únicamente obtiene beneficio, en el bien entendido sentido, de que el Poder legislativo viene obligado a desarrollar los contenidos iusfundamentales sin disponer de capacidad para actuar con libertad sobre los mismos, hasta el extremo de hacer irreconocibles jurídicamente tales Derechos, y, mucho menos, le está autorizado suprimirlos. El Legislador se encuentra legitimado, inmediatamente, para disponer de su contenido, referente, en su caso, a llevar a cabo una necesaria restricción, pero siempre respetando el límite del contenido esencial, y aplicando el principio de proporcionalidad.

Estamos, pues, ante la presencia de supuestos demostrativos de que la hipótesis de pérdida de identidad, autonomía y función propias del Derecho Privado por causa de la aplicación directa de las normas constitucionales, se corresponde más con una imagen ideada deliberadamente que con una auténtica realidad. E igualmente pone tal mostración de relieve, la complementariedad entre ambas ramas del Derecho, habida cuenta la Constitución garantiza también adicionales "fundamentos del Derecho Privado –de nuevo aquí con la vinculación reforzada del Derecho Constitucional– en cuanto tutela la personalidad libre y autodeterminada mediante los derechos de libertad y mediante el derecho general de la personalidad (…), protección que se muestra como particularmente necesaria para dominar los nuevos modos de irrupción

en el ámbito"[463] de esta última. Por ello, no vanamente Ernst BENDA la calificara como la "cuestión constitucional esencial de nuestro tiempo"[464]. Desde la apreciación permisiva a fin de valorar el reconocimiento y respeto por parte "de la sociedad de nuestra personalidad, lo exigimos como garantía de una sociabilidad más plena", y, en ese contexto, los derechos de la personalidad "son instrumentos para la conservación de la autonomía de cada persona en sus relaciones sociales"[465].

4.8.6. La pérdida de claridad conceptual del sistema de Derecho Privado.

4.8.6.1. Planteamiento de la crítica y respuesta frente a la misma.

Vamos a ocuparnos seguidamente de la crítica dirigida hacia la pérdida de claridad, e incluso la desintegración, dentro del complejo pero decantado sistema de Derecho Privado de sus conceptos clásicos fundamentales, debido a la eventual influencia ejerciente sobre el mismo de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas intersubjetivas. La objeción fue efectuada fundamentalmente por la doctrina científica iuscivilista[466], postulado cuya procedencia resulta, en buena lógica, fácilmente inteligible de haberse realizado como se ha hecho, sin embargo, es sobre todo a partir de la adhesión a la misma de algunos constitucionalistas, cuando el

[463] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 83.

[464] Ernst BENDA, citado por Konrad Hesse, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 83.

[465] Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª ed., Revisada y puesta al día por Manuel CARRASCO DURÁN, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 286.

[466] Uwe DIEDERICHSEN, "Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht", en *Rangordnung der Gesetze*, *7. Symposion der Komission ·Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart, am 22. und 23 April 1994 (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttigen, Philologisch-Historische Klasse, Dritte Folge*, Band 210, edición de Christian Starck, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1995, pp. 38 y ss.

cuestionamiento adquiriría mayor relevancia. En este sentido, la toma de postura debida específicamente a Konrad HESSE, implicaría la adquisición de una dimensión importante para la crítica[467].

La claridad, determinación y la certeza jurídica, conforme expone el citado autor, esenciales a las normas de Derecho Privado reguladoras de las relaciones intersubjetivas, quedan sensiblemente comprometidas, y ello es acentuado por las especificidades de las colisiones frecuentes entre Derechos Fundamentales, ya que, en un conflicto jurídico producido entre sujetos privados, todos los partícipes están protegidos como titulares correspondientes de estos Derechos[468].

Así las cosas, dentro de una controversia de este carácter, los operadores de Derecho Privado, de manera particular los órganos jurisdiccionales ordinarios, se encuentran ante una tarea sensiblemente difícil e inicialmente extraña, como es la de definir el alcance y las consecuencias que debe tener la aplicación de las disposiciones iusfundamentales a los respectivos particulares intervinientes en la relación jurídico–privada. Operación llevada a cabo a través de la ponderación o el equilibrio de las disposiciones de esa naturaleza que entran en consideración para el caso y colisionan entre sí[469]. Y sabido es que, este tipo de tarea, resulta difícil de compaginar con la reservada hasta tiempos recientes al Derecho Privado por el Estado de Derecho (Legal), como era la de posibilitar la concretización de las relaciones intersubjetivas a través de reglas claras, detalladas y de contornos bien definidos, en tanto los preceptos constitucionales encargados de llevar a

[467] Entre otros momentos, Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, pp. 59 y ss. También destacadamente la crítica debida a Wolfgang RÜFNER, "Drittwirkung der Grundrechte: Versuch einer Bilanz", en *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, edición de Peter Selmer / Ingo von München, Walter de Gruyter Verlag, Berlin–New York, 1987, pp. 220 y ss.

[468] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, pp. 60-61.

[469] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 60.

cabo la consagración de los Derechos Fundamentales, por su textura abierta y carácter abstracto y fragmentario, impiden, desde luego, el fácil desenvolvimiento correcto de ese quehacer[470].

La tarea del juez civil, mercantil o laboral, ha escrito asimismo Hans–Uwe ERICHSEN, está llamada a consistir únicamente "en tener en cuenta las decisiones básicas relativas a los Derechos Fundamentes por medio de los conceptos indeterminados y de las cláusulas generales del Derecho común, o en resolver las cuestiones que el Legislador ha dejado abiertas, a través del desarrollo judicial del Derecho"[471]. (La respuesta a esta objeción se ha de hacer conjuntamente con buena parte de las dadas a la planteada en el siguiente epígrafe, a las que en parte nos permitimos remitirnos).

Con todo, la intención que encierra en sí misma esta crítica, no sabemos si es del todo sincera, si se nos permite decirlo, o trata simplemente de rechazar la teoría de la eficacia inmediata valiéndose del procedimiento que sea, por cuanto la vemos centrada, con carácter exclusivo, en la textura de acuerdo a la cual son articuladas las disposiciones de Derechos Fundamentales, que, con suma asiduidad, resultan ser ambiguas, abiertas e inconcretas. En atención a ello, es cierto que la interpretación y la aplicación de tales normas, son objeto muy frecuentemente –casi siempre– de delicadas operaciones ponderativas realizadas a base del análisis de principios iusfundamentales que chocan. Por consiguiente, se argumentará que, debido a esas características, la aplicación inmediata de disposiciones de Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, sufre del riesgo de desatender a las mentadas exigencias de claridad, previsibilidad y certeza jurídica, caracteres tan apreciados desde el ámbito del Derecho

[470] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 63.

[471] Hans–Uwe ERICHSEN, "Die Drittwirkung der Grundrechte", en *Juristische Ausbildung,* 10, 1996, p. 531.

Privado. En todo caso, y ello podemos admitirlo, el hecho de que los enunciados lingüísticos canalizadores de las disposiciones de Derechos Fundamentales planten sus pies sobre el escenario jurídico en términos semánticamente abiertos e indeterminados, además de caracterizarse por su cuño principiológico, es totalmente verídico.

Ahora bien, no obstante lo anterior, desde la otra parte o lado de la oración, no resulta menos cierto que las cláusulas generales de Derecho Privado, en atención a su propia esencia y estructura, igualmente hacen su aparición mediante enunciados legislativos que muestran bien a las claras un muy alto grado de inconcreción, así como elevada complejidad hermenéutica a la hora de proceder a su concretización. Y, si los Derechos Fundamentales a pesar de la indeterminación de las normas que los consagran[472], vinculan de modo inmediato a los poderes públicos en todas sus manifestaciones, generando derechos subjetivos a favor de los particulares, no acertamos nuevamente a comprender por qué motivo dentro del ámbito de las relaciones jurídicas privadas, tal abertura e indeterminación, por sí solas, pueden ser consideradas sin embargo impeditivas de una eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales. Es más, tal concepción llevada al extremo como frecuentemente termina por hacerse, acabaría por negar el reconocimiento de los Derechos Fundamentales como derechos subjetivos oponibles entre los particulares con independencia de la variante empleada[473].

4.8.6.2. ¿Tan cualificada precisión conceptual es propia de las cláusulas generales y de los principios jurídicos indeterminados?

[472] Así es reconocido por Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*…, *op. cit.*, p. 129.

[473] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 144.

A partir de la consideración respecto de los caracteres semánticos, estructurales y dogmáticos, las cláusulas generales de Derecho Privado tienen una estructura tan genérica e indeterminada –incluso superior– como la presentada por las normas de carácter iusfundamental. En concreto, estas últimas, son formuladas, de ordinario, admite Walter LEISNER, "de un modo muy general y absoluto que, prescindiendo de pocas excepciones, no explicitan nada ellas mismas, ni sobre los supuestos de su aplicación, ni acerca de las consecuencias jurídicas", lo cual es instrumentalizado por los detractores de la eficacia inmediata para, tomando como valor absoluto su generalidad, mantener posturas que han "conducido siempre a la concepción que [ellas] o habrían de irrumpir destructivamente en las relaciones jurídicas (privadas) o que estarían carentes de contenido"[474].

En este sentido, la dificultad inherente a las concretizaciones realizadas por el Legislador en aras a la interpretación, y más tarde a la aplicación, son perfectamente detectables sea relativo a las disposiciones de Derechos Fundamentales, sea en orden al esclarecimiento del sentido y alcance de las cláusulas generales, si bien, a nuestro juicio, con independencia de lo propugnado al respecto, lo que no puede afirmarse el superior grado de complejidad de las primeras comparando con el alcanzado por las segundas.

Por añadidura, desde nuestra literatura jurídica, se ha expresado que "las cláusulas generales constituyen auténticas «normas de delegación» al juez por parte del legislador para que aquel «componga» la norma concreta aplicable al caso, de forma que la tarea de los jueces no se limita a la interpretación legal en sentido estricto, sino que, mediante un proceso de «concretación», ha de ir construyendo normas más

[474] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, p. 354.

específicas que sean susceptibles de aplicación al caso concreto"[475]. A su vez, mantiene Stefano RODOTÀ, la incorporación de una cláusula general a través de "una norma produce como principal efecto la apertura del supuesto de hecho, que no aparece definido de manera exhaustiva, lo que exige del juez una labor de concreción y, en su caso, de reconocimiento de los valores que se pretenden introducir en el ordenamiento a través de aquella"[476]. Con lo cual, la puerta entreabierta a la arbitrariedad judicial que se critica de la tesis de la eficacia directa, se convierte por esta vía del recurso a las cláusulas generales en una puerta totalmente abierta de par en par, pues estamos reforzando sin disimulo alguno, el protagonismo de los órganos judiciales en la operación de concretización.

A nuestro modo de ver, el argumento de que tocante a las cláusulas generales disponemos de una acumulación teórica y dogmática superior, por ser haber sido objeto de un análisis y una construcción más sedimentada a partir de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, es una forma de argumentar, de nuevo, francamente insuficiente. Con todo, no vamos a negar que quizá sea posible reducir en cierto modo la ambigüedad conceptual de las cláusulas generales en virtud a la existencia de una tradición consolidada tocante a su empleo, pero no resulta en inferior medida posible afirmar que lo mismo sucede con el uso reiterado del principio de proporcionalidad, y operando aquí sobre una base teórica más acertada.

Así, por ejemplo Claus–Wilhelm CANARIS, por medio de un texto dedicado a cuestionar la posibilidad de una axiomatización deductiva del Derecho, hace referencia desde el mismo a las cláusulas generales, respecto de las cuales, expresa constituyen una clase de normas que, *a*

[475] Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 75.

[476] Stefano RODOTÀ, citado por Rafael Naranjo de la Cruz, *Los límites de los derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 177, nota núm. 48.

priori, resultan ser de imposible dogmatización. Más concretamente, argumenta como sigue: "en estricta conexión con esta crítica está, finalmente, el hecho de que la ley comprende una porción de cláusulas generales carentes de influencia mediante valores, tales como la buena fe, las buenas costumbres, la exigibilidad o cuidado necesario en el tráfico, etc. En estas, la concretización de valoración y la formación de proposiciones jurídicas solo pueden operar ante el caso concreto o en frente de grupos de casos considerados como típicos; semejantes normas son, así, de antemano, de dogmatización inviable" y, en virtud de ello mismo, "el sentido de las cláusulas generales es variable, fluido y complejo"[477]. De ahí la falta de comprensión mostrada a cargo del autor, acerca de por qué los Derechos Fundamentales han de actuar en el Derecho Privado prácticamente solo a través de los conceptos jurídicos indeterminados y de las cláusulas generales, cuando también existen normas que contienen supuestos de hecho claros y pueden servir para la efectividad de los mismos, así como tampoco consta nunca anticipadamente, nos dice, la existencia ante el caso planteado de una cláusula general adecuada al mismo[478].

Sin embargo, aparentemente algo más benévolo y comprensivo nos parece mostrase en otra de sus obras, pero sin ocultar dificultades, en la cual puede leerse: "la ley contiene toda una amalgama de cláusulas generales «necesitadas de complemento valorativo», como buena fe, buenas costumbres, exigibilidad, cuidado exigible en el tráfico etc. En estos casos, la concreción de la valoración y la formación de enunciados jurídicos solo pueden derivar en atención al caso concreto o a determinados grupos de casos que en el transcurso de la evolución histórica se han decantado como típicos, y tales normas no son, por ello, en modo alguno susceptibles de axiomatización. Pero el tránsito entre

[477] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 228 y ss.

[478] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 223.

tales cláusulas necesitadas de complemento valorativo y los demás preceptos es fluido, y a fin de cuentas puede decirse que casi todas las disposiciones legales necesitan en un sentido o en otro una concreción dependiente de valoraciones. Esa complejidad y variabilidad del sentido se opone, por tanto, a la axiomatización"[479]. Y más adelante añade: las cláusulas generales "están «necesitadas de relleno valorativo», como las remisiones a las buenas costumbres o a la buena fe, en las cuales la ley misma deja espacio para la penetración de valoraciones extralegales y necesariamente cambiantes"[480].

Acontece entonces que el paso de tales cláusulas carentes de infiltración con valoraciones para las demás disposiciones es enteramente fluido, pudiendo por lo mismo decirse que todas las determinaciones de la ley carecen, en una o en otra dirección, de concretización valorativa"[481].

Centrada la crítica en el rechazo de la teoría de la eficacia mediata, es contundente y acertada la toma de postura de Giorgio LOMBARDI, de acuerdo con la cual, resulta ser claro que, "en el límite", la tesis "volcada a reconocer en las cláusulas generales el vehículo para la *Drittwirkung* quizá no sea sino un aspecto –particularmente cualificado– de negación de la *Drittwirkung* misma". E incluso adiciona para remachar esta consideración que "si las cláusulas privatísticas representan no solamente condición suficiente, pero igualmente necesaria, para que los Derechos fundamentales puedan incidir en el Derecho privado, no será la norma constitucional capaz de encontrar directa aplicación (y propiamente esta es, al revés, la característica esencial de la *Drittwirkung*), pues solo operará en la medida en que la norma

[479] Claus–Wilhelm CANARIS, *El sistema en la…*, *op. cit.*, p. 37.

[480] Claus–Wilhelm CANARIS, *El sistema en la…*, *op. cit.*, p. 82.

[481] Claus–Wilhelm CANARIS, *El sistema en la…*, *op. cit.*, p. 84.

privatística sea tal a representar canal formal idóneo para este fin. En último análisis, por ello, el problema de la *Drittwirkung* pierde, en esos términos, toda directa relevancia como autónomo problema de operatividad de las garantías constitucionales"[482].

A nuestro Pedro DE VEGA, le resultaría de fácil constatación, referido a las propias cláusulas generales, constatar el hecho de que ni "pueden convertirse tan fácilmente en un potencial y enigmático sistema de derechos sin trastocar su significado, ni tiene sentido plantear solo a través de la legislación ordinaria la eficacia de los valores y derechos constitucionales", pues, como también es evidente, se llega a la misma desvirtualización de las cláusulas generales desde la consideración de que "su contenido puede nutrirse con los derechos fundamentales, habida cuenta que no se tratan de normas en blanco, susceptibles de remisión a otro tipo de normas o conceptos jurídicos, sino que a lo que hacen referencia es a supuestos y principios sociales incapaces de cristalizar en normas"[483]. Supuestos y principios cuyos enunciados, sin embargo, para la teoría de la eficacia mediata, deberán ser integrados por medio de los contenidos valorativos propios de las normas de Derechos Fundamentales[484].

Relativo a los hechos previstos en las mismas, por su propia naturaleza, las cláusulas generales establecen límites de carácter fluido, móvil, mas, en ningún caso de carácter fijo, lo cual propicia que el análisis efectuado sobre el contenido de esta técnica legislativa ponga de relieve importantes problemas cuya respuesta se ha de dar desde la

---

[482] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…*, *op. cit.*, p. 66.

[483] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 272.

[484] La postura crítica acerca del empleo de las cláusulas generales como vía susceptible de canalización del orden de valores integrante del contenido de los Derechos Fundamentales, puede verse en Franz GAMILLSCHEG, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Duncker und Humblot Verlag, Berlin, 1989, pp. 82 y ss.

Teoría del Derecho y la Dogmática jurídica, de manera particular, cuestiones remisivas a la Teoría de las fuentes del Derecho y a la Metodología jurídica. A mayor abundamiento, las cláusulas generales, de carecerse de rigor analítico, sin entrar ahora a discutir su legalidad, llegan erróneamente a ser identificadas con suma facilidad a modo de otras formas de producción legislativa, caso de los conceptos jurídicos indeterminados y los principios jurídicos[485]. En fin, la falta de atención prestada por la cláusulas generales a su conexión con la justicia o la ley, más bien la desconexión de ambas, fue magistralmente puesta de relieve entre nosotros por Federico DE CASTRO, además de las dificultades planteadas desde la perspectiva de la contratación, su "misma forma objetiva y abstracta de redacción", causa innegable de inseguridades para las partes más débiles de los contratos, generalmente individuos, y recuerda la exigencia planteada a la doctrina, "como tarea obligada, encontrar la manera de interpretar el Derecho vigente de modo que concuerde con el sentimiento general de justicia"[486].

A diferencia de lo que una primera impresión pudiera producir lo expresado por nosotros, no hemos pretendido realizar una descalificación *a radice* de estas previsiones normativas atendiendo a las características presentadas, y las cuales se ha terminado brevemente de aludir, pues también vamos a reconocer los aspectos positivos jurídicamente exhibidos, tales como la búsqueda a su través de la verdad, la indeterminación, la variabilidad y la fluidez, constitutivos, asimismo, decimos, de su propia idiosincrasia jurídica. Rasgos que, desde otro punto de vista, las hacen apropiadas al objeto de dotar de la abertura y la movilidad necesarias, con el fin de beneficiar la evolución del orden

[485] De ahí que Hans–Carl NIPPERDEY expusiera que este tipo de mediación más que aportar claridad, a buen seguro conduciría a errores, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 751.

[486] Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, reimpresión de la 2ª edición de 1985, Editorial Cívitas, Cítur Menor, 2016, 54-56.

jurídico–privado, no sin importantes esfuerzos hermenéuticos a efectuar. Así, por ejemplo, la aludida movilidad, ha sido comprendida reparando al efecto desde un doble miramiento: a) consideradas a partir de un punto de vista interno al ordenamiento, favorecen el retorno al caso, dialécticamente considerado, de otras disposiciones también internas del sistema; b) desde una contemplación externa al orden jurídico, posibilitan el ensanchamiento del sistema normativo en orden a la incorporación a este de valores extrajurídicos, vale afirmar, operan como puertas de penetración al propósito de que las normas, valores sociales así como morales, reconocidos en el seno de la comunidad, se integren legítimamente dentro del ordenamiento; sin embargo, es bastante fácil que semejante procedimiento no arroje claridad, sino, más bien, tenderá a ser propicio cara a la corriente perpetración de errores hermenéuticos[487].

Autores considerados tan clásicos para la materia, caso de Karl LARENZ y Manfred WOLF, relacionan bien a las claras la cláusula general de las buenas costumbres con los Derechos Fundamentales, pero mantienen que el contenido de esta, es determinado por medio de principios ético–jurídicos y ético-sociales. Los primeros, como criterios teleológico–objetivos de interpretación, en cuanto ideas jurídicas materiales, son conformados por medio de valores y principios inmanentes al ordenamiento, en la medida en que a estos últimos principios pertenecen, sobre manera, los valores incorporados a los Derechos Fundamentales. Así, a través del § 138 BGB –referido a las buenas costumbres– hallamos una disposición mediante la cual el supremo orden de valores objetivo es susceptible de acceder al Derecho Privado, pero son reglas de carácter muy general bajo las cuales pudieran subsumirse hechos, pues, sin excepción deben ser concretizadas,

[487] Acerca de esta preocupación ya se manifestaría Hans-Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 751.

operación cualquier cosa menos fácil. Los principios ético–sociales, por su parte, resultan inferidos de los conceptos de valor colectivos indispensables para el tráfico social y económico, esto es, "pautas normales de comportamiento social concreto, aceptadas en la realidad social"[488]. Ahora bien, al desplegar su tarea cara a la ejecución de la actividad concretizante, el trabajador del Derecho habrá de otorgar primacía a los principios ético–jurídicos, dado la medida en que los órganos judiciales están vinculados, en primera posición, al Derecho y a la Ley, cuya aspiración es la justicia[489].

Para terminar, dos apuntes finales. El primero viene referido al hecho poco discutido, respecto de que las cláusulas generales propias de las leyes mercantiles, son propicias a una superior capacidad al efecto de su dogmatización, frente a las superiores dificultades presentadas por las cláusulas generales características del Derecho Civil; no obstante, las dificultades, como trataremos de reflejar casi siempre son notorias.

Pongamos un ejemplo, mediante el cual vamos a centrarnos en el concepto de cláusula abusiva, tomando como referencia para ello, la protección de los consumidores, según previsión de la Directiva 93/13/CEE, y referida a cualesquiera cláusulas no negociadas para los contratos celebrados entre empresarios. Efectivamente, ni el genuino control de contenido de las cláusulas propio de ese régimen legal, ni el nuevo control de transparencia de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, configurado por la STS de 9 de mayo de 2013, pueden aplicarse a las cláusulas predispuestas y no negociadas en contratos entre empresarios. Resultaban de aplicación a estas, las reglas generales de la contratación negociada recogidas por los Códigos Civil y Mercantil, un control de incorporación o inclusión, perfilado por la

[488] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia…*, *op. cit.*, p. 455.

[489] Karl LARENZ–Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil…*, *op. cit.*, p. 736.

jurisprudencia española en términos muy restrictivos, por contraste con la ampliación efectuada durante los últimos años, respondiendo a la finalidad de defensa de los consumidores mediante un genuino control de transparencia. No obstante, recuerda la doctrina mercantilista, la presencia en nuestro ordenamiento de leyes especiales y normas de rango inferior, permisivas de genuinos controles de los contratos empresariales, mediante la adopción de una categoría *ad hoc* de abusividad para concretas relaciones jurídicas desarrolladas entre los mismos; ora, a través de una imperativa o prohibitiva, asimilable o no al control propio de las cláusulas abusivas, se aplicara a cualesquiera relaciones jurídicas.

Concretamente, el Legislador español al transponer la citada Directiva 93/13 sobre *cláusulas abusivas, realizada* mediante la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984), se valió de la ocasión para aprobar una Ley especial reguladora de las *condiciones generales de la contratación* (Ley 7/1998), que cumpliera con la transposición de la Directiva[490]. Pues bien, la *Exposición de*

[490] Esta estructura normativa es:

El régimen de las cláusulas abusivas (derivado de la Directiva 93/13) se establece en los 80-92 TR-LGDCU (Texto Refundido de la LGDCU aprobado por Decreto Legislativo 1/2007). Su ámbito de aplicación subjetivo se restringe exclusivamente a las relaciones entre empresarios y consumidores (art. 2 TR-LGDCU). Aunque la definición legal de "consumidor" ha contado con hasta tres versiones (1984, 2007 y 2014) y ha cambiado desde la idea del "destinatario final" de los bienes y servicios a la noción propia de las Directivas de "actuar con un propósito ajeno a su actividad comercial", sigue siendo una definición que excluye aplicar ese régimen tuitivo a empresarios o profesionales que actúen al adherirse a contratos predispuestos dentro de una actividad empresarial. La peculiaridad española de extender la misma protección, a "las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial", considerándolas también "consumidores" (art. 3 TR-LGDCU) no altera la anterior conclusión, que cobra especial trascendencia en cuanto a la exclusión del control de contenido de los contratos entre empresarios.

El régimen diseñado por la LCGC de 1998 para las condiciones generales de la contratación se aplica tanto para contratos de consumo (B2C) como para contratos entre empresarios (B2B), esto es, cualquier adherente (art. 2.3) y, en sustancia, se ciñe al control de incorporación o inclusión (que exista "posibilidad real" de conocer las condiciones generales "y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez") y a la interpretación de las cláusulas predispuestas e impuestas

Motivos de la LCGC de 1998, ratifica expresamente ese entendimiento en varios pasajes del articulado, pero incorporaría un párrafo confuso, que dio lugar a la comprensión lícita de un control de contenido prácticamente similar al de abusividad, por referencia a los mentados contratos firmados entre empresarios. Postularían así sectores doctrinales y jurisprudenciales que, partiendo de la citada Exposición de Motivos y redactada en sentido abierto por del preámbulo de la Ley, carece luego de respaldo alguno a lo largo del articulado, la licitud de tal tipo de control. Pues bien, a la postre, el parágrafo 8 de la Exposición de Motivos de la LCGC, terminaría siendo naturalmente polémico, y hasta podemos decir de singular relieve. El parágrafo, contiene la siguiente declaración: "*Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante.* Pero tal concepto se sujetará a las *normas generales de nulidad contractual.* Es decir, nada impide que *también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios.* Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas".

De este modo, el párrafo ha dado lugar a interpretaciones doctrinales muy variadas, y es prácticamente el único permisivo de algún tipo de enganche para los órganos judiciales, siempre en escaso número,

incorporadas a una pluralidad de contratos. También se establecen en esta norma las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales.

El fundamental artículo en orden a la separación de los distintos controles dispuesto por la LCGC, esto es, el material o de contenido establecido por el TR-LGDCU, del formal o de incorporación, atendiendo a si estamos ante un contrato de consumo o no los estamos, es el "nulidad" contenida en el 8 LCGC. Precepto, que prevé tal régimen, cuando no se cumplan los requisitos de "incorporación" establecidos por el artículo 7, esto es, el de "incorporación.

Por medio de separación entre nulidad y no incorporación, la Ley deja claro que la nulidad de una cláusula por abusiva de acuerdo con lo que establezca la Ley de consumidores, resulta imposible de declarar cuando ninguna de las partes del contrato es un consumidor, sino que ambos son empresarios: "*el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores*".

cuando han pretendido extender el concepto y el ámbito de las cláusulas abusivas, propio de la defensa de los consumidores, a los contratos celebrados entre empresarios.

Esto venía comprendiéndose así casi hace un año, en lo conocido por nosotros, vale decir, hasta el dictado de la STS por el Pleno del Tribunal, de 3 de junio de 2016. Pues bien, esta decisión, arrancaría de la premisa consistente en identificar la falta de transparencia con el carácter abusivo inmediato, en vez de reconducir este control al de incorporación, y, a partir de ahí, ha concluido negando la extensión del concepto y control de las cláusulas abusivas en la función de defensa de los consumidores, a los contratos celebrados entre empresarios. Concretamente, dirá el Tribunal Supremo: "*este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (…) precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.*

Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre el respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones, para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado no se trata de una laguna legal que haya de suplirse mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en

materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores"[491].

Segundo y último apunte, mucho más brevemente expresado. Los principios ético–sociales que encarnan las cláusulas generales, pueden efectivamente coincidir con el contenido valorativo de los Derechos Fundamentales, pero, por la misma naturaleza de las cosas, esto no va a ocurrir siempre, ni si quiera con habitualidad. Otra cosa distinta es que los Derechos Fundamentales, precisamente el orden objetivo de valores supremo del ordenamiento jurídico, deban desplegar sus efectos a través de las cláusulas generales como pretende, y dice lograr, la teoría de la eficacia mediata, lo cual dudamos contundentemente sea tomarse los Derechos Fundamentales con la seriedad requerida a día de hoy, al menos, todo lo rigurosamente factible.

4.8.7. La presunta afectación del principio de seguridad jurídica.

4.8.7.1. Concreción de la posición crítica al efecto.

Enmarcada dentro de esta misma perspectiva crítica, desde la teoría de la eficacia indirecta se cuestiona a la tesis de la eficacia inmediata, invocando, a tal finalidad, un mejor respeto por la primera del principio de seguridad jurídica, que recordemos ya de entrada no constituye un fin

[491] Y la Sentencia de 20 de enero de 2017, explana: la "Conexión entre transparencia material y abusividad que ha sido resaltada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), al decir en su parágrafo 49 que: «el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13». Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. 4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un tertium genus que no ha sido establecido legislativamente, porque no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.

o valor en sí mismo sino un instrumento a favor de la realización del orden y la paz social; desde luego, no de cualquier ordenación coyunturalmente beneficiosa para un individuo o grupo social particular, pues en un Estado Social de Derecho ha de tratarse de una reglamentación orientada a la justicia social comprendida como bien común. Con lo cual, la tensión inmanente a la relación seguridad jurídica–justicia material (social) hace su aparición, y la eventual colisión únicamente podrá ser resuelta, otra vez más, mediante la ponderación de las posiciones enfrentadas[492].

Es lo cierto que, ese potencial resquebrajamiento del principio de seguridad jurídica delatado, viene usándose como un argumento *ex abundantia*, cara a inadmitir la eficacia directa de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados, además de que, en caso contrario y, como lógica consecuencia, va a sostenerse la necesidad de dispensar a los órganos judiciales la debida competencia en orden a proceder a la ponderación de Derechos Fundamentales y bienes constitucionalmente reconocidos cuando sea menester, por carecer el supuesto de una regulación específica establecida a través de la acción del Legislador[493]. Sin embargo, hemos de insistir, tampoco en ocasión alguna patrocina la *Drittwirkung* inmediata el incremento de las funciones de los órganos judiciales sustrayendo, a su favor, poderes del Legislador, por la sencilla razón de que la Constitución lo impide, y queda ello lejos de la lógica consustancial a la eficacia inmediata.

Sostiene la teoría mediata, con algunos argumentos en parte similares a los empleados para construir la objeción vista en el epígrafe anterior, que el problema provocado y relativo al principio de seguridad

[492] João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso…*, *op. cit.*, p. 56.

[493] Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 560 y ss.

jurídica, se concreta en la incompatibilidad incontrovertible entre los principios constitucionales indeterminados, como son las normas iusfundamentales, y el requisito de disposiciones claras y precisas requeridas por las trazas regulativas del ámbito del Derecho Privado.

Articulado de otro modo, bajo este prisma bosquejado, cobra un nuevo cuestionamiento la teoría de la eficacia inmediata, a causa del expresado sobresalto acerca de que la misma aboca a una tesitura altamente generadora de inseguridad jurídica, por cuanto conduce a la decisión de conflictos privados mediante el empleo en su fundamentación de principios constitucionales abiertos y abstractos, concretización que ofrece, para multitud de supuestos, un resultado escasamente previsible, y, de manera, rompe con la presuposición y la calculabilidad hechas con tiempo por el ciudadano acerca de la influencia del Derecho en su comportamiento individual. Por el contrario, la función del Derecho Privado es respetada en mayor medida, cuando los Derechos Fundamentales, canalizados normalmente por medio de textos lingüísticos abiertos e imprecisos, son proyectados para las relaciones entre actores no estatales a través de la mediación del Poder legislativo, en primer lugar, y, subsidiariamente, del Poder judicial. Vale decir, mediante el empleo de las normas y de los textos de Derecho Privado, así como a través de los parámetros interpretativos y aplicativos, consolidados casi secularmente (o) en ese mismo sector del ordenamiento. Pues bien, al Derecho Privado, señala Konrad HESSE, "que hasta ahora determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; este tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste solo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados, cuyo significado para el caso concreto siempre será de más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del Derecho Privado: la claridad y la certeza jurídicas, necesarias justamente para el tráfico

jurídico-privado, resultan afectadas de modo no irrelevante. La falta de claridad se incrementa por la peculiaridad de la constelación de los derechos fundamentales"[494].

4.8.7.2. Réplica–rechazo de formulación crítica construida.

La objeción planteada mediante la forma antecedente de argumentar, de cualquier modo, tampoco alcanzamos a sopesarla de carácter estimable. De una parte, si los Derechos Fundamentales vinculan de modo inmediato a los poderes públicos en todas sus actuaciones, generando derechos públicos subjetivos constitucionalizados a favor de los sujetos privados, con independencia de la indeterminación así como del carácter abstracto y abierto de los textos normativos positivizados que sirven para su establecimiento, se nos muestra bien difícil la intelección de por qué en el ámbito de las relaciones jurídicas desarrolladas exclusivamente *ínter privatos*, tal abertura y falta de concreción tienden a ser, o sencillamente son, impeditivas de una eficacia inmediata, y sin embargo no obran así para los supuestos de relaciones jurídicas ciudadano–Estado[495]. Walter LEISNER ha recordado que el Tribunal Constitucional Federal alemán, en ningún caso ha mostrado su contrariedad frente a las cláusulas generales, sirviéndose como argumento de la inseguridad jurídica[496]. Es más, el propio autor previamente invocado ampara la consideración de que la naturaleza de cláusula más o menos genérica inherente a las

[494] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, pp. 59-60.

[495] En este sentido, Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 144. Entre nosotros, un convencido defensor de la eficacia mediata, caso de Pedro Cruz VILLALÓN, ha considerado que "el inconveniente de esta opción, sin embargo, es fácil de prever: inseguridad jurídica en una materia de lenta y variada materialización jurisprudencial", "Derechos Fundamentales…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 231.

[496] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, p. 354.

normas garantes de los Derechos Fundamentales, no puede resultar obstativo en orden a la irradiación inmediata de sus efectos al sector del Derecho Privado, habida cuenta, adicionalmente, el habitual sostenimiento para esta rama del ordenamiento jurídico, de la tesis acerca de que, por medio de disposiciones normativas específicas, resulta imposible ofrecer una respuesta adecuada a toda la variedad imaginable de relaciones sociales planteadas en el marco del actual Estado Social. Ante lo cual, es a través de la concretización de cláusulas generales como se abre la posibilidad de establecer adecuadas diferenciaciones legales que permitan concluir soluciones correctas para los casos controvertidos[497].

De otra parte, ya lo hemos dicho más arriba, el grado de indeterminación de los preceptos mediante los cuales se constitucionalizan los Derechos Fundamentales, no supera por su calado a este respecto, al proveniente del empleo de cláusulas generales, de conceptos indeterminados y de un derecho general de la personalidad propios todos del sector iusprivatista[498], resultando que, a tenor de lo expuesto, los Derechos Fundamentales son utilizados por demás a fin de llevar a cabo la concretización del citado derecho general de la personalidad[499]. Entre nosotros, a propósito por ejemplo de la cláusula de buena fe, se ha podido concluir con la estimación de que, el mandato impositivo obligando a observar un comportamiento "de acuerdo con los criterios valorativos de la buena fe, no impide, sin embargo, apreciar la considerable apertura e indeterminación que este término presenta", ante lo cual, resulta imposible definir "de una vez por todas el concepto de «buena fe», sino que una decisión acerca de lo que el mismo implica solo

[497] Walter LEISNER, *ibídem*, p. 354.

[498] Paulo MOTA PINTO, "O direito ao libre desenvolvimento…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 180, quien considera que los Derechos de la personalidad son también, en su gran mayoría, Derechos Fundamentales.

[499] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, p. 396.

puede adoptarse en íntima conexión con el caso concreto que se pretende solventar en Derecho"[500]. Y para Luis DÍEZ –PICAZO Y PONCE DE LEÓN, el empleo de la "buena fe" como cauce permisivo para la incorporación de "un Derecho judicial que supone una desviación o ruptura del Derecho legal o legislado", plantea numerosas "dudas desde el punto de vista constitucional, sobre todo cuando la constitución política se funda en el viejo principio de la división de poderes y cuando al sistema judicial se le encomienda como tarea el aplicar y ejecutar las leyes"[501].

A tenor de todo lo expresado más arriba, podemos ir acercándonos hacia la valoración, mediante el manifiesto de que uno de los frecuentes argumentos empleados a fin de justificar la teoría de la eficacia mediata y, al mismo tiempo, descalificar la *Drittwirkung* directa, arranca de la premisa relativa a que, con carácter general, las normas de Derecho Privado respetan con superior calificación el principio de seguridad jurídica, por ser más claras, específicas y detalladas, permitiendo que su aplicación dependa, tendencialmente, de operaciones de subsunción, y en muy inferior medida de ponderaciones. No obstante lo cual, ya hemos insinuado que este argumento nos parece débil, y más aún si nos planteamos la siguiente interrogación desde el mismo terreno de la seguridad jurídica, y es que la teoría de la eficacia mediata, se mire como se mire, ha de responder cuál es el beneficio obtenido a través de postergar la aplicación directa de las disposiciones de Derechos Fundamentales en favor de la aplicación de las cláusulas generales de Derecho Privado, concretizadas, precisamente, a base del contenido objetivo–valorativo de aquellos. Y todo lo previo, dentro del contexto de la Constitución normativa, fuente directa de Derecho y norma inmediatamente aplicable, de cuyo contenido forman parte esencial los

[500] Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 252.

[501] Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "Prólogo", a *El principio general de la buena fe de Franz Wieacker*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, p. 17.

Derechos Fundamentales que, como consecuencia, ya no podrán ser meros cánones o reglas de interpretación, sino normas directamente aplicables perfectamente válidas para la imposición de mandatos, permisiones o prohibiciones en toda relación jurídica, con independencia de su naturaleza, esto es, vigentes y eficaces en su condición de "fundamentos inmediatos de derechos y obligaciones"[502].

Vistas las cosas a partir de la manera de razonar precedente, esta especie de contra-crítica que terminamos de reproducir, persigue el objetivo de poner en brete el modo de argumentar, conforme al cual, la eficacia de las normas iusfundamentales para el tráfico jurídico entre particulares lograda a través de la "concretización iusfundamental" o "concretización axiofundamental" de las cláusulas generales de Derecho Privado, es más respetuosa con el principio de seguridad jurídica de lo que viene ser la aplicación directa de las disposiciones de Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas. Y es que, como bien ha expresado entre nosotros Cristóbal MOLINA NAVARRETE, la eficacia mediata a lo que conduce, realmente, es a una "inaceptable escisión" normativa en el seno del ordenamiento jurídico[503]. De otra parte, con independencia de la gran importancia del principio de seguridad jurídica para el Estado material de Derecho, que en correspondencia a la definición de nuestro Estado como Social, constitucionaliza el artículo 9.3 de la *norma normarum*, tampoco resulta de gran conveniencia caer en exageraciones, no se tenga que dar el giro a lo Gustav RADBRUCH, con la finalidad de recuperar la justicia material y su importancia por encima

[502] Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, p. 376.

[503] Cristóbal MOLINA NAVARRETE, "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. (El paradigma de la «Drittwirkung» laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional), en *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 3, 1991, pp. 63 y ss, especialmente p. 77; sostendrá el autor que el Derecho Privado, al integrarse en ese "todo unitario que es el ordenamiento jurídico, ya no puede entenderse inmune, en ninguna de sus ramas ni de sus instituciones (…) a la acción conformadora de los principios y derechos constitucionales, especialmente de los derechos fundamentales", *ibídem*, p. 66.

de la seguridad jurídica[504]. Hipóstasis bien difícil que ha hecho en cierta medida nuestro Tribunal Constitucional a través de la definición cumulativa de la misma, la cual, para la doctrina inicial emanada de este órgano, quien parte de la premisa mediante la cual dejar sentada su concepción acerca de que los principios constitucionales de irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, así como el resta de lo constitucionalidad por el artículo 9.3 de la C.E., no son susceptibles de comprenderse como compartimentos estancos, toda vez, "cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho"; y, seguidamente, se siente en condiciones de mantener: "puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos primeros, no hubiera precisado ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios", y añade, en lo que seguramente es lo más relevante de todo, equilibrada de suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad"[505]; al margen de que, como veremos de inmediato, el mismo Tribunal Constitucional parece echar bastante en saco roto esta premisa, fundamentalmente al ocuparse de definirla cuándo termina materializándose su vulneración en la realidad. De ahí que, haya expuesto asimismo, más acertada y sintéticamente, que la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 del texto de 1978, "con fórmula obligadamente esquemática", equivale "a certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente

[504] Bien analizado el "giro" por Stanley PAULSON, "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, núm. 4, 1995, pp. 493 y ss. Y el propio Gustav RADBRUCH en varios momentos, por ejemplo, "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", en *Relativismo y derecho*, Editorial Themis, Bogotá, 1992, p. 34 especialmente.

[505] STC 27/1981, de 20 de julio.

tutelados"[506], lo cual es solo susceptible de generarse como "criterio merecedor de protección, al amparo del principio de confianza legítima, derivación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en un Estado de Derecho (art. 1.1 CE)", con lo cual, el concepto material encerrado "en ese principio impide, en este caso, quebrantar en perjuicio de los derechos del ciudadano la confianza que había sido generada por un acto del poder público conforme al cual aquellos podían haber configurado la decisión relativa a su actuación procesal[507], desde la "certeza del derecho" como viene a ser entendida la seguridad jurídica[508].

El principio, por consiguiente, se encuentra al servicio de los ciudadanos tocante a la predictibilidad de la norma aplicable al caso, así como respecto de la previsibilidad de las consecuencias de materializarse la infracción, pero, como bien se ha matizado desde *Doménico Scarlatti*, para entenderlo vulnerado de manera efectiva, es necesario que el grado de incertidumbre provocado por la norma en sus destinatarios sea razonablemente insuperable[509]. Evidentemente, el principio no puede traducirse, llevado al extremo, en la petrificación del ordenamiento, por cuanto al mismo le está vedado "producir una congelación del ordenamiento jurídico o impedir toda modificación del mismo". Por ello, "no incurren en arbitrariedad ni carecen de razonabilidad por relación a los lícitos propósitos con que el legislador pretende dar respuesta a la cambiante realidad social", las normas legislativas no van a conculcar "el principio de seguridad jurídica, el cual, debe insistirse, no ampara la

[506] STC 15/1986, de 31 de enero.

[507] STC 222/2003, de 15 de diciembre

[508] STC 183/2014, que vuelve a proporcionar una definición acumulativa del principio entendido en sentido amplio, "según reiterada doctrina [SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 c); y 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 10], «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, todo ello comprendido, "«sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio»".

[509] Por todas, en este sentido, STC 142/1993, de 22 de abril.

necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas"[510]. Incluso, trascendiendo, la esencia de la propia seguridad jurídica, más que un valor en sí mismo considerado, conforma uno de los presupuestos de carácter instrumental favorece al despliegue de la autonomía privada y la programación de una vida digna y libre a cargo del individuo[511], no acertando a comprender en nuestro supuesto de hecho concreto, que estos objetivos se logren en mayor medida extrayendo la norma de decisión del caso a partir de la concretización de cláusulas generales "henchidas" de sustancia del orden material objetivo de valores supremos, en lugar de realizar el trabajo concretizante partiendo, de modo directo, de las propias disposiciones iusfundamentales.

4.8.8. La debilitación del principio democrático y del de separación de poderes.

4.8.8.1. Argumentos fundamentales vertidos por la crítica.

También ha recibido objeciones de calado la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, en razón al entendimiento desde amplios sectores doctrinales de resultar escasamente democrática, toda vez supone una atribución excesiva de facultades al Poder judicial en detrimento del Poder legislativo, siendo a este último a quien, propiamente, correspondería en el Estado Democrático llevar a cabo la ponderación de Derechos y bienes constitucionalmente tutelados en los supuestos de conflictos surgidos debido a contraposiciones iusfundamentales jurídico–privadas, con lo cual, por añadidura, se desvirtuaría también mediante el

[510] STC 227/1988, 29 de noviembre.

[511] Josef RAZ, "The Rule of Law and its Virtue", en *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 221 y ss.

empleo de esta construcción dogmática el principio de separación de poderes.

De llegar a admitir, va a sostenerse, la vinculación inmediata de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales, estaremos posibilitando propiamente que el órgano juzgador llegue a encontrarse ante la oportunidad de "legislar" dentro de los ámbitos iusfundamentales, dada la necesidad de resolución de las colisiones producidas entre estos, y faltas de aclaración desde la normativa infraconstitucional. Ahora bien, como veremos, resulta bastante endeble el argumento con respecto a que la eficacia inmediata sea poco respetuosa para con los principios democrático y de separación de poderes.

Sopesadas así las cosas, concerniente a tales principios, se mantiene que la decisión acerca de la eficacia intersubjetiva de las normas iusfundamentales es exclusiva competencia del Poder legislativo[512]. Adicionalmente también sufre rechazo, o cuando menos es subestimada, la importancia del efecto de irradiación de los Derechos Fundamentales sobre la totalidad del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, se alude por esta crítica al aspecto de que no corresponde a los órganos judiciales la tarea de rectificar las decisiones y ponderaciones del Poder legislativo en su concretización de los Derechos Fundamentales con base en sus propias ponderaciones[513], de modo que ello termina abocando a que la aplicación práctica de la tesis de la eficacia inmediata sea censurada debido al elevado riesgo consabido que comporta de convertir a la jurisdicción constitucional en una súper-instancia de revisión[514].

---

[512] Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 73.

[513] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…*, *op. cit.*, p. 159.

[514] Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 532.

4.8.8.2. Réplica–rechazo frente a la argumentación crítica.

Comencemos por aceptar sin ningún género de duda que, ciertamente, en el Estado de Derecho Democrático, corresponde *a priori* al Poder legislativo la competencia en orden al desarrollo de la tarea concretizante de los Derechos Fundamentales, delimitando y conciliando las diferentes posiciones jurídicas de los sujetos de Derechos que eventualmente entren en conflicto. Ahora bien, al Legislador más avispado y laborioso, le resultaría imposible prever todas las hipótesis y regular el grueso de los conflictos susceptibles de emerger, pues la realidad social evoluciona de forma tan acelerada que, continuamente, está ultrapasando las previsiones de aquel. En este sentido, contemplamos de manera constante el surgimiento de nuevos riesgos y modalidades de vulneración de los Derechos, surgidos desde "escenarios insospechados" e imprevisibles para el Legislador al tiempo presente de legislar, situaciones a partir de las cuales nuestros órganos judiciales vienen obligados a decidir (*non liquet*) con motivo de la más que considerable heterogeneidad de supuestos conflictuales a los cuales han de enfrentarse cotidianamente, actividad a desarrollar obligatoriamente, claro es, desde planteamientos escrupulosamente constitucionales.

Toda ve las exigencias constitucionales han de ser cumplidas, si ante un déficit de legislación fuera necesaria la intervención del órgano juzgador, este tiene el derecho y la obligación de concretizar, aunque lo normal y más conveniente va a resultar que sea efectivamente el Poder legislativo el encargado, en primer lugar, de proceder a la concretización del alcance del ámbito de protección de los diferentes Derechos Fundamentales en su aplicación a las relaciones jurídicas entre particulares[515]. Lo cual, lo admitamos o no, dista mucho del cuestionamiento formulado desde la teoría de la eficacia mediata, en el

[515]Eugênio FACCHINI NETO, "Reflexões histórico–evolutivas sobre a constitucionalização…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 66.

sentido de que desde la *Drittwirkung* directa se termina trasladando al órgano judicial una competencia correspondiente al Legislador.

De este modo, para los supuestos en los cuales el órgano judicial decide un litigio mediante el empleo de cláusulas generales infiltradas de los valores que integran los Derechos Fundamentales o irradian los mismos, en puridad, lo que hace, o debe hacer, es ser plenamente consciente y consecuente con la producción legislativa previa. Porque, las cláusulas generales son también una técnica utilizada y debida al Legislador, aunque para la teoría de la eficacia inmediata, como sabemos, el criterio de control del correcto ejercicio del Derecho Fundamental se lleva a cabo por medio del principio de proporcionalidad, a partir del cual, deberá examinarse si la restricción introducida por la cláusula general cumple o no con las exigencias debidas a este último. De otra parte, para aquella hipótesis en las que sí existe concretización legislativa pero la misma se limita a reiterar de manera expresa la regla o el principio iusfundamental contenido en la Constitución, de ello no deviene la imposibilidad de estimar el caso de aplicación directa de la norma constitucional y de eficacia también directa del Derecho Fundamental[516]. Es más, para las hipótesis que impliquen una dimensión jurídico–constitucional y puedan ser correctamente resueltas mediante disposiciones normativas provenientes del Derecho Privado, tal perspectiva es metodológicamente adecuada e incluso útil, a tenor de la aplicabilidad de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, porque, quiera o no quiera de nuevo admitirse, estamos ante la presencia para el caso de una doble fundamentación jurídica de la misma pretensión. Ahora bien, ha de preservarse metodológicamente que las disposiciones de Derechos Fundamentales sean aplicadas en el

[516] Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos…*, *op. cit.*, p. 327.

mismo instante, en lugar de hacerlo únicamente a continuación de las normas de Derecho Privado[517].

Con relación al asunto de que a las jurisdicciones constitucional y ordinaria no las incumbe rectificar las decisiones y ponderaciones realizadas por el Legislador cuando concretiza los Derechos Fundamentales supliéndolas por las suyas propias[518], hay que rechazar este planteamiento contundentemente, pues en ningún momento se cuestiona ni posterga por la teoría de la eficacia inmediata la concretización legislativa; de hecho, insiste sobre el extremo de que no puede ser así. Por añadidura, a falta de escrutinio por parte del Legislador, en el respeto del orden constitucional de distribución de funciones, el órgano legislativo omisor dispone de la competencia, en todo momento, al objeto de reclamar para sí mismo la tarea de concretización, y en tal sentido, dentro del marco constitucional, el órgano juzgador queda vinculado a la interpretación legislativa realizada. Así, siempre estará abierta la facultad de legislar sobre la materia de que se trate, pues el Poder legislativo en todo momento permanece libre para resolver la cuestión en términos normativos[519]. De estimarse por el contrario que los Derechos Fundamentales no vinculan directamente a los particulares para los supuestos de relaciones intersubjetivas, y ello en favor de la salvaguardia del principio de separación de poderes, estaríamos con ello

[517] Heinrich Ewald HORSTER, *A Parte Geral do código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina Editora, Coimbra, 2000, pp. 97 y ss. La aplicación inmediata solo se lleva a cabo cuando la legislación de Derecho Privado no fuera suficiente, dentro de sus principios y normas ya imbuidos por el orden de valores de la Constitución, para encontrar una solución adecuada. Así, la aplicación de normas que consagran Derechos Fundamentales a los conflictos entre los sujetos privados debe producirse, en primer lugar, a través de normas de Derecho Privado que reproduzcan el contenido de normas constitucionales, o que utilicen conceptos indeterminados o clausulas generales, cuyo contenido debe ser rellenado a través de los valores constitucionalmente consagrados.

[518] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…*, *op. cit.*, p. 159.

[519] Por todos Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, p. 318.

perjudicando al ciudadano que hallaría desprotegido su Derecho Fundamental.

Muestra de esa corrección funcional, en la cual ambos están interesados de igual manera, es lo declarado por el Tribunal Constitucional español, por ejemplo, el año 2009, al recordar: "Ley es la 'expresión de la voluntad popular', como dice el preámbulo de la Constitución, y es principio básico del sistema democrático. Ahora bien, en un régimen constitucional, también el Poder Legislativo está sujeto a la Constitución, y es misión de este Tribunal velar porque se mantenga esa sujeción, que no es más que otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente. Ese control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no imponga constricciones indebidas al Poder Legislativo y respete sus opciones políticas. El cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de ese control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad» (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 8). Así, como hemos reiterado en diversas ocasiones, no puede tacharse de arbitraria una norma que persigue una finalidad razonable y que no se muestra desprovista de todo fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada, pues entrar en el enjuiciamiento de cuál haya de ser su medida justa supone debatir una opción tomada por el legislador que, aun cuando pueda ser discutible, no tiene que ser necesariamente arbitraria ni irracional (por todas, STC 149/2006, de 11 de mayo, FJ 6, y las en ella citadas)"[520].

La admisión de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, no significa estar negando o subestimando con ello "el efecto de irradiación de estos

[520] STC 128/2009, de 1 de junio.

derechos a través de la ley", cuestión a nuestro juicio pacífica, y una vez ambas modalidades evidencian ser perfectamente compatibles, lo "normal (y lo más conveniente también)", es que sea el Legislador el encargado de concretizar el "alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho Privado"[521]. El problema surge cuando eso no ocurre, y si en el caso la eficacia de un Derecho Fundamental dependiera de la existencia de legislación infraconstitucional que lo implementase, dada su ausencia (o insuficiencia), correríamos el riesgo de soportar que la omisión del Legislador ordinario desplegara "más fuerza de eficacia que la acción del legislador constituyente. Eso significaría que la criatura (legislador ordinario) tendría más poder que su creador (legislador constituyente)"[522].

Desde esta perspectiva, aquellas hipótesis en las cuales el Poder legislativo no ha producido aún regulaciones -o lo hace deficientemente- estableciendo supuestos fácticos específicos y las consecuencias jurídicas consiguientes, en aras a la delimitación y armonización de los espacios iusfundamentales a tener en cuenta entre sujetos privados, y en un supuesto de hecho particular la concretización judicial realizada a través de cláusulas generales deviene imposible, se nos presentan solo dos posibilidades: a) bien rechazar la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares; b)optar por admitir la eficacia de los mismos, la cual, forzosamente entonces, ha de ser inmediata. Hipótesis que, como es evidente, soporta el cuestionamiento realizado de forma contundente a cargo de la teoría de la *mittelbare Drittwirkung* que, a partir de ahí, es susceptible de ser comprendida como un rechazo indirecto de la eficacia de las disposiciones de Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas. Aunque, algunos

[521] José Joaquím GOMES CANOTILHO, "Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas", en *As Garantias do Ciudadâo na Justiça*, edición de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva Editora, São Paulo, 1993, pp. 351 y ss.

[522] *Ibídem.*, pp. 351 y ss.

autores, añadan una tercera alternativa, y es la de que, agotadas todas las posibilidades vía interpretativa sin éxito en la empresa, pueda el juez apartarse directamente de la norma si fuera previa a la Constitución, o bien plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el propio Tribunal Constitucional[523].

Atendido sea todo lo propugnado, es completamente inventado o imaginado, como terminamos de decir, que la teoría de la eficacia inmediata proponga colocar las ponderaciones del Poder judicial sobrepuestas a las realizadas por el Poder legislativo democrática e inmediatamente legitimado por períodos temporales, dado que poseería una gran facilidad para prescindir de estas últimas[524]. En caso de existir desarrollo legislativo de los Derechos Fundamentales, y ser el mismo respetuoso con los valores constitucionales, al órgano juzgador compelido irremisiblemente a decidir, le está impedido, sin embargo, sobreponerse o sustituir la concretización debida a la acción del Legislador, porque entonces sí estaría vulnerando los principios democrático y de separación de poderes, en la medida en que un órgano del Estado vería entonces obstaculizada su labor por otro que no tiene competencia constitucional para desarrollarla[525]. En orden a la concretización de los Derechos Fundamentales, hemos dicho, la prioridad corresponde indiscutiblemente al Legislador inmediatamente legitimado en términos democráticos y actuante mediante procedimientos dotados de publicidad, motivo por el cual, al provenir de este las disposiciones con fuerza de Ley, estas gozan del privilegio de presunción *iuris tantum* de constitucionalidad, cual,

[523] Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 233.

[524] Así, Franz BYDLINSKI, "Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht", en *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Rechts*, Band XII, Heft. 1-2, 1962, p. 446.

[525] Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos…*, *op. cit.*, p. 66. Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos…*, *op. cit.*, pp. 299 y ss. Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 219-222.

efectivamente puede resultar al fin y al cabo cuestionado, mas, será preciso en todo caso concretar la razón la prueba de inconstitucionalidad de dicha norma.

El Legislador democrático ostenta "la presunción de constitucionalidad de su voluntad y de su actuación; a él justamente le ha sido encomendada la configuración jurídica de las relaciones sociales. Al Tribunal Constitucional le está vedado discutir esta supremacía del Legislador y con ello producir una alteración de las funciones constitucionalmente atribuidas"[526]. Por lo tanto, el órgano juzgador se ve obligado al empleo de la disposición legislativa encargada de regular la situación, al resolver los casos concretos referidos a conflictos entre Derechos Fundamentales. Únicamente encontrará legitimación para abstenerse de aplicar la Ley, de alcanzar a probar (provisionalmente) su choque con la Constitución[527], y, más concretamente, en nuestro ordenamiento, una vez realizado el juicio de relevancia, se verá compelido a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Esto es, en el ordenamiento jurídico español, si un órgano judicial inaplica la Ley por considerarla inconstitucional sin proceder a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, no solo estará incumpliendo el deber impuesto por el artículo 117.1 de la Constitución de sometimiento pleno al imperio de la Ley, sino que asimismo invadiría la competencia del Tribunal Constitucional establecida mediante los artículos 161.1.a) y 163 de la C.E., y, finalmente, en último término, vulnerará el Derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución[528].

Consideramos entonces no recibe ataque alguno el principio democrático ni el de separación de poderes, si aceptamos que, existiendo

[526] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*..., *op. cit.*, p. 32.

[527] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais*..., *op. cit.*, p. 284.

[528] Así, entre otras, la STC 58/2004, de 19 de abril.

una norma reguladora de la situación, la misma debe ser aplicada, pues goza de la presunción de que a su través se establece un equilibrio constitucionalmente legítimo entre los valores en cuestión, y únicamente en ausencia de concretización legislativa podrá el órgano judicial realizarla por su cuenta, respetando siempre el principio de proporcionalidad, a partir de las normas de Derechos Fundamentales establecidas por la Constitución[529]. Evidentemente, para el caso de que el órgano judicial no aplique la legislación concretizadora por estimarla inconstitucional, como todos bien sabemos si queremos, en momento alguno se produce una inversión constitucional caprichosa de los poderes estatales. En esta medida, el control de constitucionalidad de la actuación del Legislador por parte de la jurisdicción constitucional, con la consiguiente posibilidad de anulación de sus juicios de concretización, y eventualmente los de su sustitución por los efectuados a cargo del órgano juzgador ordinario, tan solo es legítimo cuando está fundamenta en los parámetros jurídicos del Estado constitucional y respeta los límites jurídico–funcionales. Pero no actúa el Alto Tribunal a modo de órgano formulador y concretizante de una política alternativa a la fijada por el Legislador democrático, tarea esta última a cuya finalidad la jurisdicción constitucional no dispone de legitimidad[530].

De observarse debidamente el principio de corrección funcional (*self–restraint*), tampoco va a resultar consistente otra de las objeciones empleadas contra la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, como es el riesgo de convertir a la jurisdicción constitucional en una súper–instancia de revisión[531]. En el Estado constitucional, la justicia y rectitud de la decisión final de una

[529] Por todos, Walter LEISNER, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, p. 318.

[530] Jorge REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos fundamentais…*, *op. cit.*, p. 697.

[531] Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 532.

controversia jurídica, justifica incluso proceder a la compartimentación de funciones que no coincida exactamente con una rígida separación orgánica, pues lo único verdaderamente precisado de salvaguardar es la permanencia inalterada del núcleo esencial constitucionalmente delimitado y de las lindes competenciales correspondientes a cada órgano[532]. Y si las cosas discurren así, no cabe rechazar la tesis de la eficacia inmediata por entender cuestiona el principio de separación de poderes como pretenden numerosos autores[533], en el bien entendido de que semejante posibilidad permanece al margen de la realidad. Particularmente, la jurisdicción constitucional deberá respetar el principio de corrección funcional, entre otras razones, por utilidad para su propia credibilidad y autoridad[534]. Autoridad que no puede perder con el dictado de decisiones actuando en el desarrollo de sus funciones como una jurisdicción modesta, subyugada a la primacía del Legislador democrático, al que está obligado a respetar, pero no al deber de "plegarse" a todas sus decisiones. Cuando la situación surge, por error o exceso del Legislador, la jurisdicción constitucional no debe oponer reparo alguno o actuar con debilidad, para decirlo en voz de Franco MODUGNO, cuyas afirmaciones siguen siendo válidas, sino que procederá a fijar "un punto firme para el racional desarrollo de la sociedad actual, una «isla de razón» en el caos de las opiniones"[535].

Tocante a los casos dudosos, las disposiciones legislativas van a ser igualmente obligadas a su concretización de conformidad con los

[532] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…*, *op. cit.*, pp. 251-252.

[533] Por ejemplo, Anette GUCKELBERGER, "Die Drittwirkung…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 11.

[534]Hans–Peter SCHNEIDER, *Democracia y Constitución*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 58-59.

[535] Franco MODUGNO, *L`invalidità della legge*, Vol. I, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1970, p. XI.

Derechos Fundamentales, esto es, con arreglo a los parámetros y a los límites ordinariamente permitidos por la interpretación conforme a la Constitución en términos generales[536]. Vale afirmar, de existir una pluralidad de concretizaciones de la norma, "es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma," ha de "prevalecer, a efectos de estimar su constitucionalidad, aquella que resulta ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con el texto fundamental"[537]. Estamos ante la presencia de la *verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen* o *in harmony with the Constitution*, algo aceptado y asentado plenamente en el marco del constitucionalismo contemporáneo, y contemplado en nuestro ordenamiento jurídico en términos expresos a través de la concordancia práctica entre lo dispuesto por el artículo 1.1 de la LOTC y el artículo 5.1 de la LOPJ.

La interpretación de las leyes conforme a la Constitución, y no exclusivamente a partir de ellas mismas, fue desarrollada por primera vez a través la BVerfGE 2, 266, (282) y, sintéticamente significa: una Ley no debe ser declarada nula siempre y cuando pueda ser interpretada de manera congruente con la Constitución, y a través de la cual, ciertamente, el Tribunal Constitucional controla el desarrollo realizado por el Legislador, pero lo hace con cargo a la concretización de la Constitución y también de la Ley. Dicho de otro modo, la interpretación

[536] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais nas relações…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 263.

[537] STC 77/1985, de 27 de julio (reiterando jurisprudencia de la STC 122/1983, de 16 de diciembre): "este principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución se justifica, puesto que la Constitución es uno de los elementos interpretativos que deben barajarse en toda labor de hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y teleológica. La razón de ello está en que, como dice el art. 9.1 de la Constitución, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución. Esta sujeción de los poderes públicos al ordenamiento constitucional impone una interpretación de las normas legales acorde con la Constitución, por lo que debe prevalecer en el proceso de exégesis el sentido de la norma, entre los posibles, que sea adecuado a ella".

conforme, plantea no exclusivamente la cuestión del contenido de la Ley "sometida a control sino también la relativa al contenido de la Constitución según la cual dicha ley ha de ser medida (…) de ahí que la interpretación conforme de las leyes sea, en su efecto reflejo sobre la interpretación de la Constitución, interpretación de la Constitución conforme a la ley"[538]. Aspecto este último de especial importancia resaltar, y un peligro frente al que ha de prevenirse por sus riesgos derivados. Por ello, muy matizadamente, el tribunal Constitucional español, sintetizando pronunciamientos previos, ha venido a exponer que, "en virtud del principio de conservación de la ley solo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos «cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma» (por todas, SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8; 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6; 131/2006, de 27 de abril, FJ 2). Por ello será preciso «explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución» (SSTC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 5; 76/1996, de 30 de abril, FJ 5) habiendo admitido desde nuestras primeras resoluciones la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. No podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza «a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; y 341/1993, de 18 de noviembre). En definitiva, como señalamos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, «la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría

[538] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho…, op. cit.*, pp. 74-75.

desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7)»"[539].

Con todo, si la interpretación conforme a los Derechos Fundamentales resultara insuficiente al objeto de entender respetados los valores constitucionales, aparece de nuevo la competencia de los órganos jurisdiccionales para no aplicar la Ley, al ser entendida inconstitucional y vulneradora de las disposiciones garantizadoras de los Derechos Fundamentales[540], prescindiendo de ella si es preconstitucional o planteando la cuestión de inconstitucionalidad caso de ser posterior; en fin, ha de estarse abiertos a la posibilidad de que en algunas ocasiones la decisión acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una Ley dependa de las circunstancias concretas del caso[541]. Afirmado lo anterior, también puede resultar prudente, plantear la necesidad de sujeción del Poder judicial a controles externos que, a su vez, legitimen en mayor medida la función fiscalizadora llegada a ejercer, por si mediante la aplicación de la teoría de la eficacia inmediata acumulara más amplios poderes debido a la propia inmanencia del supuesto[542].

---

[539] STC 235/2007, de 7 de noviembre.

[540] Por ejemplo, José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…*, *op. cit.*, p. 1292.

[541] Así la BVerfGE 92, 277, (327), lo cual es elevado a norma habitual como consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad por Matthias JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, p. 61.

[542] Pedro Carlos DA SILVA BACELAR DE VASCONCELOS, *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*, Cosmos Edições, Lisboa, 1995, p. 218.

El comentario de específicos de sectores doctrinales efectuado al hilo de esta misma cuestión, esto es, acerca de que con la eficacia inmediata se malinterpreta la función del juez, toda vez le corresponde a este en el desarrollo de su tarea únicamente comprobar y aplicar si los acuerdos contractuales entre las partes se corresponden a lo dispuesto por los rasgos esenciales contemplados a cargo de la Ley, es aquí, mantienen sectores de la doctrina científica alemana, donde fallaría la tesis de que el juez esté obligado por los Derechos Fundamentales según el artículo 1. 3 de la *Grundgesetz*[543]. Pero ese argumento, un tanto peregrino, no va a lo esencial del asunto, pues, desde el punto de vista constitucional, tanto el Legislador, al hacer vigentes normas de Derecho Privado, como también el juez, cuando concretiza esas leyes, están vinculados inmediatamente a los Derechos Fundamentales[544], no pudiendo realizar una interpretación de dichas normas ofreciendo al fin un resultado que sea de contenido total o parcialmente inconstitucional. Y justo si aquí tuviésemos el caso de pretender dar pleno poder al § 138 BGB, nos dirán, definiendo con contenido auténtico las buenas costumbres, y esa misma definición se alejara del mínimo garantizado por los Derechos Fundamentales perjudicando con ello al ciudadano afectado, el resultado sería constitucionalmente inadmisible. O dicho de otra manera, una decisión otorgada por un órgano judicial conforme a la cláusula referida, lesionaría el Derecho Fundamental cuando la

[543] Por ejemplo, Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…*, *op. cit.*, p. 1551; Wilhelm HENKE, "Die *juristische* Systematik der Grundrechte", en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1984, pp. 1 y ss; Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…*, *op. cit.*, p. 142; Friedrich E. SCHNAPP, "Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt", en *Juristische* S*chulung*, 1989, p. 7.

[544] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 377; y BVerfGE 84, 192, (195).

aplicación de la Ley, formulada como norma concreta, lesionara el contenido del ámbito protegido los preceptos iusfundamentales[545].

Y no debemos pensar que se trata aquí, meramente, de algún juego dogmático, pues el hecho de afirmar que los Derechos Fundamentales producen efectos directos en el derecho contractual adquiere consecuencias firmes, teniendo en cuenta que los defensores de la tesis de los efectos indirectos, si seguimos sus ideas, tienen el concepto de permitir unas soluciones más flexibles. Sin embargo, si ponemos en vigor inmediatamente, *ad exemplum*, el artículo 3.1 de la *Grundgesetz* entre un empresario y un trabajador, el primero solo podría abonar entonces un salario diferente a sus empleados cuando estos desarrollan empleos similares en supuestos muy restrictivos[546]. Sin embargo, de aplicar aisladamente el § 138 BGB, sería dificilmente imaginable que diferentes recompensaciones por el trabajo se valoraran como contrarias a las buenas costumbres[547]. Con ello queremos decir: si el concepto de las "buenas costumbres" pudiera cambiar un resultado determinado por la Constitución desde el nivel del Derecho común, entonces habría que manifestarse enérgicamente en contra, pues el § 138 BGB tendría un contenido que infracciona (parcialmente) frente a la sustancia de los Derechos Fundamentales.

Como consecuencia de lo razonado, entendemos asimismo rechazable la argumentación, conforme a la cual, siempre que surja la necesidad de llevar a cabo la restricción de un Derecho Fundamental, la misma debería ser realizada por el Poder legislativo y no por el órgano judicial[548]. Para los casos en los cuales la dimensión restrictiva del

---

[545] Gertrude LÜBBE–WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte: Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 1988, p. 164; y BVerfGE 84, 382, (386).

[546] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 377.

[547] *Ibídem.*, p. 377.

enunciado iusfundamental está constitucionalmente amparada (esto es, ante supuestos distintos de los límites inmanentes al Derecho Fundamental), es preciso distinguir si se plantea la problemática debido a la carencia de regulación legislativa, de la hipótesis de suscitarla frente a la Ley reguladora de la restricción del contenido iusfundamental, pues para el supuesto referido a esta segunda hipótesis, ab initio, la cuestión se halla solventada vía legislativa. Tocante al supuesto primero, estamos verdaderamente ante un conflicto de Derechos Fundamentales en sentido propio; y respecto al segundo, frente una restricción legal ya prevista. Consiguientemente, cuando se trate, como en el primer caso, de un conflicto de Derechos, la resolución del mismo le corresponde inevitablemente al órgano juzgador, a través de una ponderación proporcionada de los bienes jurídicos en conflicto.

En última instancia, lo que provoca un poco de sonrisa, pero escasa de todos modos, es la crítica acerca del deficiente respeto que se tiene por el principio democrático relegando al Legislador a un segundo plano, porque los ciudadanos tendrían escasas posibilidades de que sea el poder constituido, legitimado democráticamente de modo inmediato, el encargado de decidir acerca de las normas regitivas de sus relaciones intersubjetivas, sonrisa que se nos borraría de plano, naturalmente, cuando nos adviertan acerca de la aparición de una construcción dogmática, en virtud de la cual, resulta posible demostrar que el Poder constituyente originario dispone de inferior legitimidad democrática a la acumulada por el Poder legislativo constituido.

3.7.9. Las críticas adicionales debidas a la pluma de Konrad Hesse.

Siguiendo esta línea de intenciones críticas para con la teoría de la eficacia inmediata, refiere Konrad HESSE las que valora como otras dos

[548] Kara PREEDY, "Fundamental Rights and Private…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 133.

peligrosas consecuencias adicionales a meditar, alguna de las cuales la hallamos claramente emparentada, a nuestro modo de ver, con objeciones ya vistas *ut supra*, por lo que tampoco sería menester referirnos a las mismas, y que se derivan, a su juicio, de la proyección inmediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas desarrolladas entre sujetos privados. Porque, aprecia en primer lugar que, una vez admitida la eficacia directa, los jueces y los tribunales ordinarios, mediante sus decisiones, argumentarían ampliamente a partir de y con los Derechos Fundamentales, y, de este modo, conflictos de carácter jurídico–civil, mercantil o laboral se convertirían en conflictos jurídico–constitucionales, siendo la consecuencia subsiguiente que la jurisdicción constitucional podría muy fácilmente transformarse en un Tribunal casacional de conflictos de naturaleza jurídico-privada, asumiendo una competencia que la Constitución no le otorga[549].

En segundo término, a partir de la generalización de una amplia e inmediata eficacia de las normas de Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, es preciso tener en cuenta, de nuevo a juicio del autor, que estaríamos en perfectas condiciones para llegar a la producción de una auténtica plaga o inflación de Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico y, a partir de tal situación "el Derecho Privado tendría poco que ganar y los derechos fundamentales y su verdadero significado mucho que perder"[550].

Mediante el empleo de parecidos argumentos críticos, Stefan OETER llegará a plantear también el riesgo que se corre de producir una colonización del Derecho Privado por obra de los Derechos Fundamentales[551]. Y algo parecido ha sido mantenido entre nosotros

[549] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, pp. 61-62.

[550] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.*, p. 67.

[551] Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 532.

para descartar la eficacia inmediata, por entender que el seguimiento de esta construcción dogmática necesariamente desembocaría en una "sociedad troquelada en exceso por los derechos fundamentales", en la cual "imperaría un nuevo y acaso definitivo totalitarismo, justamente el de los derechos fundamentales"[552]; (ojalá llegue el día en el que todos los totalitarismos del planeta vengan por ahí, por más irreversibles que sean).

Pues bien, no consideramos de ningún modo osado el reto, como le califica su propio autor, sino una obligación de dar una explicación coherente, suponiéndola incluso definitiva, para la relación Derechos Fundamentales–Derecho Privado. Así, quien suscribe esas líneas, propone dar la vuelta a la última formulación de Konrad HESSE terminada de reproducir, y es llevada a cabo por Ingo Wolfgang SARLET, cuando afirma que la Constitución, los Derechos Fundamentales, y también el Derecho Privado, nada tendrán que perder, y sí, por el contrario, mucho que ganar, de aplicarse la teoría de la eficacia inmediata[553].

[552] Jesús GARCÍA TORRES-Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones*..., *op. cit.*, p. 146.

[553] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado...", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 160.

CAPÍTULO QUINTO

Las teorías constructivas dualistas acerca de la eficacia de los Derechos Fundamentales en (para) las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares; y otros ensayos teóricos de menor proyección acerca de la *Drittwirkung* o en su sustitución

CAPÍTULO QUINTO.

Las teorías constructivas dualistas acerca de la eficacia de los Derechos Fundamentales en (para) las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares; y otros ensayos teóricos de menor proyección acerca de la *Drittwirkung* o en su sustitución.

5.1. Planteamiento general.

Un determinante e inevitable avance de la dogmática los Derechos Fundamentales propia del constitucionalismo democrático que se institucionaliza al concluir la Segunda Guerra mundial, consistió en la definitiva consolidación de la tesis, de conformidad con la cual, las normas constitucionales de naturaleza iusfundamental, distan de ser meras declaraciones de principios –lo que había prevalecido en el constitucionalismo de entreguerras– pues incorporadas a un texto constitucional dotado de auténtica fuerza normativa, obvio es, devienen asimismo en verdaderas normas jurídicas que, por lo concerniente cuando menos a los derechos individuales y a las libertades públicas, otorgan derechos subjetivos a los individuos frente a los poderes estatales.

Sin embargo, desde la perspectiva teórica de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en lo tocante a las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, desarrollada inicialmente, como veremos,

a partir de la construcción teórica de Günter DÜRIG, se enfatiza que este tipo de relaciones jurídicas vienen reguladas por medio de un conjunto especial de normas de Derecho Privado (e incluso algunas de naturaleza pública); en tanto los Derechos Fundamentales constitucionalmente reconocidos solo están llamados a resultar operativos dentro de ese ámbito jurídico-privado en atención a su carácter de principios objetivos básicos o valores superiores del ordenamiento, desplegando sus efectos también en la concretización de las normas de cuño iusprivatista, si bien no como derechos subjetivos directamente invocables. Esto es, la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados, postula la intervención mediadora del Legislador que los concretiza, o subsidiariamente la del órgano judicial que los emplea cual parámetro de interpretación e integración de las disposiciones de Derecho Privado, toda vez la vulneración de esos Derechos va a imputarse a un poder público, pues es este quien únicamente se halla vinculado de manera inmediata a los Derechos Fundamentales[554].

Por lo tanto, conforme a la teoría de la eficacia indirecta, los particulares están obligados por los Derechos Fundamentales solo mediatamente, vinculación que se produce por medio de "la dimensión objetiva de los mismos, y del efecto <<irradiante>> que éstos ejercen sobre el legislador", quien, a su vez, cuando procede a la regulación de las relaciones intersubjetivas, viene obligado a "procurar realizar los

[554] Günter DÜRIG, "Das Eigentum als Menschenrecht", en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Band. 109, 1953, pp. 339 y ss. E igualmente así se interpreta la teoría del autor por Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos Direitos fundamentais", en *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, pp. 123 y ss. Por su parte, otro de los autores clásicos partidario de la eficacia mediata, caso de Konrad HESSE, mantiene que los Derechos Fundamentales tienen por destinatarios a los órganos estatales, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, pp. 257 y ss.

valores que tales derechos encarnan, y los tribunales, por su parte, han de interpretar las correspondientes disposiciones legales de conformidad con ellos". Ahora bien, un Derecho Fundamental al margen de la "intermediación de una ley, no constituye título suficiente para obligar a los particulares, para limitar su libertad", a consecuencia de que los Derechos Fundamentales carecen de vigencia "como auténticos derechos subjetivos fundamentales, pues lo característico de estos es que, precisamente, obligan a todos los poderes públicos"[555].

Es forzoso tener asimismo en cuenta, cómo el segundo gran paso de la dogmática iusfundamental en el constitucionalismo democrático, quizá hasta más influyente aún que el primero, fue el cambio de paradigma producido en el ámbito de los Derechos Fundamentales y acaecido asimismo durante la segunda mitad del siglo XX, el cual afecta de forma aún más decisiva, si cabe, tocante al desarrollo de una nueva dimensión de tales Derechos[556]. Nos referimos a lo que supuso la superación de la concepción de estos últimos en cuanto derechos subjetivos exigibles judicialmente frente a los poderes públicos, fuera a una abstención, fuera a una prestación, sobre manera, por lo referido a los derechos sociales. De conformidad con este nuevo paradigma aludido, al lado del anterior, los Derechos Fundamentales pasarían a desarrollar asimismo una segunda función, vale decir, representada por resultar ser expresión y proyección de un orden axiológico o sistema de valores integrador de un conjunto de principios objetivos, extensibles a todos los sectores del ordenamiento jurídico del Estado.

---

555 Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 130-131.

556 Sobre la idea de las dos dimensiones de los Derechos Fundamentales en coordinación y eficacia recíproca, puede verse Bernd JEAND`HEUR, "Grundrechte im Spannunsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundzatznormen", en *Juristen Zeitung*, 50, Heft 4, 1995, pp. 161 y ss; Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts..., op. cit.*, pp. 259 y ss. Luis VILLACORTA MANCEBO, "La Constitución como <<tarea>>, la optimización de los Derechos Fundamentales como resultado en el Estado de Bienestar", en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, 1996, pp. 231 y ss.

De cualquier manera y adicionalmente, queremos enfatizar acerca del hecho de que ese orden o sistema objetivo de valores, dista de ser entendido al modo de la ahora descartada tesis de su mera declaración como principios, que fuera objeto de fuerte difusión especialmente durante la República de Weimar. Discusión esta que, a la postre, supuso su comprensión mayoritariamente como una especie de declaración de intenciones debida al poder constituyente, carente de fuerza normativa, y realizada a modo de orientación de la actividad legislativa ordinaria. No obstante, autores como Horst DREIER, han matizado en el sentido de que, propiamente, los Derechos no carecieron de "cierta aplicación directa en la Constitución de Weimar. La posición doctrinal mayoritaria no los consideraba meras normas programáticas para el legislador (…) De hecho, algunas libertades debían ser directamente vinculantes"[557] para este; aunque, con el debido respeto, estimemos que el autor no ha hecho excesivamente bien las "cuentas" en este caso.

[557] Horst DREIER, citado por Maribel González Pascual, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Editorial Thomson Reuters–Cívitas, Cízur Menor, 210, p. 19. Referente a que los Derechos de la Constitución de Weimar no debían ser considerados como mera ética política sino en su consideración de auténticas normas jurídicas, destaca la defensa llevada a cabo durante la vigencia de aquella por Richard THOMA, "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", en *Grundrechte und Grundpflicten der Reichsverfassung*, *Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung, I Band: allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Artikel. 102-117 Gebundene Ausgabe – 1929*, edición de Hans–Carl Nipperdey, Reimar Hobbing Verlag, Berlin, 1929, pp. 1 y ss, especialmente pp. 7 y ss, y 12 y 33. En todo caso, como mínimo, en el año de 1925, ya el propio Richard THOMA se había pronunciado a favor de la normatividad de los Derechos Fundamentales, aunque con menor grado de detalle, "Grundrechte und Polizeigewalt", en *Verwaltungsrechtliche Abhandlungen. Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts*, edición de Heinrich Triepel, Heymann Verlag, Berlin, 1925, pp. 183 y ss, especialmente 184-185. Y antes, así creemos, defendió asimismo ese carácter jurídico de los Derechos Fundamentales Ottmar BÜHLER, *Die Reichsverfassung vom 11. August 1919: Mit Einleitung, Erläuterung, und Gesamtbeurteilung nebst einem Anhang enthaltend den Wortlaut der Geschäftsordnungen für den Reichstag und für die Reichsregierung*, Verlag von B. G. Teubner, Leipzig und Berlin, 1922, p. 85. En fin, desde luego, hay que releer a Rudolf SMEND, y su ponencia de 1927 sobre "Das Recht der freien Meinungsäußerung", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL*), Heft 4, Berlin, 1928, pp. 44-73, donde, a nuestro modo de ver, se está postulando asimismo la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas.

Pero ahora, en esta segunda subfase del constitucionalismo democrático, nos encontramos definitivamente ante la compresión jurídica correcta, porque un sistema de valores objetivo es mucho más que eso, constituye el punto de arranque al objeto de llevar a cabo la constitucionalización del Derecho y, sobre todo, a fin de lograr una ampliación, así como un reforzamiento de la fuerza normativa de la Constitución en cuanto norma suprema del ordenamiento jurídico. Y es a partir de esa comprensión de los Derechos Fundamentales en su calidad de sistema de valores que les sirven de fundamento e integran su contenido, desde la que Günter DÜRIG y luego el Tribunal Constitucional Federal alemán –que añadirá el efecto irradiación a todos los sectores del ordenamiento, incluido el Derecho Privado– elaborarán su teoría de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas intersubjetivas. Respecto de cuyos actos, conforme mantiene esta tesis, los Derechos Fundamentales no despliegan directamente su eficacia y solo obligan, en indirecto contacto, con las relaciones jurídicas iusprivadas, en tanto las normas de Derecho Privado, por el contrario, al igual que los poderes del Estado sí están vinculados inmediatamente por los enunciados iusfundamentales[558].

Una tesis considerada a sí misma como la única alternativa en orden a garantizar una cierta eficacia de los Derechos Fundamentales dentro del tráfico jurídico privado, preservando, al mismo tiempo, el principio de la autonomía privada, así como la propia autonomía e

[558] Lo que es visto por Claus–Wilhelm CANARIS como la lógica consecuencia del principio de jerarquía, "Grundrechtswirkungen und Verhalnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts", en *Juristische Schulung*, 1989, p. 162.

independencia del Derecho Privado, y garantizando en superior medida, en fin, los principios de seguridad jurídica y división de poderes[559].

Postura similar, aunque un punto más restrictiva, que, fundamentada a partir de los artículos 9.2 y 10.1 de la C.E., ha sido mantenida entre nosotros, en el sentido de estar ante una acción mediata "sobre el ámbito contractual privado, considerando nulos, por contrarios al orden público, a las buenas costumbres, todo tipo de pactos celebrados contra las prescripciones contractuales", lo cual se apoyaría en una acción "de irradiación sobre cualquier tipo de relaciones privadas –incluso no contractuales– que deben sujetarse en su constitución y efectos a las <<decisiones de valor>> implícitas en los derechos fundamentales y en la misma Constitución"[560].

De otro lado, también quisiéramos realizar una afirmación ya de entrada, y es que cuando se quiere analizar la interpretación del significado (particular) de los efectos indirectos de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, surge entonces la perplejidad de toparnos con un abanico de opiniones casi unánime y esencialmente coincidente (afirmación referida esencialmente a la doctrina científica alemana) que, vamos a decirlo, sorprende por su escasa precisión e inferior grado de elaboración dogmática, en contra de los argumentos más matizados esgrimidos por la opinión minoritaria de la eficacia inmediata, o los construidos o en fase d construcción, al hilo de la teoría del deber de protección[561].

---

[559] Günter DÜRIG, "Zum Lüth–Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958", en *Die öffentliche Verwaltung*, II, 1958, pp. 184-188.

[560] Antonio EMBID IRUJO, "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", en AA. VV., *El Tribunal Constitucional*, Vol. I, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, p. 924.

[561] Esta misma sorpresa o perplejidad, con argumentos aún más duros, por ejemplo, puede verse en Johannes HAGER, "Grundrechte im Privatrecht", en *Juristen Zeitung*, 49, Heft 8, 1994, p. 374, entre otros momentos; o asimismo en Claus–Wilhelm CANARIS, aunque más centrado en la crítica del efecto irradiación,

5.2. La teorización inicial de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desenvueltas entre particulares.

5.2.1. Premisas iniciales establecidas por *Günter Dürig*.

La construcción teórica inicial debida a Günter DÜRIG, fue más tarde confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán el 18 de enero de 1958 mediante la sentencia resolutoria del caso *Lüth*[562], al determinar que el contenido jurídico de "los Derechos Fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el Derecho Privado por medio de las disposiciones que rigen directamente ese ámbito jurídico"[563], queriendo ello decir que las normas de Derechos Fundamentales vinculan directamente a las disposiciones de ese sector del ordenamiento, pero no a los actos de los sujetos privados.

"Grundrechtswirkungen und Verhalnismäßigkeitsprinzip…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 162 y ss. En parecidos términos, Wolfgang ZÖLLNER–Karl–Georg LORITZ–Curt–*Wolfgang* HERGENRÖDAN, *Arbeitsrecht*, 7 ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2015, p. 84.

[562] Destaca Daniel SARMENTO, que en el mismo año 1958, la Corte Suprema Argentina, reconoció la eficacia directa de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares con ocasión del caso Samuel Kot, siendo el primer tribunal de América Latina en admitir la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, adoptando la teoría de la eficacia directa o inmediata, en los siguientes términos: "nada hay tampoco que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los Derechos que integran la libertad, *latu sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada (…) por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos (…) Hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que solo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan (…) una fuente de amenazas para el individuo y sus Derechos esenciales. Si, en presencia de estas condiciones de la Sociedad contemporánea, los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional frente a tales organizaciones colectivas, nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución", *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2004, p. 258.

[563] BVerfGE 7, 198, (204-205). Sentencia esta del Tribunal Constitucional Federal alemán que, entre otros muchos calificativos elogiosos o comentarios críticos ha sido denominada por Brun–Otto BRYDE, como la "*Smend – Rezeption im Lüth-Urteil*", lo que justifica en "Programmatik und Normativität der Grundrechte", en *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I, *Entwicklung und Grundlagen*, edición de Detlef Merten / Hans–Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, p. 693.

Según Günter DÜRIG, adicionalmente a lo apuntado hasta ahora, era aún necesario realizar ciertas matizaciones, pues los Derechos Fundamentales siguen siendo para él, inicialmente, derechos públicos subjetivos de defensa del individuo frente a los actos de injerencia en su esfera privada por parte de los poderes estatales[564], y entendió que carecía de justificación dogmática una vinculación idéntica de los actos de los sujetos privados a los citados Derechos en cuyas relaciones jurídicas ambas partes son titulares de Derechos Fundamentales y actúan en el ejercicio de su autonomía privada[565]. Por ello, para los casos de conflicto, y en lo que recuerda a la aplicación del principio de concordancia práctica, se trata de encontrar un equilibrio ponderado entre las posiciones de los sujetos intervinientes, en lugar del sacrificio del Derecho Fundamental de una parte frente a la afirmación ilimitada del Derecho del oponente[566]. En congruencia con este planteamiento, como observamos, los sujetos privados han de estar en el ejercicio de su libertad de decisión inferiormente vinculados a los Derechos Fundamentales de lo que se encuentran los poderes estatales, pues la intensidad protectora de las normas iusfundamentales es diferente según se dirija contra los poderes públicos o contra los sujetos privados[567].

---

564 Precisamente, critica Jose Carlos VIEIRA DE ANDRADE que la tesis de la eficacia mediata ha sido mal defendida por sus partidarios, por no haberse liberado de las concepciones liberal–individualistas y dejarse influenciar excesivamente por la circunstancia de haber sido antiguamente el Derecho Penal y el Derecho Civil los que se encargaron de regular y de definir las relaciones jurídico–privadas, estableciendo los términos en los que se aseguraran los Derechos personales en el ámbito de esas relaciones, "Os direitos, libertades e garantías no ámbito das relações entre particulares", en *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 3ª ed., edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 225.

565 Puede verse, Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, p. 25.

566 Wolfgang RÜFNER, "Drittwirkung der Grundrechte. Versuch einer Bilanz", en *Gedächtnisschrift für Wolfgang Marttens*, edición de Peter Selmer / Ingo von Münch, Walter de Gruyter Verlag, Berlin–New York, 1987, p. 224.

567 Günter DÜRIG, entre otros momentos, "Das Eigentum als…, *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 339 y ss; "Artikel 3", en *Grundgesetz Kommentar*, edición de Theodor Maunz / Günter Dürig / Roman Herzog / Rupert Scholz, C.H. Beck Verlag, München, 1997, p. 231.

Además, conforme específica, el sometimiento de los actos de los particulares a idénticos principios jurídicos que los limitativos de la acción de los poderes públicos, entrañaría transformar los Derechos Fundamentales en deberes, e implicaría una excesiva complexión de la libertad individual por vulneración del principio de autonomía privada, de tal modo que la única finalidad a lograr con ello, sostiene, sería la de invertir el sentido y la funcionalidad de los Derechos Fundamentales pervirtiendo su propia esencia[568]. Además de que, por puro principio, las obligaciones a las que está sujeto el Estado en relación a los Derechos Fundamentales, resultan en sí mismas intransladables a las relaciones jurídicas entre particulares, los cuales disponen libremente de la facultad de determinar "si y cómo van a hacer uso de la libertad y de la igualdad, sin tener en cuenta cuáles son las obligaciones y las prohibiciones impuestas en este ámbito al Estado"[569].

A su vez, el autor aprecia que la teoría de la eficacia directa resulta constitucionalmente inadecuada e insustentable, pues, de una parte, con independencia de que en numerosas oportunidades nos encontremos aparentemente frente a la misma situación de hecho, la solución jurídica ha de ser diferenciada, según que la vulneración producida en el Derecho Fundamental se haya llevado a cabo por una acción estatal o por la de

[568] Günter DÜRIG, "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky,* edición de Theodor Maunz, Isar Verlag, München, 1956, pp.162 y 168; algo similar había apuntado en "Freizügigkeit", en *Die Grundrechte – Die Freiheitsrechte in Deutschland*, Band II, edición de Franz L. Neumann / Hans–Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1954, pp. 507 y ss, 525; e incluso es posible encontrar ya antecedentes dos años antes acerca de por dónde iba a ir su toma de postura favorable a la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, en su "Die Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 des Grundgesetzes: Ein Beitrag zur öffentlich-rechtlichen Verwirkungslehre", en *Juristen Zeitung*, 7, Heft 17, 1952, pp. 513 y ss, especialmente p. 515.

[569] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.,* p. 164.

otro sujeto privado[570]. Sin embargo, parece que ha tenido poco en cuenta que, para el supuesto del tráfico jurídico privado, nos hallaremos ante una colisión de Derechos, por lo que la resolución del caso siempre será diferente de las hipótesis en las que interviene un poder público, aunque también haya aquí supuestos que puedan dar lugar a conflictos. Y, en segundo término, la aplicación de principios constitucionales "dotados de eficacia obligatoria" inmediata y no a través de las normas de Derecho Privado, considera, presenta serias dificultades dogmáticas y consecuencias prácticas trascendentalmente negativas, entre las que destaca el hecho de atentar contra el principio de autonomía privada –a la que se sigue considerando un bien jurídico supremo– en su misma raíz, y, consiguientemente, el hacerlo también contra la emancipación e identidad del sistema de Derecho Privado en su conjunto[571].

Como bien apunta, y más tarde se finalizará concluyendo por uno de sus seguidores, a cambio de los aspectos positivos de una amplia validez y eficacia directa de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas entre particulares, se paga el interés "de una cierta inseguridad jurídica y de una pérdida de autonomía del Derecho Privado"[572].

---

[570] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 164 y 167. En este sentido también en relación a la aplicación del principio de la dignidad de la persona humana en las relaciones entre sujetos privados, del mismo autor "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 81, Heft 2, 1956, pp. 124-125.

[571] Preocupación por la autonomía del Derecho Privado que puso de manifiesto, entre otros diversos momentos, Günter DÜRIG, "Das Eigentum als…", *loc. cit.* en *op. cit.*, especialmente pp. 339 y ss; "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.* pp. 164, 173 y ss, y 183-184; y mucho más recientemente, "Artikel 1", en *Grundgesetz Kommentar*, edición de Theodor Maunz / Günter Dürig / Roman Herzog / Rupert Scholz, C.H. Beck Verlag, München, 1997, p. 65.

[572] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos Fundamentales", en *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans–Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Editoriales Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 108.

En opinión de Günter DÜRIG, el hecho de que los Derechos Fundamentales no puedan tener un efecto absoluto o inmediato en las relaciones jurídicas *inter privatos*, no impide su dirección y canalización hacia ellas a través de las normas de Derecho Privado, esencialmente mediante las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados, institutos por su naturaleza, que pasan a su conversión en instrumentos normativos idóneos para recibir los contenidos valorativos establecidos por las normas constitucionales relativas a las posiciones fundamentales de libertad. A las cuales se integra, cada vez que entra en juego uno de los bienes tutelados por los Derechos Fundamentales, mediante el específico y preceptivo contenido iusfundamental de tipo valorativo; esto es, se reconoce la eficacia de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico privado, pero no directamente, sino solo cuando sea posible a través de las normas de raigambre iusprivatista. Si bien, como decimos, deberá hacerse fundamentalmente a través de la *auctoritatis interpositio* de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados, que serán aplicados mediatamente en las relaciones intersubjetivas una vez concretizados. E indirectamente, de este modo, entrarán en liza los Derechos Fundamentales; pues el aplicador no es libre y deberá construir valorativamente su norma de decisión a partir de esas cláusulas generales que contienen ya valores jurídicos iusfundamentales plenamente objetivados[573].

Es claro, entonces, que a las relaciones jurídicas de Derecho Privado les será aplicado un complejo preceptivo específicamente propio de este sector del Derecho, en relación con el cual, las normas constitucionales iusfundamentales asumen una eficacia mediata como medios

[573] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, 1956 pp. 157 y ss.

interpretativos e integradores, reduciendo con ello los Derechos Fundamentales a la condición de ser uno de los elementos de integración hermenéutica de las disposiciones de Derecho Privado, en otras palabras, actuando en el tráfico jurídico privado a través del filtrado por las normas de este último sector del ordenamiento[574].

Por consiguiente, el único ámbito del tráfico jurídico en el que los Derechos Fundamentales despliegan eficacia por sí mismos directamente es el referido a las relaciones ciudadano–Estado, según las características que presentan los derechos públicos subjetivos, mientras que en las relaciones *inter privatos* la aplicación se hará, en esencia, a través de las normas de Derecho Privado cuando ello sea factible, así como mediante la intermediación de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados, que actuarán como condiciones necesarias y suficientes. Instrumentos idóneos o vehículos adecuados, estima, para llegar a ser colmados por medio de la trasferencia del contenido de los valores incorporados por las normas de Derechos Fundamentales de cara a su operatividad en el campo de Derecho Privado, lo que necesariamente precisará de una ulterior actividad hermenéutica de concretización de tales cláusulas[575].

5.2.2. Primera y breve sugerencia crítica de las premisas de *Günter Dürig*, referidas en el punto anterior.

La tesis de la eficacia mediata, vista hasta ahora en sus rasgos básicos, tiende a negar consciente o inconscientemente la posibilidad de la incidencia directa de los Derechos de libertad en el ámbito de las relaciones interprivadas, y con ello ha sostenido Giorgio LOMBARDI las

[574] Hans–Uwe ERICHSEN, "Die Drittwirkung der Grundrechte", en *Juristische Ausbildung*, 1996, p. 529.

[575] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 157 y ss.

características esenciales de la *Drittwirkung* misma: "*E dunque chiaro, al limite, che la tesi volta a ravvisare nelle chausole generali il veicolo per la Drittwirkung, altro non sia che un aspetto –particolarmente qualificato– della negazione della Drittwirkung stessa*"[576].

En este caso, ya no es el Derecho Fundamental el aplicado y encargado de desplegar eficacia dentro del ámbito de las relaciones jurídicas privadas, sino el principio a partir del cual trae justificación el mismo[577]. Y no parece admisible una inseguridad y una postergación tan alta de las normas que ocupan el estrato jerárquico más elevado dentro del sistema jurídico, expresivas, por demás, del orden de valores supremos de la comunidad.

Es claro, como ya se apuntó desde el capítulo segundo, que la opción por la eficacia mediata o inmediata deviene fruto de una posición ideológica, pero también resulta ser verdad que la Constitución del Estado Social se traduce en una opción conscientemente favorable a un constitucionalismo de la igualdad y de la justicia social, mucho más acorde en su teleología con la teoría de la eficacia inmediata, lo cual, en realidad, termina por condicionar al intérprete, a quien le resulta vedado realizar sus precomprensiones, exclusivamente, desde una teoría liberal de la Constitución. Y según parece también evidente, la elección de la teoría de la vinculación indirecta de los particulares a los Derechos Fundamentales, responde con claridad más bien a un constitucionalismo de corte liberal–burgués[578]. Además, tampoco convence el intento de diferenciar Derechos Fundamentales en particular, y, por ejemplo, otorgar a los comprendidos entre los artículos 7 a 13 de la *Grundgesetz*

[576] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentale*, Vol. I, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1970, p. 66.

[577] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, p. 71.

[578] En este sentido, por ejemplo, Marc FRANGI, *Constitution et Droit Privé – Les Droits Individuels et les Droits Economiques*, Economica, Paris, 1992, pp. 12 y ss.

solamente un efecto mediato (para el resto sería inmediato) en comparación con el efecto directo que para esos casos viene atribuido al Legislador de Derecho Privado[579].

En fin, el punto de partida de las reflexiones ahora sometidas a cuestionamiento, son los efectos de los Derechos Fundamentales, reconocidos de forma casi unánime, como Derechos de defensa frente al Legislador de Derecho Privado[580]. De cualquier modo, bien sabemos, el Legislador está obligado siempre a respetar la Constitución, sin embargo, hay críticos que incomprensiblemente ponen en duda tal obligación para el de Derecho Privado, al entender que la Ley ordena los intereses contrarios de las personas jurídico–privadas y, por lo tanto, solo norma sobre los asuntos con carácter general[581]. Pero esta última tesis, tanto

[579] Como es la propuesta insinuada, partiendo de similares premisas, por Jost PIETZCKER, "Drittwirkung — Schutzpflicht — Eingriff", en *Das Akzeptierte Grundgesetz*, *Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, edición de Hartmut Maurer / Peter Häberle / Walter Schmitt Glaeser / Wolfgang Graf Vitzthum, C.H. Beck Verlag, München, 1990, p. 352; en contra críticamente por esta diferenciación de eficacia desplegada según la "clase" de Derechos Fundamentales, Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 375.

[580] Además de la precitada sentencia, por ejemplo, BVerfGE 87, 114, (135 y ss), de 23 de septiembre de 1992; o BVerfG, 26.5.1993 – BvR 208/93. Asimismo, por ejemplo, Peter BADURA, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 6ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2015; Albert BLECKMANN, *Staatsrecht* II – *Die Grundrechte*, 4ª ed., Heymanns Verlag, Köln–Berlin–Bonn–München, 1997, p. 193; Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und Privatrecht", en "*Archiv für die civilistische Praxis*", Band. 184, 1984, p. 112; del mismo "Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht", en *Juristen Zeitung*, 42, Heft. 21, 1987, pp. 993 y ss; "Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 162; Johannes HAGER, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, C.H. Beck Verlag, München, 1990, pp. 19 y ss; "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 374.

[581] Franz BYDLINSKI, "Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht", en *Österreichiche Zeitschrift für öffentliches Recht*, Band. XII, 1962-63, p. 443; Wolfgang ZÖLLNER, "Die politische Rolle des Privatrechts", en *Juristische Schulung*, 1988, pp. 329 y ss; Ferdinand O. KOPP, "Fiskalgeltung und Drittwirkung der Grund– und Freiheitsrechte im Bereich des Privatrechts", en *Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag*, edición de Hermann Baltl, Leykam–Verlag, Graz, *1975*, p. 149; además de la posición de Uwe DIDERISCHEN en el mismo sentido ya vista *ut supra*, y analizada en el Capítulo III.

desde el punto de vista del resultado como desde sus premisas teóricas, no se reputa en absoluto convincente[582].

Asistía por ello mucha razón a Giorgio LOMBARDI, cuando expusiera que los Derechos Fundamentales, en el ámbito de las relaciones jurídicas entre actores no estatales, no operarían como tales de acuerdo con la teoría de la eficacia mediata, "esto es, en su cualidad de derechos subjetivos, sino que desplegarían una eficacia solamente indirecta, e incluso, menos aún, solamente en la medida en que expresan un principio general de valor"[583]. E igualmente llevaba razón cuando sostuvo que a partir del momento en que las normas iusfundamentales despliegan eficacia interpretativa, es evidente que resulta prácticamente imposible hablar de eficacia entre particulares de esas disposiciones, que han de considerarse, para este orden de ideas, con la misma cualidad de norma de principio en el marco de una interpretación sistemática, si

[582] El camino que elige el Legislador para concretizar los Derechos Fundamentales es su libre decisión democráticamente adoptada y no depende obligatoriamente de la Constitución, aunque sí debe respetar esta. Ese hecho no tiene nada que ver con un efecto indirecto de los Derechos Fundamentales en su papel como especificación de los derechos civiles, ya que el Legislador también tiene un cierto margen en el diseño de las leyes de naturaleza pública, siempre y cuando no viole normas de rango superior. La opinión de que exista un defecto disminuido, mediato, de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, nos lleva a un camino equivocado, ya que para los ámbitos de derechos de defensa se nos cierra esa posibilidad de libertad legislativa de concretización sin que exista ninguna alternativa para elegir. La libertad de expresión que está anclada jurídicamente en la Constitución, señala la doctrina científica alemana, no puede ser modificada por el § 823 1 BGB, meramente por el hecho de que la norma sería, desde el punto de vista interpretativo, una infracción de la Constitución, porque, obvio es, las normas de menor rango jerárquico no pueden vaciar la *norma normarum*. Dicho de otro modo: el derecho general de personalidad como derecho absoluto según se estipula en el § 823 1 BGB no puede limitar la libertad de expresión, si ponderamos los Derechos Fundamentales en cuestión, Karl DOEHRING, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3ª ed., Alfred Metanera Verlag, Frankfurt *am* Main, 1984, pp. 199 y ss; Franz GAMILLSCHEG, **"**Die Grundrechte im Arbeitsrecht", en *Archiv für die civilistische praxis*, Band. 164, 1964, pp. 404, 414, 425, citados por Johannes Hager, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 376.

[583] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, p. 70.

bien, entonces, "no opera aquí el Derecho fundamental sino el principio que le justifica"[584].

5.2.3. En fundamento expreso de su tesis, según *Günter Dürig*, en el texto de la Ley Fundamental de Bonn.

5.2.3.1. El fundamento expreso en sentido propio.

5.2.3.1.1. La construcción argumentativa con apoyo en el Derecho Constitucional positivo.

Esta teoría de la eficacia mediata, para Günter DÜRIG, es la consecuencia del reconocimiento operado por el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn del Derecho general de libertad humana que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional alemana, comprende la libertad general de acción, así como el Derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido a modo de "libertad de la acción humana en el más amplio sentido"[585]. Los cuales, sin embargo, admite, deberían proseguir siendo valores fundamentales a tener en cuenta a los efectos de la resolución de los supuestos específicos de carácter conflictivo planteados por agresiones a los restantes Derechos Fundamentales que se susciten en el ámbito del Derecho Privado, como consecuencia de acciones imputables, lógicamente, dentro del marco de las relaciones intersubjetivas[586].

---

[584] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, pp. 70-71. En el mismo sentido, Walter LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1960, p. 363.

[585] Así interpretado desde la BVerfGE, 6, 32, (36).

[586] No obstante, más tarde, evidencia superior preocupación por la dependencia de los sujetos privados respecto de los poderes sociales, al estimar que "la doctrina acerca de la aplicación directa de los Derechos Fundamentales al tráfico jurídico privado, recibe su verdadero atractivo de la necesidad de proteger al hombre de los poderes sociales intermedios, con los que, en contra de lo que presupone el Derecho Privado tradicional, efectivamente, no se relaciona en términos paritarios sino que más bien está en mayor o menor medida sometido a ellos", Günter DÜRIG, "Zum Lüth–Urteil des Bundesverfassungsgerichts…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 197.

Asimismo, al lado del Derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconoce el autor la posición suprema de la Dignidad humana (artículo 1.1 de la *Grundgesetz*), pero no se limita a establecer un contenido negativo de la misma, como sería el reclamo de la abstención de perpetrar cualquier violación de esa Dignidad y de los Derechos Fundamentales a ella vinculados, ni exclusivamente a su consideración como valor moral, sino que se refiere también a su comprensión como la posición jurídica más sobresaliente del ordenamiento, necesitada de concretización por medio de categorías normativas y límite infranqueable para los poderes públicos. Un valor que prohíbe tratar al hombre como objeto, e implica asimismo la igual y libre autodeterminación de todos los individuos al margen de sus características personales[587]. Consideración en sentido teleológicamente coincidente con lo expresado por Karl LARENZ, para quien el principio fundamental "del Derecho, del cual arranca toda regulación, es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro en todo lo que concierne a su existencia exterior en el mundo visible (vida, integridad física, salubridad) y en su existencia como persona (libertad, prestigio personal)"[588].

Por consiguiente, desde este planteamiento, la aplicación inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, resulta constitucionalmente inaceptable, por cuanto colisiona frontalmente con el principio de Dignidad humana y con el Derecho al libre desarrollo de la personalidad (del que el principio de autonomía privada es una importante proyección) constitucionalmente garantizados

[587] Günter DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp, 117 y 126-127.

[588] Karl LARENZ, *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*, Editorial Cívitas, Madrid, 1985, p. 57.

de modo expreso, a la vez que limitando excesivamente este último principio así como la libertad individual[589].

Según considera, en relación con lo dicho hace unas líneas, el principio superior del ordenamiento jurídico, cual es la aludida Dignidad intangible del hombre (artículo 1.1. de la *Grundgesetz*) que los poderes públicos están obligados a respetar y tutelar, junto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad interpretado como ha sido por la jurisprudencia constitucional en sentido amplio, deben forzosamente concordarse en términos prácticos. Conexión que permite configurar un "ámbito autónomo de desarrollo de la propia vida, en el que el particular puede llevar a cabo y preservar su propia individualidad"[590], lo que es indudablemente un buen punto de partida para reconocer la necesidad de dotar de algún tipo eficacia a los Derechos Fundamentales en el ámbito del Derecho Privado respetando la libertad de los sujetos no estatales y el sacrosanto principio de la autonomía de la voluntad[591].

Concordancia práctica entre ambos preceptos, habitualmente interpretada en el sentido de que el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn muestra estáticamente a la persona, podemos afirmar, en cuanto es; mientras el artículo 2.1 la concibe dinámicamente, vale decir, tal como actúa[592]. Al efecto, como venimos viendo, propondrá Günter DÜRIG la teoría de la *Drittwirkung* indirecta, pues considera solo esta

[589] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…, *op. cit.*, p. 168.

[590] BVerfGE 35, 202 (220).

[591] Günter DÜRIG, "Art. 2 des Grundgesetzes und unter die Generalermächtigung zu allgemein polizeilichen Maßnahmen", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 79, 1953-1954, pp. 57 y ss.

[592] Por todos, Günter DÜRIG, "Die Menschenauffassung des Grundgesetz", en *Juristische Rundschau*, 1952, pp. 259-261.

construcción dogmática respeta los aludidos principios[593], además de tener siempre en cuenta el valor supremo del ordenamiento, la Dignidad humana, a modo de parámetro valorativo de cara a la especial comprensión de los Derechos Fundamentales[594].

De esta forma, tal como concluyera más tarde en la misma dirección el Tribunal Constitucional Federal alemán, toda vez que el principio de Dignidad humana viene caracterizado por ser el origen de los demás Derechos Fundamentales[595], se constituye en el propio fin supremo a preservar por el ordenamiento[596]. Y resulta susceptible derivar del mismo "deberes constitucionales (…) de protección que ordenan configurar las normas jurídicas de tal forma que también se evite el peligro de que se produzcan vulneraciones de los Derechos Fundamentales", no solo las procedentes de los poderes públicos sino, asimismo, las que tengan su origen en actos realizados por los particulares. En realidad, "la Constitución contempla los Derechos Fundamentales como la realización más eficaz de esa protección de los valores en el ámbito del Derecho positivo, de lo cual se deriva que esos valores garantizados frente al Estado a través de los Derechos Fundamentales, también deben ser protegidos cuando son vulnerados por sujetos privados o colectivos sociales"[597]. Concretización de ese deber de protección que será en cada caso determinado en primer lugar por el Legislador, atendiendo al tipo de

[593] Günter DÜRIG, "Das Eigentum als…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 339 y ss; asimismo "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 124-125.

[594] Günter DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 117 y 121 y ss.

[595] BVerfGE 93, 266, (293).

[596] BVerfGE 12, 45, (51).

[597] Günter DÜRIG, "Zum Lüth–Urteil des Bundesverfassungsgerichts…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 198.

amenaza, a su inminencia, alcance, al rango del bien jurídico protegido y considerando también a las normas ya existentes[598].

Por demás, ese Derecho general de libertad impeditivo de que los Derechos Fundamentales tengan un efecto absoluto en las relaciones jurídicas entre particulares, evita con ello (nos referimos al reconocimiento de la ausencia de efectos absolutos) un dominio total del Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado, precisamente, cuando la obligación que incumbe a los poderes públicos de proteger los Derechos Fundamentales frente a vulneraciones provenientes de sujetos privados ha de llevarse a la práctica por medio del orden jurídico–privado, desde el respeto, como es natural, de los valores esenciales del ordenamiento constitucional. En este sentido, un conflicto entre particulares sobre derechos y deberes regulados por "normas de Derecho Civil influidas por los Derechos Fundamentales, sigue siendo material y procesalmente un litigio de Derecho Civil: lo que se interpreta y aplica es el Derecho Civil, aunque su interpretación haya de obedecer al Derecho Público, a la Constitución"[599]. Consecuentemente, la eficacia mediata frente a particulares de las normas de rango iusfundamental, radica en su "ascendiente sobre los preceptos aplicables de Derecho Civil, que hay que tener en cuenta a la hora de interpretarlos"[600].

Según la teoría pretende expresar, en las relaciones jurídicas de naturaleza privada, los Derechos Fundamentales, efectivamente aplicados de forma inmediata a las relaciones jurídicas ciudadano–poderes estatales, resultan de obligada modulación referente a su eficacia a través de un órgano del Estado, atendido sea el principio fundamental del Derecho Privado, esto es, el de autonomía privada; así como a la

[598] BVerfGE, 88, 203, (253-254).

[599] BVerfGE 7, 198, (206).

[600] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 107.

salvaguardia de la responsabilidad individual y la garantía en el ámbito negocial de los derechos de la personalidad dado su condición de inviolables, imprescriptibles, irrenunciables e intransmisibles[601]. De este modo, para aquellos supuestos de conflictos desencadenados entre posiciones iusfundamentales de sujetos privados, el órgano judicial respectivo no podrá acudir directamente a las normas de Derechos Fundamentales pero sí deberá tener en cuenta la Constitución, lo que tendrá que realizar a través de la interpretación de las normas de Derecho Privado de aplicación al caso mediatizadas por el contenido de los Derechos Fundamentales, y más frecuentemente, por medio de los conceptos jurídicos indeterminados, o, en fin, sobre manera, a través de las cláusulas generales, influidas igualmente, o colmadas, por el orden material de valores propio de los preceptos iusfundamentales; invocando en este caso concreto conceptos tradicionales de Derecho Privado, entre los que se encuentran, singularmente, los de orden público y buenas costumbres[602].

De este modo, considera, también se estaría estableciendo con ello límites al principio de autonomía privada. Sin embargo, están alejadas para la teoría de los efectos inmediatos, como ya hemos visto, las preocupaciones por una excesiva limitación de ese principio que, también tutelado constitucionalmente, su eficacia frente a los Derechos Fundamentales deberá resolverse en términos de ponderación proporcionada, sin postergación apriorística alguna de la autonomía privada o del Derecho Fundamental con el cual se haya producido el choque. Con lo cual, en palabras de otro convencido defensor de la eficacia mediata, el Derecho Civil descansa "sobre la protección de la personalidad, y sobre la autonomía privada forma parte de las

[601] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 176 y ss.

[602] Para esta posibilidad, doctrinal y jurisprudencialmente admitida de la protección de los Derechos Fundamentales mediante su limitación, por todos, ahora, Reinhard SINGER, "Vertragsfreiheit und der Schutz des Menschen vor sich selbst", en *Juristen Zeitung*, 50, Heft 23, 1995, p. 1141.

condiciones fundamentales del orden constitucional de la Ley Fundamental. La libertad privada de la persona, que el Derecho Civil presupone y para cuya preservación y desarrollo dispone de normas y procesos jurídicos, es requisito indispensable para las decisiones responsables y para la posibilidad misma de decidir"[603].

Así consideradas las cosas, los sujetos privados disponen inicialmente de la facultad de decidir libremente entre ellos, sin que precisen tener en cuenta los deberes y las prohibiciones de los Derechos Fundamentales, direccionados hacia el Estado, acerca de sí y cómo harán uso de su libertad y de su igualdad[604].

5.2.3.1.2. Lo que posiblemente trató de evitarse.

Atendiendo a estas circunstancias, conforme postula y hemos visto sucintamente, tanto el constructor inicial de la tesis de la eficacia mediata, como sus propios epígonos, a fin de salvar las dificultades de orden dogmático y las correspondientes consecuencias prácticas que dificultarían el reconocimiento general de la *Drittwirkung* en su versión pura, fue necesario idear, tal como acabamos de comprobar, la teoría de la eficacia indirecta de las normas iusfundamentales para las relaciones intersubjetivas. Lo previo supone el condicionamiento de la eficacia de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas a la mediación de un órgano estatal, el cual, adicionalmente, al hallarse vinculado inmediatamente por las normas iusfundamentales, ha de atenerse y respetar la obligación de protección derivada de la dimensión objetiva del orden material de valores supremo.

---

[603] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1995, p. 86.

[604] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 164.

Sin embargo, con buenas dosis de razón, para uno de nuestros primeros y más destacados detractores de la teoría de los efectos indirectos, en puridad, nos hallamos ante una construcción ideada por quienes "niegan la existencia y eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales"[605]. Cuando verdaderamente, prosigue, la atribución de eficacia inmediata a un Derecho Fundamental no implica que el mismo se vaya a imponer de forma automática y plena para cualquier clase de relación jurídica privada en la que intervenga, al contrario, es de esencia a la propia naturaleza de todo Derecho Fundamental la característica de la flexibilidad, tocante a la necesidad que tiene frecuentemente de concordar prácticamente con otros Derechos Fundamentales y bienes o valores constitucionalmente amparados[606]. Y no le falta razón, porque como igualmente ha sido posible concluir, un Derecho "cuyo reconocimiento, cuya existencia" en cualquier tipo de relación jurídica "depende del legislador", hace que nos encontremos ante la presencia, simplemente, de "un derecho de rango legal", toda vez el "derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su

[605] Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Editorial Cívitas, Madrid, p. 62. Asimismo, se ha mantenido posteriormente, en términos parecidos, que, a través del análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán, como se percibe, se descartan las soluciones consideradas extremas, caso de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, de un lado, y la imposibilidad de que esos Derechos irradien efectos directamente en el Derecho Privado, de otro. De este modo, la teoría de la eficacia mediata, puede ser considerada como una solución intermedia ideada con la finalidad de salvar los obstáculos de orden dogmático que dificultan el reconocimiento general de la *Drittwirkung* en su versión pura o fuerte, mediante la operación de condicionamiento de la eficacia de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones intersubjetivas a la mediación de un órgano estatal que, en su caso, sí está vinculado inmediatamente a esos Derechos, Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editoriales Boletín Oficial del Estado–Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 283.

[606] Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos…, op. cit.*, pp. 54 y ss.

contenido por el legislador"[607]. De hecho, la eficacia mediata hace aparecer a los Derechos Fundamentales "como simples intereses ocasionalmente amparados, esto es, como derechos reflejos del derecho objetivo establecido en la legislación ordinaria"[608], y siempre vinculados en las relaciones intersubjetivas a la actividad previa de los poderes públicos. Y bien nos han asimismo prevenido, en el sentido de que una concepción de los Derechos "más como derechos legales que como derechos fundamentales, en definitiva, una cultura jurídica <<legalista>> y no <<constitucionalista>> es difícilmente compatible con la existencia de una Constitución democrática, esto es, de una Constitución auténtica"[609].

Efectivamente, de acuerdo a esta construcción de la eficacia mediata, ese previo aludido derecho general de libertad consagrado por la Constitución, comprende, obviamente, la libertad específica de obligado reconocimiento a favor de los intervinientes en una relación jurídica privada, al objeto de poder sustraerse a la aplicación directa a la misma de las normas de Derechos Fundamentales, las cuales, respecto de los actos debidos a los poderes públicos resultan en tales casos incontrovertibles por cuanto les vinculan inmediatamente. En tanto los particulares, por el contrario, pueden decidir con entera libertad si van a hacer uso de su libertad e igualdad y cómo lo van a terminar efectuando, independientemente de cuáles sean las obligaciones y prohibiciones a

[607] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, 3ª ed., edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 274.

[608] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales)", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio–Enrique Pérez Luño, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 268.

[609] Manuel ARAGÓN REYES, "La Constitución como paradigma", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Editoriales Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007, p. 37.

imponer en ese ámbito a los poderes públicos[610]. En puridad, lo previo revela la preocupación por mantener un distinto modo de tutela de los Derechos Fundamentales según desplieguen su eficacia en el ámbito público como derechos públicos subjetivos, negando la misma garantía y efectos directos cuando desarrollan su influencia en el tráfico jurídico privado.

Sin embargo, conforme a lo visto líneas más arriba, considera la teoría de la eficacia mediata que de no resultar posible la libertad para esquivar la aplicación inmediata de los Derechos Fundamentales a las relaciones intersubjetivas, ello supondría una importante afectación de la libertad del individuo y, en particular, la libertad contractual devendría seriamente cuestionada; libertad que en términos de proporcionalidad, contrariamente por nuestra parte, entendemos puede limitarse sea en garantía o protección de sí misma, sea para la tutela de alguno de los restantes Derechos Fundamentales[611].

5.2.3.2. Las consecuencias esenciales derivadas.

De lo anterior, extrae Günter DÜRIG el deber resultante para los órganos estatales –el Poder judicial incluido– de reconocer inicialmente la legalidad de contratos y negocios jurídicos unilaterales, celebrados libremente entre sujetos privados, así como la de las acciones y omisiones entre particulares, aun cuando contravengan disposiciones de Derechos Fundamentales libremente consentidas; mientras estos, sin

[610] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit. e*n *op. cit.*, 1956 p. 159.

[611] En concreto, Günter DÜRIG sostiene acerca del significado de las Libertades fundamentales que, *prima facie*, no existe un deber consistente en hacer uso de las mismas, sino que se emplean cómo y cuándo su titular decide, "Grundrechte und…, *loc. cit.* en *op. cit.* pp. 162-163. Dos críticas fuertes a toda la construcción teórica de Günter Dürig, y, en general, a la tesis de la eficacia mediata, pueden verse en Walter LEISNER, *Grundrechte und…, op. cit.*, pp. 285 y ss, 354 y ss; y en Horst KAUFMANN, "Die Einrede der entgegenstehenden Gewissenspflicht", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 161, Heft 4, 1962, pp. 289, 295 y ss.

embargo, vincularían inmediatamente y con carácter absoluto a los poderes estatales en aquellos supuestos en los que intervinieran como parte[612]. Porque, de conformidad hemos apuntado, desde la perspectiva considerada por los postuladores de la eficacia mediata, el catálogo de Derechos Fundamentales se dirige contra el Estado y no contra los particulares, por cuanto la autonomía privada quedaría amenazada si los actores no estatales estuvieran sometidos en su actuación a los mismos límites impuestos a los poderes públicos frente a sus eventuales injerencias.

Defiende entonces Günter DÜRIG una concepción dualista de los Derechos Fundamentales, pero no exactamente en el sentido o con el alcance que estableciera luego el Tribunal Constitucional Federal alemán respecto de la dimensión objetiva de aquellos, referente a la cual el autor mostró siempre sus recelos. Sino, más bien, considerando, de una parte y en primer lugar, que le corresponde proteger los derechos subjetivos constitucionales del individuo frente al Estado, y, en segundo término, amparar indirectamente, dado su carácter de decisiones valorativas objetivas (*objektive Wertentscheidungen*) proyectadas al conjunto del ordenamiento, tanto los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, como la libertad contractual de los sujetos privados, amén de la misma autonomía del Derecho Privado[613].

Ahora bien, contrariamente a lo que podría dar impresión a partir de una ligera lectura del punto anterior, la libertad de los individuos y la autonomía del Derecho Privado carecen, ambos, evidentemente, de

[612] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.* pp. 158 y ss. Esto significa para el autor, que en el ámbito del Derecho Privado existe la libertad de dejarse tratar desigualmente, la libertad de no ejercer las singulares libertades, la libertad de tratar a otros en términos desiguales, así como la libertad de aceptar la renuncia contractual a las libertades fundamentales y exigir el cumplimiento de los contratos, aunque estos impliquen restricciones de la libertad, siempre que todo ello se haya realizado desde una posición de libertad real.

[613] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 164 y ss.

carácter absoluto, también para esta teoría de la eficacia mediata[614]. Pues de no entenderse así, nos hallaríamos en presencia de una dualidad jurídica radical entre la esfera propia de los Derechos Fundamentales y el ámbito correspondiente al Derecho Privado u otros sectores del ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, frente a un indeseado entramado normativo dentro del cual los Derechos Fundamentales carecerían de capacidad jurídica, al efecto de producir efecto alguno en el campo del Derecho Privado.

A fin de evitar esa inaceptable separación y sus consecuencias, y buscando el beneficio de lograr, por el contrario, la conciliación de los Derechos Fundamentales con el Derecho Privado, como modo impeditivo de la producción real de dominación a cargo de un ámbito jurídico sobre el otro, la idea aportada viene a cuajar su traducción mediante la defensa de la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas a través del sistema conceptual propio del Derecho Privado. De este modo, las normas del sector jurídico iusprivado se encontrarán inmediatamente vinculadas a los Derechos Fundamentales, en tanto los actos de los sujetos privados lo estarán conforme a parámetros indirectos. A saber, la aplicación de normas iusfundamentales como normas objetivas a los conflictos entre los sujetos privados, debe producirse, en primer término, a través de disposiciones de Derecho Privado directamente reguladoras de este ámbito que reproduzcan el contenido de preceptos constitucionales iusfundamentales, o bien, y fundamentalmente a la postre, mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas generales tradicionalmente reconocidas por el Derecho Privado. Es más, el contenido de ese último bloque normativo, ha de ser colmado

[614] Reinhard SINGER lo ha expresado con claridad, al señalar que al margen de la teoría de la eficacia que se considere correcta, es lo cierto que los Derechos Fundamentes tienen una cierta "vigencia en el tráfico jurídico–privado y que dentro de ese ámbito establecen límites a la libertad contractual", "Vertragsfreiheit, Grundrechte und der…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 1134.

iusaxiológicamente –esto es, a través de la introducción de los valores materiales constitucionalmente consagrados en las disposiciones iusfundamentales–, lo cual recibe la estima de particularmente idóneo para trasladar al Derecho Privado, como normas inmediatamente vinculantes, el orden objetivo de valores integrante del contenido sustancial de las normas de Derecho Fundamental.

Se desarrolla, de esta forma, la función de defensa de los Derechos Fundamentales que la Constitución encomienda a los poderes públicos, e incumbe ante todo a la jurisdicción ordinaria[615]; mientras la aplicación inmediata únicamente es llevada a cabo cuando la legislación de Derecho Privado no fuera suficiente, a través de sus principios y normas ya insuflados por el orden material de valores supremos, al objeto de encontrar una solución adecuada desde la perspectiva constitucional; posibilidad esta última, también rechazada por una buena parte de los postuladores de la eficacia mediata.

Con todo, Günter DÜRIG llegó a admitir la vinculación de los particulares al principio (Derecho Fundamental en Alemania) de la Dignidad humana, recogido por el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn, e impositivo, a su juicio, de un deber de protección extensible incluso frente a las fuerzas extraestatales, así como también la función directa de los Derechos Fundamentales al objeto de colmar lagunas tocantes a la protección y tutela de los valores esenciales del ordenamiento jurídico colocados en la base de este: la Dignidad humana y el resto de Derechos Fundamentales[616].

[615] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 176-177.

[616] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 179.

5.2.4. Acogimiento de las tesis de *Günter Dürig* por el Tribunal Constitucional Federal alemán a través de la *Lüth-Entscheidung* (aun cuando la sentencia adicionara aportaciones propias relevantes).

Aun cuando volveremos específicamente en diversos momentos sobre el contenido de la sentencia, vamos a hacer ahora una referencia genérica acerca de la primera decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán que acoge inicialmente la tesis de la eficacia mediata sobre la base de las construcciones doctrinales de Günter Dürig, a quien expresamente cita el Tribunal -pero no solo- y a las que añade aspectos propios relevantes. Por lo tanto, referido al orden jurisdiccional, se incorporó por el Tribunal Constitucional Federal alemán la "*doctrina Dürig*" a través del citado pronunciamiento dictado en el caso *Lüth*, en el que este órgano parte de la formulación acerca de que la Ley Fundamental "erige en la sección referente a los Derechos Fundamentales un orden objetivo de valores (…) que debe valer en cuanto decisión fundamental de ámbito constitucional para todas las áreas del Derecho"[617]. Por lo cual, el Tribunal considera la obligación que corresponde al juez de "verificar si, en virtud de la imposición constitucional, las normas materiales de Derecho Civil por él utilizadas deben ser influenciadas por los Derechos Fundamentales. Si fuera ese el caso, tendrá que tener en consideración la modificación de ahí resultante para el Derecho Privado, en la interpretación y aplicación de esos preceptos (…) Esa influencia del orden objetivo de valores se hará sobre todo valer a través de las cláusulas generales de Derecho Privado, como

[617] Según recuerda Hans D. JARASS, el *Bundesverfassungsgericht*, en términos muy semejantes a como lo hace en la sentencia del caso *Lüth*, previamente, en una decisión de 1957 (BVerfGE 6, pp. 55 y ss), hace referencia al contenido de los Derechos Fundamentales como normas objetivas, "Die Grundrechte: Abwehrrechte und objetive Grundzatznormen", en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, edición de Peter Badura / Horst Dreier, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2001, p. 36.

es el caso del § 826 BGB. A pesar de ello, el contenido normativo de los Derechos Fundamentales en su consideración de normas objetivas se desenvuelve en el Derecho Privado, a través de los preceptos que directamente rigen para esta rama del Derecho (…) En cuanto el nuevo Derecho debe estar en armonía con el sistema de valores de los Derechos Fundamentales, el Derecho preconstitucional subsistente debe ordenarse conforme a ese sistema de valores, del cual recibe un específico contenido jurídico constitucional que en todo caso determina su interpretación. Una controversia entre particulares sobre derechos y deberes que derivan de tales normas de Derecho Civil influidas por los Derechos Fundamentales, sigue siendo material y procesalmente una controversia de Derecho Civil: se interpreta y aplica Derecho Civil, aun cuando su interpretación ha de seguir al Derecho Público, a la Constitución".

Con lo cual, "la influencia de los Derechos Fundamentales, como criterios valorativos, se realiza sobre todo mediante aquellas disposiciones de Derecho Privado que contienen Derecho imperativo y, por lo tanto, forman parte del orden público en sentido amplio, esto es, mediante los principios que, por razón de interés general, también deben ser vinculantes para la modelación de las relaciones jurídicas entre los individuos y, por eso, se hallan sustraídos al dominio de la autonomía de la voluntad. Estas prescripciones, tienen según finalidad una vinculación próxima con el Derecho Público, al cual se añaden de modo complementario. Y se tiene que exponerlas, en especial medida, al influjo del Derecho Constitucional. Para la realización de esa influencia sirve a la jurisdicción sobre todo las <<cláusulas generales>> que, como el § 826 BGB, remiten, para juzgar la conducta humana, en base a parámetros metaciviles, e incluso, metajurídicos, como el de <<buenas costumbres>>. Entonces, al decidir lo que los mandatos sociales exigen en el caso correspondiente, tiene que partirse, en primera línea, de la totalidad de concepciones valorativas que el pueblo ha alcanzado en un momento determinado de su evolución espiritual y cultural, y que ha

fijado en su Constitución. Por eso, han sido caracterizadas las cláusulas generales, con razón, como los *puntos de irrupción* (*Einbruchstellen*) de los Derechos Fundamentales en el Derecho civil (Dürig)[618] (…) El Tribunal superior de instancia ha basado la condena del recurrente en amparo en el § 826 BGB".

Admite la sentencia que el comportamiento "del recurrente habría infringido las buenas costumbres, en el sentido de esta prescripción, a saber, las <<concepciones jurídicas democráticas y las concepciones de la costumbre del pueblo alemán>> y, por eso, representaría una acción no autorizada, porque no sería reconocible un fundamento de justificación jurídica[619]". Precisamente por esta razón, "se limita la cuestión a si el Tribunal superior, en la aplicación de esta cláusula general, ha reconocido el significado y alcance del Derecho Fundamental a la libre manifestación de opinión y si ha ponderado frente a los intereses de Harlan y de las sociedades fílmicas[620]" tal enunciado iusfundamental.

Así vistas las cosas, es lo cierto que "el § 826 BGB remite al parámetro de las <<buenas costumbres>>", mas "aquí no se trata de cualquier modo de principios preexistentes y, por ello, inmodificables de pura moralidad, sino de concepciones de <<gente respetable>> de lo que <<pertenece>> en el tráfico jurídico entre los consociados. Estas concepciones son mutables históricamente y pueden por ello –dentro de ciertos límites– ser influidas también a través de mandatos y prohibiciones jurídicas. El juez al que corresponde indagar, según esto, lo exigido y prohibido socialmente en el caso concreto, ha de atenerse, como se desprende de la naturaleza de las cosas y como también le está impuesto por el art. 1.3 de la Ley Fundamental, a aquellas decisiones fundamentales de valores y a los principios del ordenamiento social que

[618] BVerfGE, 7, 198, (206).

[619] BVerfGE, 7, 198, (214).

[620] BVerfGE, 7, 198, (214-215).

él halla en la sección de los Derechos Fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. Es dentro de este orden de valores que, a la vez, es un orden axiológico jerarquizado, como ha de llevarse a cabo la ponderación aquí exigida entre el Derecho Fundamental del art. 5.1.1 de la Ley Fundamental y los Derechos y bienes jurídicos que limitan su ejercicio"[621] (…) Por todo lo anterior, el *Bundesverfassungsgericht* consideró que, en este caso, al enjuiciar la conducta del recurrente, el Tribunal de instancia ignoró, en concreto, el efecto irradiación de la libertad de expresión en la interpretación del concepto contrario a las buenas costumbres del § 826 BGB.

Siguiendo esta línea de ideas, valoraría el *Bundesverfassungsgericht* que el órgano judicial de instancia al aplicar el § 826 BGB, había omitido analizar la influencia de los valores, integrantes del contenido de las normas de Derechos Fundamentales en el Derecho Privado, así como el hecho de que este pudiera lesionar las disposiciones de naturaleza iusfundamental aplicando normas de Derecho Privado en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, pues también los órganos del poder judicial se encuentran vinculados a los Derechos Fundamentales. En concreto, en el caso en cuestión, como terminamos de citar, por lo referido al Derecho de libertad de expresión, debió integrarse materialmente en el contenido de la cláusula general de "buenas costumbres" del § 826 BGB, la cual, tuvo que haberse interpretado "a la luz del orden de valores de la Ley Fundamental", y al proceder de modo distinto, e ignorar la irrupción del contenido del Derecho Fundamental a la libertad de expresión en la cláusula general aplicada, consideró anulable la impugnada sentencia de instancia que se había limitado a aplicar la legislación civil con independencia de la Ley Fundamental de Bonn.

Como podemos observar, para esta teoría, la cuestión queda reducida a la problemática de la relación correcta a establecer en el caso

[621] BVerfGE, 7, 198, (215).

entre la Constitución y la Ley. Ahora bien, como quiera que el recurso de amparo constitucional en Alemania solo se puede interponer ante violaciones concretas de Derechos Fundamentales imputables al poder público, el Tribunal Constitucional Federal alemán se encontró ante la necesidad de salir de la aporía, y lo hizo a través de estimar tácitamente que el recurrente en amparo, en realidad, no había ejercido su Derecho Fundamental de libertad de expresión, imputando la autoría de la vulneración de este Derecho Fundamental al Tribunal Superior de instancia de Hamburgo[622].

5.2.5. Recapitulación: aspectos nucleares identificadores de la teoría de la eficacia mediata.

5.2.5.1. Premisas argumentativas de carácter recapitulador.

Según ha venido considerando la doctrina científica, el punto de apoyo global y consolidado de la teoría de la eficacia mediata se concreta en el hecho de que las disposiciones de Derechos Fundamentales a través de la dimensión objetiva de los mismos, despliegan eficacia indirecta para las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados a través de las normas y de los parámetros dogmáticos, interpretativos y aplicativos incorporados por el sistema del Derecho Privado que contiene disposiciones de contenido obligatorio. Vale decir, en los supuestos de casos concretos de colisión, la interpretación–aplicación de las disposiciones de Derechos Fundamentales no se lleva a cabo *ex constitutione*, sino moduladas en su contenido por medio de las normas y de los parámetros dogmáticos y hermenéutico-aplicativos propios del

[622] Günter DÜRIG, "Zum Lüth–Urteil des Bundesverfassungsgerichts…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 194-197.

orden jurídico–privado, lo que obliga, dirá Claus–Wilhelm CANARIS, a tener en cuenta los criterios seguidos por este sector del ordenamiento[623].

Es considerado permisible y necesario el despliegue de eficacia a cargo de los Derechos Fundamentales dentro del orden jurídico privado, pero no admite la teoría de la eficacia mediata que, a partir exclusivamente de tales Derechos, resulte factible reconocer a los particulares en sus relaciones jurídicas con otros sujetos privados, la generación a su favor de un derecho subjetivo de acción u omisión invocable directamente ante los órganos judiciales. Realmente dice pretenderse como objetivo por esta teoría, evitar que la admisión de la vinculación inmediata de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales conduzca a una distorsión de las relaciones jurídicas privadas por producirse, verdaderamente, la vulneración o restricción del principio de autonomía privada, así como la completa subordinación y dependencia del Derecho Privado al Derecho Constitucional[624]. Se alteraría con ello, pues, tanto su naturaleza como el verdadero significado del primero, e implicaría asimismo una "nada leve modificación de la libertad responsable"[625].

En congruencia con lo previo, la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas intersubjetivas aparece mediatizada a través de la acción concretizante del Legislador de Derecho Privado, en primer lugar, y, en su caso, de los órganos judiciales en segundo término, con lo cual la eficacia mediata estará siempre vinculada a la acción previa de los poderes públicos. Al Poder legislativo le compete la tarea de concretizar los Derechos Fundamentales como principios objetivos del ordenamiento en su conjunto a través de la

[623] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 209.

[624] Wolfgang RÜFNER, "Wirkung der Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 64.

[625] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 108.

producción de regulaciones normativas específicas, por medio de las cuales delimita el contenido, las condiciones de ejercicio y el alcance de esos Derechos en las relaciones *inter privatos*, así como deslindar las situaciones jurídicas protegidas por los mismos: es a él, a quien corresponde en primer lugar la determinación acerca de cómo debe observar el Estado el deber de protección de los derechos y bienes constitucionalmente tutelados, fijando cuáles son las medidas adecuadas para dar cumplimiento a esa obligación[626]. Los órganos judiciales, por su parte, al resolver los casos controvertidos, y a falta del pertinente desarrollo legislativo o ante la insuficiencia del mismo al cumplir con esta tarea, vienen obligados por medio de sus decisiones a hacer eficaces las disposiciones de Derechos Fundamentales mediante el recurso a la comprensión y aplicación de los textos de disposiciones de Derecho Privado; lo cual implica la interpretación conforme a los Derechos Fundamentales de este sector del ordenamiento. Y, particularmente, de aquellos textos que incorporan cláusulas generales –puntos de irrupción por excelencia de los enunciados iusfundamentales en el Derecho Privado– y conceptos jurídicos indeterminados.

Precisamente, una de las críticas dirigidas contra la teoría de la eficacia mediata es la que recae sobre este aspecto, al considerar su carácter superfluo, toda vez que el planteamiento termina reconduciendo la cuestión a la tesis superiormente sedimentada de la interpretación conforme a la Constitución[627].

De manera adicional, no explica con claridad esta construcción dogmática cuál es exactamente la relación existente entre los Derechos Fundamentales y las cláusulas generales de Derecho Privado, al objeto de

[626] BVerfGE, 39, 1, (44).

[627] Aguiar Júnior DE RUY ROSADO, "O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidade", en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Vol. 18, 2000, p. 223.

los fines perseguidos por la misma[628]. Con todo, hay autores que han visto en la legislación por medio de las cláusulas generales, fundamentalmente en el campo contractual, la asunción por el Estado del compromiso de someter la Economía a principios éticos, pues habida cuenta el carácter de las cláusulas generales de buena fe, de responsabilidad por el daño, de enriquecimiento ilícito, de lesión enorme, de función del contrato y demás, van a permitir que la decisión sobre los negocios jurídicos atienda a valores que no son solo económicos, sino éticos, y sobre manera garantizadores de una especie de justicia contractual[629].

De esta suerte, a la hora del desarrollo de su tarea, los órganos judiciales utilizan las cláusulas generales, concretizándolas y aplicándolas, una vez colmadas axiológicamente en concordancia a los valores sociales objetivos empleados para integrar el contenido de libertad propio de las disposiciones específicas de Derechos Fundamentales, y conjuntamente con los conceptos jurídicos indeterminados actuarán, asimismo, a modo de límites y garantía del principio de autonomía privada. La funcionalidad de las cláusulas generales, de este modo, es la de permitir la entrada (puntos de entrada) así como legitimar la incorporación en la acción concretizante operada por los órganos judiciales de tales juicios de valor, jurídicos (intra–sistémicos) y metajurídicos (metasistémicos), estableciendo límites al principio de autonomía privada y al ejercicio de derechos subjetivos de rango legal. Expresado de otro modo, operan no como cualquier otra norma de principio, sino en el sentido de cláusulas de abertura o puntos de irrupción (*Einbruchstellen*) privilegiados[630], dentro de los márgenes conceptuales permitidos por ellas mismas, a los efectos de la integración

[628] Por todos, Walter LEISNER, *Grundrechte und..., op. cit.*, pp. 362 y ss.

[629] *Ibídem*, pp. 362 y ss.

[630] BVerfGE 7, 198, (206).

de los valores materiales constitutivos del contenido de los Derechos Fundamentales en el orden jurídico–privado; extendiéndose también a este, desde luego, el efecto irradiación de los mismos, configurador de la acción de todos los poderes públicos[631], algo a lo cual sin embargo en numerosas ocasiones prefieren hacer oídos sordos algunos defensores de la teoría de la eficacia mediata[632]. Y, de no hacerlo en estos términos, dada su condición de poder público, se vulnera mediante su pronunciamiento el Derecho Fundamental al que los sujetos privados tienen un derecho subjetivo jurídico–constitucional.

Ahora bien, como se ha objetado, postular que los Derechos Fundamentales tienen fuerza conformadora de las relaciones jurídico–privadas a través de la legislación de Derecho Civil, Mercantil o Laboral, previamente influida por el orden axiológico iusfudamental, o en virtud de las cláusulas generales susceptibles de ser rellenadas por el contenido valorativo de los Derechos Fundamentales, parece a todas luces una conclusión evidentemente lejana de resolver el problema de la eficacia de estos Derechos en las relaciones jurídicas entre sujetos privados[633]. Como tampoco parece zanjarlo la idea de que, a partir del carácter jurídico objetivo de los Derechos Fundamentales, se prefiera situar la problemática, no en el plano de sus efectos en las relaciones jurídico privadas, sino en el plano de la congruencia o conformidad normativa

631 Por todos, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, "Los derechos fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones privadas", en *Memorias del Congreso Internacional sobre Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectivas para el próximo milenio*, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, 1996.

632 Fuertemente crítico por el empleo de las cláusulas generales de Derecho Privado para la irrupción de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti..., loc. cit.* en *op. cit.*, 1970, especialmente pp. 72 y ss. Crítico asimismo, si bien reconociendo la función determinante desarrollada a cargo de las cláusulas generales, Wolfgang RÜFNER, "Drittwirkung der Grundrechte – Versuch einer Bilanz", en *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, edición de Peter Selmer / Ingo von Münch, Walter de Gruyter Verlag, Berlin–New York, 1987, pp. 225-226.

633 Walter LEISNER, *Grundrechte und..., op. cit.*, pp. 378 y ss.

jurídico-objetiva entre las normas garantizadoras de los Derechos Fundamentales y las normas de Derecho Privado[634].

Al amparo, pues, de la construcción de la *mittelbare Drittwirkung*, los Derechos Fundamentales no despliegan eficacia directamente para el caso de las relaciones intersubjetivas, sino de manera mediata atendida sea su consideración de normas de principio objetivas[635], o bien, conforme a la terminología empleada por la teoría axiológico–valorativa de los Derechos Fundamentales, en cuanto sistema de valores (*Wertsystems*) u orden objetivo de valores (*objektive Wertordnung*), tesis que recibiría confirmación jurisdiccional expresa en la conocida sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán a propósito del caso *Lüth* (18 de enero de 1958)[636].

Efectivamente, mediante la decisión aludida, el Tribunal Constitucional Federal alemán dejó sentado con claridad, que "la finalidad primaria de los Derechos Fundamentales es la de salvaguardar las libertades individuales frente a las injerencias de los poderes públicos", lo cual es "una consecuencia del desenvolvimiento histórico del concepto de Derechos Fundamentales y también del desarrollo histórico que llevó a la inclusión de los Derechos Fundamentales en las constituciones de varios países". Además, resulta igualmente "cierto, entre tanto, que la Ley Fundamental no es un documento axiológicamente neutro. Su sección de Derechos fundamentales establece

634 *Ibídem.*, pp. 378 y ss.

635 Solo en su dimensión objetiva y mediatamente quedan los particulares vinculados a los Derechos Fundamentales, comprendidos desde esta dimensión como principios o decisiones valorativas, dirá enfáticamente Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 192, Heft. 1/2, 1992, p. 45.

636 El Tribunal Constitucional Federal alemán, además de las definiciones de la dimensión objetiva señaladas en el texto, empleó asimismo en la propia sentencia, la de "decisión constitucional fundamental" (*verfassungsrechtliche Grundentscheidung*), y la de "Derechos Fundamentales como normas objetivas" (*Grundrechte als objektive Normen*).

un orden de valores, y este orden refuerza el poder efectivo de estos Derechos Fundamentales. Este sistema de valores, que halla en el libre desarrollo de la personalidad y en la Dignidad de la persona humana su centro en el interior de la comunidad social, debe regir como decisión constitucional fundamental, que afecta a todos los ámbitos del Derecho Público o Privado. El mismo sirve de medida para la mediación y control de todas las acciones estatales en las áreas de la legislación, la administración y la jurisdicción, y reciben de él directrices e impulsos"[637]. Así, también es evidente, los Derechos Fundamentales influyen en el desenvolvimiento del Derecho Privado. No debe haber ninguna prescripción de Derecho Civil en contradicción con él".

Como corolario de todo lo anterior, cada "precepto de Derecho Privado debe ser compatible con este sistema de valores y debe ser también interpretado a la luz de su espíritu. El contenido jurídico de los Derechos Fundamentales como normas objetivas es desenvuelto en el Derecho Privado por medio de sus disposiciones que inmediatamente rigen en este ámbito del Derecho. La nueva legislación debe conformarse con el sistema de valores de los Derechos Fundamentales". De ahí que "el contenido de las normas en vigor también debe ser armonizado con este orden de valores. Este sistema infunde un contenido constitucional específico al Derecho Privado, orientando su comprensión (…) especialmente en la interpretación y aplicación de las cláusulas generales y otros conceptos jurídicos indeterminados"[638].

---

[637] BVerfGE 7, 198, (208).

[638] BVerfGE 7, 198, (210).

Entendemos que, en un trabajo de investigación extenso sobre la *Drittwirkung*, es obligado "escuchar" expresamente al *Bundesverfassungsgericht*, conforme a lo dicho por medio de su decisión de 18 de enero de 1958, al establecer los *Grundzüge der mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*, como sigue (nos disculpamos por el resumen personal que nos ha salido un tanto extenso, al margen de los eventuales "olvidos que contenga"):

Bundesverfassungsgericht:

Urt. v. 15.01.1958, Az.: 1 BvR 400/51

„Lüth-Urteil - Veit Harlan“

Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; Entfaltung des Rechtsgehalts der Grundrechte im bürgerlichen Recht mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften; Verletzung von Grundrechten durch den Zivilrichter; Zivilrechtliche Vorschriften als "allgem eine Gesetze" im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG; Beschränkung des Grundrechts auf Freiheit der Meinungsäußerung durch zivilrechtliche Vorschriften; Schutzbereich des Art. 5 GG; Auslegung der "allgemeinen Gesetze" im Lichte der besonderen Bedeutung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung für den freiheitlichen demokratischen Staat; Verstoß einer Meinungsäußerung zur Aufforderung zum Boykott gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB

Verfahrensgang:

vorgehend:

LG Hamburg - 22.11.1951 - AZ 15. O. 87/51.

Rechtsgrundlagen:

Art. 1 Abs. 3 GG.

Art. 5 GG.

§ 823 Abs. 1 BGB.

§ 826 BGB.

§ 90 BVerfGG.

§ 52 StGB.

Fundstellen:

BVerfGE 7, 198 – 230.

DÖV 1958, 194-197 (Urteilsbesprechung von Dr. Günter Dürig).

DÖV 1958, 153-156 (Volltext mit amtl. LS).

DVBl 1958, 425-430 (Volltext mit amtl. LS).

JZ 1958, 119-125 (Volltext mit amtl. LS).

JZ 1958, 208 (amtl. Leitsatz).

MDR 1958, 146-152 (Volltext mit amtl. LS).

BVerfG, 15.01.1958 - 1 BvR 400/51.

Amtlicher Leitsatz:

1. Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.
2. Im bürgerlichen Recht entfaltet sich der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften. Er ergreift vor allem Bestimmungen zwingenden Charakters und ist für den Richter besonders realisierbar durch die Generalklauseln.
3. Der Zivilrichter kann durch sein Urteil Grundrechte verletzen (§ 90 BVerfGG), wenn er die Einwirkung der Grundrechte auf das bürgerliche Recht verkennt. Das Bundesverfassungsgericht prüft zivilgerichtliche Urteile nur auf solche Verletzungen von Grundrechten, nicht allgemein auf Rechtsfehler nach.
4. Auch zivilrechtliche Vorschriften können "allgemeine Gesetze" im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG sein und so das Grundrecht auf Freiheit der Meinungsäußerung beschränken.
5. Die "allgemeinen Gesetze" müssen im Lichte der besonderen Bedeutung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung für den freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt werden.
6. Das Grundrecht des Art. 5 GG schützt nicht nur das Äußern einer Meinung als solches, sondern auch das geistige Wirken durch die Meinungsäußerung.
7. Eine Meinungsäußerung, die eine Aufforderung zum Boykott enthält, verstößt nicht notwendig gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB; sie kann bei Abwägung aller Umstände des Falles durch die Freiheit der Meinungsäußerung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

"Auch jetzt besteht kein Anlaß, die Streitfrage der sogenannten <<*Drittwirkung*>> der Grundrechte in vollem Umfang zu erörtern. Zur Gewinnung eines sachgerechten Ergebnisses genügt folgendes: Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte. Dem entspricht es, daß der Gesetzgeber den besonderen Rechtsbehelf zur Wahrung dieser Rechte, die Verfassungsbeschwerde, nur gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährt hat.

Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will […], in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt […]. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer

Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflußt es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.

Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muß, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt. Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflußten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat. Der Einfluß grundrechtlicher Wertmaßstäbe wird sich vor allem bei denjenigen Vorschriften des Privatrechts geltend machen, die zwingendes Recht enthalten und so einen Teil des ordre public -im weiten Sinne- bilden, d. h. der Prinzipien, die aus Gründendes gemeinen Wohles auch für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen verbindlich sein sollen und deshalb der Herrschaft des Privatwillens entzogen sind. Diese Bestimmungen haben nach ihrem Zweck eine nahe Verwandtschaft mit dem öffentlichen Recht, dem sie sich ergänzend anfügen. Das muß sie in besonderem Maße dem Einfluß des Verfassungsrechts aussetzen. Der Rechtsprechung bieten sich zur Realisierung dieses Einflusses vor allem die <<*Generalklauseln*>> die, wie § 826 BGB, zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auf außer-zivilrechtliche, ja zunächst überhaupt außerrechtliche Maßstäbe, wie die <<*guten Sitten*>>, verweisen. Denn bei der Entscheidung darüber, was diese sozialen Gebote jeweils im Einzelfall fordern, muß in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat. Deshalb sind mit Recht die Generalklauseln als die <<*Einbruchstellen*>> der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden (*Dürig* in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II S. 525). Der Richter hat kraft Verfassungsgebots zu prüfen, ob die von ihm anzuwendenden materiellen zivilrechtlichen Vorschriften in der beschriebenen Weise grundrechtlich beeinflußt sind; trifft das zu, dann hat er bei Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften die sich hieraus ergebende Modifikation des Privatrechts zu beachten. Dies ist der Sinn der Bindung auch des Zivilrichters an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG). Verfehlt er diese Maßstäbe und beruht sein Urteil auf der Außerachtlassung dieses verfassungsrechtlichen Einflusses auf die zivilrechtlichen Normen, so verstößt er nicht nur gegen objektives Verfassungsrecht, indem er den Gehalt der Grundrechtsnorm (als objektiver Norm) verkennt, er verletzt vielmehr als Träger öffentlicher Gewalt durch sein Urteil das Grundrecht, auf dessen Beachtung auch durch die rechtsprechende Gewalt der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat. Gegen ein solches Urteil kann unbeschadet der Bekämpfung des Rechtsfehlers im bürgerlich-rechtlichen Instanzenzug – das Bundesverfassungsgericht im Wege der Verfassungsbeschwerde angerufen werden. Das Verfassungsgericht hat zu prüfen, ob das ordentliche Gericht die Reichweite und Wirkkraft der Grundrechte im Gebiet des bürgerlichen Rechts zutreffend beurteilt hat.

Daraus ergibt sich aber zugleich die Begrenzung der Nachprüfung: es ist nicht Sache des Verfassungsgerichts, Urteile des Zivilrichters in vollem Umfang auf Rechtsfehler zu prüfen; das Verfassungsgericht hat lediglich die bezeichnete <<*Ausstrahlungswirkung*>> der Grundrechte auf das bürgerliche Recht zu beurteilen und den Wertgehalt des Verfassungsrechtssatzes auch hier zur Geltung zu bringen. Sinn des Instituts der Verfassungsbeschwerde ist es, daß alle Akte der gesetzgebenden, vollziehenden und

richterlichen Gewalt auf ihre <<*Grundrechtsmäßigkeit*>> nachprüfbar sein sollen (§ 90 BVerfGG). So wenig das Bundesverfassungsgericht berufen ist, als Revisions –oder gar <<*Superrevisions*>>– Instanz gegenüber den Zivilgerichten tätig zu werden, so wenig darf es von der Nachprüfung solcher Urteile allgemein absehen und an einer in ihnen etwa zutage tretenden Verkennung grundrechtlicher Normen und Maßstäbe vorübergehen Die Problematik des Verhältnisses der Grundrechte zum Privatrecht scheint im Falle des Grundrechts der freien Meinungsäußerung (Art. 5 GG) anders gelagert zu sein. Dieses Grundrecht ist –wie schon in der Weimarer Verfassung (Art. 118)– vom Grundgesetz nur in den Schranken der <<*allgemeinen Gesetze*>> gewährleistet (Art. 5 Abs. 2). Ohne daß zunächst untersucht wird, welche Gesetze <<*Allgemeine*>> Gesetze in diesem Sinne sind, ließe sich die Auffassung vertreten, hier habe die Verfassung selbst durch die Verweirverfassung auf die Schranke der allgemeinen Gesetze den Geltungsanspruch des Grundrechts von vornherein auf den Bereich beschränkt, den ihm die Gerichte durch ihre Auslegung dieser Gesetze noch belassen. Das Ergebnis dieser Auslegung müsse, soweit es eine Beschränkung des Grundrechts darstelle, hingenommen werden und könne deshalb niemals als eine <<*Verletzung*>> des Grundrechts angesehen werden. Dies ist indessen nicht der Sinn der Verweisung auf die <<*allgemeinen Gesetze*>>. Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (*un des droits les plus précieux de l'homme nach Artikel 11 der Erklärung der Menschen und Bürgerrechte von 1789*). Für eine freiheitliche–demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist [...]. Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt; <<*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*>> (Cardozo). Aus dieser grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitliche–demokratischen Staat ergibt sich, daß es vom Standpunkt dieses Verfassungssystems aus nicht folgerichtig wäre, die sachliche Reichweite gerade dieses Grundrechts jeder Relativierung durch einfaches Gesetz (und damit zwangsläufig durch die Rechtsprechung der die Gesetze auslegenden Gerichte) zu überlassen. Es gilt vielmehr im Prinzip auch hier, was oben allgemein über das Verhältnis der Grundrechte zur Privatrechtsordnung ausgeführt wurde: die allgemeinen Gesetze müssen in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts, der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich aber im öffentlichen Leben, führen muß, auf jeden Fall gewahrt bleibt. Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und ‚allgemeinem Gesetz' ist also nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die ‚allgemeinen Gesetze' aufzufassen; es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die ‚allgemeinen Gesetze' zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen. Das Bundesverfassungsgericht, das durch das Rechtsinstitut der Verfassungsbeschwerde zur Wahrung der Grundrechte letztlich berufen ist, muß demgemäß auch hier die Rechtliche Möglichkeit besitzen, die Rechtsprechung der Gerichte dort zu kontrollieren, wo sie in Anwendung eines allgemeinen Gesetzes den grundrechtlich bestimmten Raum betreten und damit möglicherweise den Geltungsanspruch des Grundrechts im Einzelfall unzulässig beschränken".

Tal jurisprudencia, excepto o salvo las matizaciones y algún perfeccionamiento de interés introducido después[639], aparece reiterada en decisiones posteriores mediante razonamientos prácticamente idénticos, al menos en sus aspectos esenciales, declarando, *ad exemplum*, que las garantías "recogidas en los Derechos Fundamentales no contienen únicamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al poder público, sino que al mismo tiempo representan decisiones valorativas objetivas de la Constitución, que tienen vigencia en todos los ámbitos del orden jurídico y proporcionan directrices para el legislador, la administración y la jurisdicción"[640].

Con lo cual, en todo caso, es susceptible de apreciarse algún matiz diferenciador, pues en este último pronunciamiento se están colocando más claramente ambas dimensiones de los Derechos Fundamentales en idéntico plano, habida cuenta, se propugne lo que se propugne al respecto, de su estrecha conexión[641], lo cual, en realidad, es un nuevo argumento contra la *Drittwirkung* mediata. Y ello en el bien entendido sentido de no dejar de resultar chocante la admisión del alcance general de los Derechos Fundamentales como principios objetivos a la totalidad del ordenamiento, y permanezca sin reconocimiento su extensión con efectos inmediatos cuando se trata de dar proyección a su vertiente subjetiva.

Asimismo, dando un paso más en la dirección a extraer consecuencias de la dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales, ha sostenido el *Bundesverfassungsgericht*: "el artículo 2.2.1 de la *Grundgesetz* no garantiza simplemente un derecho de defensa subjetivo,

[639] Nos referimos, es obvio, a la BVerfGE 25, 256, (263 y ss).

[640] BVerfGE 49, 89, (141-142); o la más cercana de 23 de abril de 1986, BVerfGE 7, 105, (115).

[641] Luis VILLACORTA MANCEBO, ""La Constitución como <<tarea>>, la optimización de los Derechos Fundamentales como resultado en el Estado de Bienestar", en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, 1996, pp. 251-252.

sino que representa al mismo tiempo una decisión valorativa jurídico–objetiva de la Constitución, que es válida para todos los ámbitos del Derecho y crea deberes de protección constitucionales. Si estos deberes son lesionados, entonces surge una vulneración del Derecho Fundamental consagrado"[642] por ese precepto. Además, y en el mismo orden de ideas, los jueces de *Karlsruhe* han reiterado que la propia Ley Fundamental de Bonn "no pretende ser un orden valorativamente neutral, sino que en la sección relativa a los derechos fundamentales ha adoptado una serie de disposiciones objetivas básicas, que rigen para todos los ámbitos del Derecho y también, por tanto, para el Derecho Civil"[643].

Doble carácter o doble dimensión de los Derechos Fundamentales y orden objetivo de valores, presupuestos indispensables de los que arranca el Tribunal Constitucional Federal alemán a fin de reconocer eficacia a los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares; los cuales también ha dejado claramente sentados nuestro Tribunal Constitucional, como ya vimos, desde muy temprana jurisprudencia. Para el supremo exégeta de nuestra *Norma Normarum*: "Los derechos fundamentales tienen un doble carácter. En primer lugar, (…) son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en el ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de

[642] BVerfGE, 77, 170, (214).

[643] BVerfGE, 81, 242, (254).

derecho, y más tarde en el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución"[644].

Y, entre otros momentos, tales presupuestos quedan asimismo reflejados en los siguientes términos: "los derechos fundamentales son componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10º de la Constitución, el fundamento del orden público y la paz social"[645].

5.2.5.2. Síntesis recapituladora expuesta en siete puntos.

De acuerdo a lo mantenido por la teoría de la eficacia indirecta, como venimos considerando, los Derechos Fundamentales despliegan efectos mediatos en el ámbito de las relaciones jurídico–privadas a través del filtro de las propias normas de Derecho Privado[646], esto es, modulados y graduados ora vía legislativa, ora subsidiariamente por medio del órgano judicial conforme a parámetros dogmáticos, interpretativos y aplicativos específicos del sistema de Derecho Privado, incluidas, naturalmente, las cláusulas generales y los principios jurídicos

[644] STC 25/1981, de 14 de julio.

[645] STC 53/1985, de 11 de abril.

[646] Hans–Uwe ERICHSEN, "Die Drittwirkung der Grundrechte", en *Juristische Ausbildung*, 10, 1996, p. 529. También destaca Claus–Wilhelm CANARIS la inexistencia de razones para restringir la concretización de los Derechos Fundamentales en el ámbito del Derecho Privado a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados ya que, asimismo, las normas de contenido determinado son aptas para la concretización de tales Derechos, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 223. En similares términos, dirá Klaus STERN que, con independencia de su cualidad, todas las normas de Derecho Privado pueden y deben ser consideradas a los efectos de una interpretación basada en los Derechos Fundamentales, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band. III/1: *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, C.H. Beck Verlag, München, 1988, p. 1584.

indeterminados. Y ello, debido a los que consideramos siete argumentos esenciales esgrimidos por la considerada teoría:

1º) un conflicto de Derechos Fundamentales entre particulares es un litigio a resolver de conformidad con las normas de Derecho Privado, aunque su interpretación haya de obedecer a normas constitucionales;

2º) las normas iusfundamentales no otorgan a los sujetos privados auténticos derechos subjetivos, sino que se proyectan en las relaciones entre los mismos como principios o valores objetivos;

3º) imputa las violaciones de Derechos Fundamentales en el seno de una relación jurídica privada a los poderes públicos, y, en particular, a los órganos judiciales, por no haber cumplido adecuadamente con su deber de protección del Derecho vulnerado;

4º) respeta y protege la autonomía privada en su calidad de principio o eje fundamental del Derecho Privado, y derivación del Derecho general de libertad, así como del correspondiente al libre desarrollo a la personalidad;

5º) garantiza la identidad y autonomía del Derecho Privado en cuanto totalidad, esencialmente, la rama del Derecho Civil;

6º) asegura en mayor medida la exigencia de seguridad jurídica, en cuanto las disposiciones de Derecho Privado contienen un superior grado de especificidad y de concreción, comparadas con las disposiciones propias de Derechos fundamentales;

7º) descarta el predominio absoluto del Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado y el sobre el resto de las ramas del Derecho, lo cual, de no ser así, resultaría perjudicial tanto para el Derecho Privado como para el propio Derecho Constitucional, por los siguientes tres motivos: a) supondría la trivialización de la

Constitución y, en particular, de los mismos Derechos Fundamentales; b) transformaría, para una multitud de asuntos, casos de naturaleza jurídico–privada en supuestos jurídico–constitucionales; c) convertiría a la jurisdicción constitucional en una instancia superior de revisión, con el correspondiente exceso de carga de trabajo, y función para la que, por demás, no se halla constitucionalmente legitimada.

5.2.6. Fundamentos materiales esenciales de la teoría de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas.

5.2.6.1. La fundamentación en sí misma considerada: puntos esenciales de apoyo.

La elaboración dogmática de la eficacia indirecta sostiene el postulado básico, de acuerdo con el cual, primeramente, los Derechos Fundamentales constituyen derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, y, en segundo lugar, principios objetivos de valor que irradian sus efectos a todo el ordenamiento jurídico; algo afirmado expresamente, como hemos visto, por el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia del caso *Lüth*, al reconocer, *prima facie*, la configuración de tales Derechos como derechos subjetivos de defensa de posiciones jurídicas individuales. En efecto, "no cabe duda de que los Derechos Fundamentales se establecen en primer término para proteger la esfera de libertad de los individuos frente a las injerencias de los poderes públicos"[647].

Asimismo, enfatiza esta teoría acerca del hecho de que conforme a la estructura de las relaciones jurídicas ciudadano–Estado, solamente el individuo resulta ser titular de Derechos Fundamentales, mientras por lo referido al Estado es únicamente sujeto pasivo de las disposiciones

[647] BVerfGE 7, 198 (204).

iusfundamentales encargadas de reconocer a los primeros tales Derechos subjetivos, los cuales, sin embargo, vinculan de forma directa e intensa a todos los poderes públicos. Arrancando de este punto de partida, según postula, las disposiciones de Derechos Fundamentales ni se hallan capacitadas jurídicamente, ni menos aún resulta conveniente por estricta conveniencia práctica, a fin de desplegar eficacia directa en las relaciones intersubjetivas, pues es preciso tener en cuenta, en atención a lo acabado de apuntar, cómo para un determinado "conflicto jurídico entre privados todos los interesados gozan de la protección de los derechos fundamentales, en cuanto que en la relación del ciudadano con el Estado tal tutela no corresponde al poder público"[648]; aspecto, este último, como se comprenderá, considerablemente cuestionable desde nuestro punto de vista.

No obstante, entendemos que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha corregido al menos parcialmente esta posición doctrinal de quien en otro momento llegara a ser su vicepresidente, por medio de la sentencia de 7 de febrero de 1990, (muy ponderada ciertamente desde la literatura jurídica), mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad del § 90.a.2.2 del *Handelsgesetzbuch* (Código de Comercio Alemán)[649], por vulneración del artículo 12.1 de la Ley Fundamental de Bonn[650].

En este caso, el supremo intérprete de los derechos y libertades alemanes, una vez más reivindicó el principio de proporcionalidad, al declarar que para este tipo "de relaciones recíprocas, ni la limitación de la libertad ni su protección deben resultar desproporcionadas", así como la

[648] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 60.

[649] El mismo disponía: "Si el empresario rescinde la relación contractual por una causa grave debida al comportamiento culposo del representante de comercio, este no tendrá derecho a exigir indemnización alguna".

[650] Artículo 12.1 LFB: "Todos los alemanes tienen derecho a elegir libremente profesión, lugar de trabajo y lugar de aprendizaje".

inevitable consideración del "principio fundamental del Estado social", volviendo sobre posiciones mantenidas en la decisión del caso *Lüth.* Y ello para expresar nuevamente que: "la Constitución no pretende ser un orden neutral de valores, sino que encierra, en la sección relativa a los Derechos Fundamentales, unas decisiones valorativas básicas que rigen para todos los ámbitos del Derecho, y también, por tanto, en el Derecho Civil. Ningún precepto del Derecho Civil debe entrar en contradicción con los principios expresados en los Derechos Fundamentales"[651].

Y dado se considera el principio de autonomía privada una proyección del reconocido en el ordenamiento jurídico alemán como Derecho Fundamental al libre desarrollo de la personalidad, justifica ello la necesidad de contraer las obligaciones libremente a cargo de las partes contratantes, evitando que una de las dos disponga de tal acumulación de poder real que la permitiera imponer unilateralmente el pacto[652]; lo cual recuerda la posición sostenida por uno de nuestros civilistas más clásicos, al mantener que "el carácter <<sagrado>> que se atribuye al contrato descansa en los presupuestos de una contratación libre y entre personas relativamente iguales"[653].

Atendida sea la nada desdeñable matización jurídica a la que hemos reiteradamente aludido relativa a la diferente situación en la que se encuentran ciudadano y poderes públicos tocante a la titularidad de los Derechos Fundamentales, su contenido, forma de ejercicio y alcance en el tráfico jurídico–privado, se estima estos han de desplegar una eficacia normativa diferenciada a su proyección en calidad de auténticos derechos subjetivos constitucionales cuando se está en presencia de relaciones

[651] Lo cual debe servir de recordatorio, de otra parte, para aquellos autores que habían diagnosticado o afirmado el abandono temprano por el *Bundesverfassungsgericht* de la tesis del "orden de valores" referida al sistema de Derechos Fundamentales.

[652] BVerfGE, 81, 242, (254 y ss).

[653] Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, 2ª ed., Editorial Cívitas, Madrid, 1985, p. 77.

jurídicas establecidas entre los ciudadanos y el Estado. De interpretarse que los Derechos Fundamentales despliegan efectos en las relaciones jurídicas *inter privatos* con idéntica intensidad y alcance a como resultan eficaces para las relaciones jurídicas desarrolladas entre estos últimos y los poderes estatales, el efecto más inmediato de ello derivado, sostiene esta teoría, vendría a consistir en el cercenamiento de las opciones de decisión y de las preferencias del individuo, así como una excesiva restricción de su libertad. Un planteamiento que resultaría paradójico, ya que la garantía de la libertad constituye la finalidad esencial y la auténtica razón de sentido de los Derechos Fundamentales.

Como consecuencia, las obligaciones de protección para los poderes estatales derivadas de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales, no se pueden trasladar acríticamente y de modo indiferenciado para el comportamiento de los sujetos privados, a los cuales, sin embargo, libremente corresponde decidir "si y cómo van a hacer uso de la libertad y de la igualdad, sin tener en cuenta cuáles son las obligaciones y las prohibiciones que en este ámbito se imponen al Estado"[654]. Por lo tanto, para aquellos supuestos en que surjan conflictos de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados, compete al ordenamiento jurídico "la tarea, sumamente complicada, de encontrar por sí mismo el modo y la intensidad de la influencia de los derechos fundamentales mediante el equilibrio o la ponderación de los (…) que entran en consideración"; tarea difícilmente compaginable, es evidente, con la que clásicamente ha correspondido al Derecho Privado dentro el Estado de Derecho[655]. Pero estamos, como es advertido mundialmente, ante la tesis recogida de manera expresa por el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia del caso *Lüth*, donde se reconoce que en una Sociedad dominada por la complejidad de

[654] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 159.

[655] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, p. 60.

intereses y derechos que colisionan con frecuencia, se debe producir un "equilibrio y una ponderación de los derechos enfrentados, según el grado de protección que merezcan"[656], actividad de ponderación que realiza el Tribunal en la considerada decisión, entre el Derecho Fundamental afectado y los bienes y valores que se le oponen, adaptando el contenido de la cláusula general al resultado ofrecido por el ponderado análisis previamente realizado. Expresado mediante otros términos, es obligación del Poder legislativo, cuando realiza la tarea de producir normas de Derecho Privado, así como de los órganos judiciales en el momento de proceder a la interpretación de los textos normativos de este sector del ordenamiento –principalmente de las cláusulas generales– modular el grado de eficacia de las disposiciones de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desarrolladas entre sujetos privados.

Con todo, como quiera que el Poder legislativo sí se halla inmediatamente vinculado a los Derechos Fundamentales, deviene innecesaria la eficacia directa de estos en las relaciones intersubjetivas, toda vez las normas de Derecho Privado, a menos pretendan incurrir en inconstitucionalidad, se hallan forzosamente obligadas a guardar conformidad con las disposiciones iusfundamentales; razonamiento no fácilmente accesible a su comprensión, por cuanto, en realidad, las normas de Derecho Privado solo reciben eficacia directa de los Derechos Fundamentales en tanto son producidas por un Poder legislativo inmediatamente vinculado a tales disposiciones, pero en el ejercicio de su libertad constitucional de conformación.

Desde luego, y nos hallamos ante uno de los aspectos esenciales de la teoría de la eficacia mediata, los órganos judiciales ordinarios desarrollarán su función en este tema y adoptarán la decisión correspondiente, observando el "contenido jurídico de los Derechos

[656] BVerfGE 7, 198, (220).

Fundamentales como normas objetivas" desenvuelto en "el Derecho Privado por medio de las prescripciones que dominan inmediatamente este campo jurídico"[657]. Vale decir, interpretando y aplicando sobre todo textos de disposiciones de Derecho Privado que contienen Derecho obligatorio representativo de una parte del *ordre public*, y se encuentran ya influidos previamente por las normas iusfundamentales, pero sin proceder a una invocación directa de estas últimas.

A modo de mejor ejemplo que puede reproducirse sobre la cuestión para fundamentar la tesis enunciada, consideran sus postuladores, podemos acudir al supuesto del principio de autonomía privada, el considerado basamento fundamental del Derecho Privado. Efectivamente, un punto de apoyo también esencial en orden a la elaboración doctrinal de la teoría de la eficacia indirecta, comprende la cuestión de la independencia o autonomía de ese sector del ordenamiento –en particular del Derecho Civil– respecto del complejo normativo del sistema de Derecho Constitucional[658], asimismo previamente considerado por nosotros. La justificación al efecto, sostiene que el Derecho Privado tutela también bienes y valores tan relevantes como lo hacen los Derechos Fundamentales; dicho con otras palabras, el propio Derecho Privado, en virtud de sus lineamientos fundamentales, instituye y protege asimismo espacios de libertad jurídico–privada, entendida "como autodeterminación individual"[659].

Tesis de la eficacia mediata lograda fundamentalmente a través de las cláusulas generales como puntos de irrupción de los Derechos Fundamentales, por ejemplo, en las normas reguladoras de las relaciones jurídico–laborales, recogida también por algunas resoluciones de nuestro

[657] BVerfGE 7, 198, (205).

[658] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, pp. 60-61.

[659] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.,* p. 85.

Tribunal Constitucional en los siguientes términos: "lo que se pide a este Tribunal es, en consecuencia, que entre a determinar si, en el caso de haber ejercido por el actor alguno de los derechos fundamentales que invoca, su limitación por la causa del despido que aquí se aplicó (…) fue o no constitucionalmente correcta, esto es, si se acomodó tal restricción al ámbito de los derechos mismos, según quedan estos configurados en el seno de la relación jurídico-laboral. No es esta una cuestión que resulte ajena a nuestra Jurisdicción en recursos como el presente, pues las categorías que ordenan el recto desenvolvimiento de las relaciones contractuales (las de <<lealtad>>, <<confianza>> y <<buena fe>>) pueden ser objeto de examen por este Tribunal y no solo por los órganos judiciales ordinarios, inicialmente llamados a su interpretación, cuando tales nociones sirven para delimitar, en el proceso, el ámbito que corresponde a un derecho fundamental"[660].

En tercer lugar, se señala una cuestión aparentemente de menor calado al de las previamente referidas, pero, a la postre, de igual o superior entidad, con objeto de comprender las bases de la construcción dogmática en las cuales se apoya la teoría de los efectos indirectos. Porque, la cimentación teórica de este tipo de eficacia, como ya se ha dicho y es bien conocido, se elaboró en primer lugar en Alemania una vez vigente la Ley Fundamental de Bonn de 1949[661], y, lógicamente, con la finalidad de adecuarse a esta y desplegar funcionalidad en concordancia y respeto de la misma. Pues bien, los autores que inicialmente formularon la teoría de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones *inter privatos*, arrancaron de una

[660] STC 6/1988, de 21 de enero.

[661] No obstante, ideas semejantes a las defendidas posteriormente por Günter Dürig fueron apuntadas asimismo por Herbert KRÜGER previo al advenimiento de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. En concreto, defendería la concepción de la Constitución como fuente por excelencia a partir de la cual, el Derecho Civil podría encontrar contenido valorativo para sus conceptos y cláusulas generales, "Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung", en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft. 2, 1949, p. 163.

específica comprensión de la *Grundgesetz* en su consideración de "orden fundamental liberal democrático", lo cual quiso tener como significante la consolidad de un "orden fundamental jurídico de la colectividad" con "específica cualificación". Y, lo afirmado, pretendía afianzar el entendimiento de la Norma Suprema "como una Constitución que incorpora los contenidos del Estado Liberal de Derecho y de la democracia representativa, acrecentado, es verdad, por nuevos principios del Estado Social". O expresando en semejante sentido, la Ley Fundamental era "una continuidad, evidentemente en un nuevo estadio de desarrollo del constitucionalismo liberal, ahora un constitucionalismo liberal mitigado democrática y socialmente y tomado en serio por los poderes públicos".

Por lo tanto, mediante esta toma de postura, sostienen, pretendió destacarse que la teoría de la eficacia indirecta –la cual, en su versión fuerte rechaza toda vinculación inmediata de los particulares a los Derechos Fundamentales, y en su construcción más suave admite esa vinculación en supuestos excepcionales– parte de entre sus fundamentos esenciales también del que estamos considerando, esto es, de la comprensión del texto constitucional cual orden fundamental liberal–democrático.

Así las cosas, sin a entrar ahora nosotros en consideraciones acerca de si debe o no aceptarse esta comprensión como constitucionalmente adecuada a una Constitución autoproclamada democrática y social, interesa sin embargo resaltar en este momento que la concretización constitucional referida constituye también una de las bases fundamentales desde las que se sustenta la construcción dogmática propia de la teoría de la eficacia indirecta de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas intersubjetivas.

5.2.6.2. Réplicas y contrarréplicas a la fundamentación previa, efectuadas por la literatura jurídica especializada.

De lo más arriba expuesto, el mismo Konrad HESSE extrae la conclusión de que, siempre conforme al Derecho Constitucional, "el Legislador del Derecho Privado tiene ante sí la tarea de convertir el contenido de los Derechos Fundamentales en un Derecho diferenciado y, más concreto, que sea inmediatamente vinculante para los intervinientes en una relación jurídica privada. Inicialmente, corresponde al Legislador atender a las diversas modificaciones necesarias con objeto de lograr la influencia de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado"[662].

Por lo referido al principio de autonomía privada, como bien mantiene el civilista Johannes HAGER, a contrario de la opinión de numerosos autores[663], equilibrar los intereses contrapuestos de las partes de una relación jurídica entre particulares, es el objetivo no solo de las normas del Derecho Privado, sino también de las prescripciones de Derecho Público, incluidas las normas regitivas del ámbito del Derecho Penal[664]. La problemática de los Derechos Fundamentales que colisionan con otras normas iusfundamentales y su solución a través del principio de concordancia práctica y la restricción proporcionada, no es algo específico del Derecho Civil, sino que afecta y caracteriza también a las otras áreas del Derecho[665]. Así, no es de extrañar que el Tribunal

[662] Konrad HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 1988, p. 27.

[663] A modo de ejemplo Wolfgang ZÖLLNER, "Die gesetzgeberische Trennung des Datenschutzes für öffentliche und private", en *Recht der Datenverarbeitung*, 1986, p. 6; asimismo, Jost PIETZCKER, "Drittwirkung – Schutzpflicht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 352.

[664] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 375.

[665] Werner HEUN, *Funktionell–rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit – Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur*, Nomos Verlag, Baden–Baden, 1992, pp. 56 y ss, y 63 y ss.

Constitucional Federal alemán se sirva en sus decisiones casi de las mismas palabras cuando se trata de ponderar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la libertad de expresión, sea en el supuesto de un litigio civil, sea para un asunto penal, empleando a tal fin unas formulaciones, se insiste, prácticamente idénticas[666]. Es más, se ha dicho que el artículo 1.3 de la *Grundgesetz* vincula al Legislador a los Derechos Fundamentales en la forma y contenido normativo que ellos mismos acogen, pero no les otorga otra cualificación[667], porque naturalmente le resulta imposible.

De antemano, mantienen estos sectores doctrinales, para el Derecho Privado solo se aplican las funciones desplegadas por los Derechos Fundamentales en cuanto orden objetivo de valores que informa las normas iusprivadas, pero no como derechos subjetivos inmediatamente exigibles a partir de la Constitución sin necesidad de intermediación alguna[668]. Sin embargo, también el Legislador de Derecho Privado es un poder del Estado actuando como autoridad pública, y cuando interviene en los Derechos de los ciudadanos, como, por ejemplo, estableciendo restricciones que van referidas al uso de la propiedad por su titular o a la libertad de expresión, por referirnos tan solo a dos supuestos concretos, siempre tiene en su contra, como límite, la eficacia desplegada por el resto de los Derechos Fundamentales que se hallen constitucionalizados. Si ello fuera de otra manera, resultaría debilitada entonces la garantía de Derecho Constitucional en un punto decisivo, y se abriría el camino para el Legislador ordinario a fin de permitirle huir desde el Derecho Público al

666 Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 375.

667 Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", en *Der Staat*, Band. 29, 1990, pp. 2 y ss; Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 45.

668 Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Grundrechte als Grundsatznormen…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 20; Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 45.

Derecho Privado, aunque muchas veces nos encontremos ante materias de reglamentación casi idéntica[669].

El principio esencial de la autonomía privada está al servicio de la autodeterminación del individuo y de su libertad, lo cual le permite concluir relaciones de reciprocidad en derechos y obligaciones con otros particulares; o expresado mediante términos similares, garantiza la libertad del individuo a fin de su autovinculación responsable en el tráfico jurídico mantenido con otros sujetos privados.

Esa libertad reclamada para las partes, ha llevado a postular que, en las situaciones de desigualdad entre las mismas, es el Legislador quien en la tarea de desarrollo de su función mediadora cumple con la obligación de protección frente "al contratante que se encuentra típicamente en una situación de inferioridad". Y ello a base de corregir ese estado de cosas para los supuestos en los cuales "el ordenamiento jurídico-privado, se niega a reconocer aquellos pactos contractuales que crean obligaciones inaceptables para la parte más débil, por la limitación de la libertad que implican"[670].

De cualquier modo, es conveniente matizar, pues el actual estadio de desarrollo del Derecho Privado ha incorporado en el Estado Social una nueva vertiente, y este ya no se ocupa exclusivamente de la autodeterminación individual, sino, asimismo de la "justicia social", dimensión ciertamente "en tensión con la anterior", lo cual da cuenta acerca del hecho de haberse producido una amplia transformación de la "cualidad del Derecho Privado, el cual ha pasado a ser más que antes un

[669] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 375, quien se interroga: ¿cómo se puede justificar una diferencia, según cada caso, si unas emisiones están sometidas a la Bundesemissionenschutzgesetz [Ley de protección contra las emisiones] o al BGB?.

[670] Christian HILLGRUBER, "Grundrechtsschutz im Vertragsrecht", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 191, Heft. 1/2, 1991, p. 76, posición, como luego veremos, aceptada más tarde por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

Derecho tutelar, delimitador, que asegura contra el abuso" y "se acerca, [de facto], a los demás ámbitos jurídicos"[671].

En todo caso, conforme vimos más arriba, según esa afirmación de los defensores de la teoría de la eficacia indirecta, la aplicación inmediata de las disposiciones de Derechos Fundamentales a las relaciones intersubjetivas, conllevaría el subsiguiente debilitamiento e incluso la desaparición del principio de autonomía privada y, por lo tanto, una más que probable, peligrosa e indeseada pérdida de identidad del Derecho Privado frente al Derecho Constitucional[672]. Situación ante la cual, solo la mediación legislativa o judicial permite preservar la libertad de las partes y, como se colige, el propio principio de autonomía privada, así como la concordancia de este con el conjunto de los Derechos Fundamentales.

Reamente, mediante la reconstrucción de la problemática a través de los términos señalados, en lugar de hacerlo por medio del reconocimiento de la tesis de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídico–privadas, Günter DÜRIG albergaba la pretensión, sobre manera, de garantizar la identidad y la autonomía del Derecho Privado, al estimar que, a pesar de la buena y alentadora voluntad de los defensores de la eficacia inmediata, la aplicación directa de los Derechos Fundamentales correría el riesgo de producir una estatalización[673]. Se trataba, pues, de poner a salvo el Derecho Privado frente al peligro de la producción, en relación al mismo,

[671] Estamos considerando al mismo Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y..., op. cit.*, p. 73.

[672] Sin embargo, para algunos autores, la cuestión que se plantea es la de si, por medio de esa función, los Derechos Fundamentales son en algún caso oponibles frente a los particulares, y de algún modo, o sea, si su contenido podemos hacerlo valer como límite a la autonomía privada en las relaciones jurídicas amparadas por el Derecho Privado, Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 212.

[673] Günter DÜRIG, "Grundrechte und...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 183-184.

de una especie de colonización a cargo de las normas iusfundamentales aplicadas de forma inmediata a las relaciones intersubjetivas, en lugar de hacerlo por intermedio de las disposiciones de Derecho Privado, fundamentalmente, para supuestos de ausencia de normas específicas, y a través de la integración e interpretación de las cláusulas generales y de los conceptos jurídicos indeterminados iusprivados a la luz de los Derechos Fundamentales[674].

Y de manera principal, aunque no de modo exclusivo, sería a través de esas cláusulas generales como se materializaría la infiltración de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado, produciéndose los efectos jurídicos pertinentes[675].

De cualquier modo, un sector doctrinal crítico preocupado por la pérdida de autonomía del Derecho Privado que conllevaría la tesis de la eficacia inmediata, evidencia estar refiriéndose, ante todo, a una problemática de naturaleza jurisdiccional colateral en lugar de a un aspecto de calado teórico de la teoría en sentido propio, algo sensiblemente diferente de cuando la objeción es planteada como una de las consecuencias negativas aparejadas a la eventual imposición práctica de la señalada teoría de los efectos directos. En la medida la defensa del principio de la autonomía del Derecho Privado desde la tesis de los efectos mediatos constituye su verdadera obsesión, es francamente difícil que albergue el temor real a un dominio de un sector del Derecho por otro, pues el Derecho Constitucional garantiza y otorga protección al principio de autonomía privada, y se mire como se mire, lo verdaderamente a preocupar desde el seno de esta construcción, a

674 Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 176 y ss.

675 Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, pp. 418 y ss.

nuestro modo de ver, pudiera ser en todo caso la consagración de un señorío de la jurisdicción constitucional sobre la ordinaria[676].

La adopción de esta perspectiva crítica, se explica por la necesidad reconocida de interpretación de las disposiciones de Derecho Privado con fundamento en las normas de rango iusfundamental y, para determinados supuestos, por producirse también la infiltración de ese sistema objetivo de valores en las relaciones jurídico privadas a través de las cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados[677]. Semejante "virtud" hecha de la necesidad de modulación, provendría, según estos sectores, al tratar de evitarse la transformación de todo caso propio de Derecho Privado en un supuesto de Derecho Constitucional, pues situados ante tales tesituras, la jurisdicción constitucional, cuya competencia debería quedar circunscrita al examen de los asuntos "verdaderamente constitucionales", terminaría por transformarse en una instancia suprema y revisora de la jurisdicción ordinaria; vale decir, en un órgano omnipotente frente al Legislador democrático[678]. Pero, cabe ahora interpelarse: ¿acaso hallamos al Tribunal Constitucional carente de legitimidad democrática?

[676] Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts. Ein Beitrag zu den funktionell–rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 119, Heft. 4, 1994, pp. 551 y ss.

[677] Acentúa el carácter subsidiario de las cláusulas generales en defecto de las normas concretas de Derecho Privado, Wolfgang RÜFNER, "Drittwirkung der Grundrechte – Versuch…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 225-226.

[678] Fritz OSSENBÜHL, "Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit – Gedanken zur Wahrung der Verfahrensgrundrechte–", en *Freiheit, Verantwortung Kompetenz. Ausgewählte Abhandlungen von Fritz Ossenbühl*, edición de Meinhard Schröder / Wolfgang Löwer / Udo Di Fabio / Thomas von Danwitz, Carl Heymanns Verlag, Köln–Berlin–Bonn–München, 1994, pp. 201 y ss.

5.3. Mediación a cargo de un órgano estatal exigida por la teoría de la eficacia inmediata, con carácter previo a la aplicación de las normas iusfundamentales en las relaciones intersubjetivas.

5.3.1. Planteamiento.

Tal como venimos afirmando, la teoría de la eficacia mediata se defiende que las disposiciones de Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas despliegan efectos exclusivamente a través de la intervención mediadora de los órganos estatales, en su caso, sí, directamente obligados por esos Derechos. Y lo hacen, bien a través del desarrollo concretizante llevado a cabo por medio del Poder legislativo, bien, en su defecto, mediante la concretización realizada a través del órgano judicial en el momento de interpretar la norma para su aplicación al supuesto de hecho controvertido.

Nos hallamos ante la peculiaridad de la teoría de la eficacia indirecta, bien entendido que, al objeto de preservar la libertad de las partes, requiere esta construcción dogmática de la mediación "en el momento de interpretar la norma aplicable al caso", ya sea a través de la intervención del Legislador, o bien por la vía de la recepción jurisdiccional. Sin embargo, si este aspecto resulta pacífico para esta construcción dogmática, lo que se presenta discutible entre sus postuladores, es, en realidad, cual de "las dos vías, la legislativa o la jurisdiccional, tiene carácter preferente"[679].

[679] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, 3ª ed., edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 271.

5.3.2. Mediación llevada a cabo por el Poder legislativo.

5.3.2.1. El Legislador como órgano primero encargado de llevar a cabo la tarea de desarrollo–mediatizante de las normas iusfundamentales.

La literatura jurídica abogadora de la teoría de la eficacia mediata, en su gran mayoría, entiende consolidada la comprensión de conformidad con la cual los particulares no resultan obligados por las disposiciones constitucionales a vincularse de modo inmediato a los Derechos Fundamentales como derechos subjetivos. Ante esta circunstancia, con la finalidad de que no queden las posiciones iusfundamentales sin influencia en el Derecho Privado, va a ser indispensable el desarrollo de la tarea propia del Poder legislativo, de mediación y de sistemática actualización de los valores sociales de libertad y justicia para el sector normativo correspondiente al Derecho Privado, al objeto de cumplir con el deber del Estado de garantizar los bienes constitucionalmente amparados también contra injerencias distintas de las producidas por sujetos estatales[680].

Como ya hemos referenciado, según sostiene la tesis de la eficacia indirecta de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, la cuestión del alcance de los mismos dentro del ámbito privado, en primer término, constituye una problemática que corresponde resolver al Poder legislativo democrático atendiendo a su primacía en la tarea de concretización de la Constitución. En particular, Konrad HESSE ha señalado que: "al legislador de derecho privado

[680] Georg HERMES, "Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? – Das BVerfG zu Schutzpflicht und mittelbarer Drittwirkung der Berufsfreiheit", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 1765; y solo en un segundo momento mantendrá que se produce "la interpretación y la aplicación del Derecho común a través de los tribunales" para aquellos supuestos que no hayan sido regulados por el Legislador o lo hayan sido insuficientemente, *ibidem*, p. 1767.

corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, en Derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privada. A él le compete fundamentalmente cuidar de las múltiples modificaciones a las que obliga la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado"[681].

O expresado con algún superior detalle, le resulta factible y obligado al Poder legislativo, delimitar, ponderar y armonizar la eficacia de los Derechos Fundamentales y bienes constitucionalmente tutelados, para las relaciones jurídicas desarrolladas *inter privatos*, pues "en la medida en que los derechos fundamentales también han de ser protegidos en el Derecho Privado, lo que se puede hacer particularmente mediante preceptos imperativos, el legislador, de conformidad con la especial constelación iusfundamental, debe considerar las posiciones jurídico–fundamentales que vengan al caso correspondientes a ambas partes, y, si colinden, ordenarlas recíproca y proporcionalmente"[682]. Y con similares términos, Peter LERCHE ha sostenido ser tarea que incumbe fundamentalmente al Legislador, en cuanto órgano que canaliza directamente la democracia representativa, la de llevar a cabo el desarrollo efectivo de los Derechos Fundamentales[683], preservando para él, entre otras tareas, la de protección en primer término de los Derechos del individuo, atendida sea su condición de destinatario de la voluntad popular[684].

---

[681] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, pp. 63-64; asimismo del autor, *Escritos de Derecho Constitucional*, Editoriales Fundación Coloquio Jurídico Europeo–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 73.

[682] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, pp. 64-65.

[683] Peter LERCHE, "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1997, p. 740.

El Tribunal Constitucional Federal alemán, mantuvo por medio de la sentencia de 25 de febrero de 1975, que correspondía al Legislador decidir en primer término cómo debía cumplir el Estado con su obligación de proteger la vida de forma efectiva[685]. Y tres años después, mediante la sentencia de 8 de agosto de 1978, dice reiterar jurisprudencia constante, al afirmar: "las garantías recogidas en los Derechos Fundamentales no encierran únicamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al poder público, sino que al mismo tiempo representan valoraciones objetivas de la Constitución, que tienen vigencia en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico y proporcionan directrices para el Legislador, la Administración y la Jurisdicción"; lo cual se refleja emblemáticamente por el artículo 1.1.2 de la Ley Fundamental, a tenor del cual, todos los poderes públicos están obligados a respetar y tutelar la Dignidad humana, y de ello, "se pueden derivar deberes constitucionales de protección que ordenan configurar las normas jurídicas de tal forma que también se evite el peligro de que se produzcan vulneraciones de los derechos fundamentales"[686].

Desde Karlsruhe también se ha expresado que, para una correcta fiscalización de los bienes y derechos constitucionalmente amparados, "la forma y el alcance de la protección en cada caso concreto es una tarea del legislador", a quien corresponde realizar para ello una ponderación de los intereses en conflicto[687].

---

[684] Ernst BENDA, "Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VII, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001, p. 174.

[685] BVerfGE, 39, 1, (44).

[686] BVerfGE, 49, 89, (141).

[687] BVerfGE 88, 203, (254).

Desde este punto de vista, el "deber ser" de los poderes públicos, en orden a la protección de los Derechos Fundamentales frente a agresiones y amenazas procedentes de sujetos privados, es concebido, de modo esencial y de forma mayoritaria, como una tarea de concretización que corresponde inicialmente al Poder legislativo democráticamente legitimado de manera inmediata, aun cuando, como demuestra la praxis, no son pocos los supuestos para los cuales la ponderación directa a cargo del órgano judicial, va a resultar inevitable en último término, salvo, claro está, para quien no admita este tipo de mediación jurisdiccional. Construcción de acuerdo con la cual, es considerado factible filtrar los valores incorporados por las disposiciones de Derechos Fundamentales para su irradiación sobre el Derecho Privado, y, en un determinado sentido, contribuir a seguir consolidando el espíritu de esta rama del Derecho[688].

5.3.2.2. La amplia libertad de configuración reconocida en favor del Legislador: contenido esencial y respeto de la proporcionalidad como límites irrebasables.

Es el principio democrático, pues, como hemos obviamente admitido, el encargado de legitimar constitucionalmente la mediación legislativa en primer término, así como la considerablemente amplia libertad configuradora a disposición de nuestros representantes electos. Efectivamente, por virtud de su vinculación directa a los Derechos Fundamentales, y de su también inmediata legitimidad democrática, el Poder legislativo dispone de la aludida libertad de configuración y de restricción de los Derechos, tarea que, habida cuenta su relevancia, es encomendada precisamente a este poder del Estado[689]; eso sí, limitada

[688] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.* p. 183.

[689] Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie. Ein Beitrag…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 537.

por el respeto a la garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales y en aplicación del principio de proporcionalidad. Existe a favor del Legislador, en tal sentido, libertad de configuración y de restricción, ahora bien, la misma no cabe duda que tenga carácter absoluto e ilimitado (artículo 53.1 de la C.E.). En esta línea, nuestro Tribunal Constitucional destaca que el Legislador ordinario dispone "dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática", pues al ser el "representante en cada momento histórico de la soberanía popular", le corresponde "confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53"[690].

Aparece delimitada desde esta teoría de la eficacia mediata, por lo tanto, una tarea constitucional –prácticamente una obligación– a favor del Poder legislativo[691], a quien corresponde la exigencia inicial de

[690] STC 55/1996, de 28 de marzo; puede verse antes la STC 11/1981, de 8 de abril: "convendrá observar, una vez más, que en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo".

[691] Este es el caso, consideramos, de José María PABÓN DE ACUÑA, quien "aconseja con buen criterio que el legislador ordinario emprenda la regulación de los derechos fundamentales hasta el límite que permita la generalidad de la norma", "La llamada *Drittwirkung* de los derechos fundamentales", en *El Poder Judicial*, Vol. III, AA.VV., Editoriales Instituto de Estudios Fiscales–Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983, p. 2219.

proveer la densificación de los valores sociales objetivos y esenciales incorporados por las disposiciones de Derechos Fundamentales, de tal forma que los mismos desplieguen eficacia mediata para las relaciones intersubjetivas. Porque, conforme venimos insistiendo, el deber del Estado de protección de los Derechos Fundamentales al objeto de su defensa frente a las vulneraciones imputables a sujetos privados es tarea que incumbe a todos los poderes públicos, pero especialmente al considerado Poder legislativo. Lo recuerda el Tribunal Constitucional español en diversas oportunidades, al establecer que la significación adquirida por los Derechos Fundamentales dentro del orden constitucional, "impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivizados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que repute a tal fin necesarias"[692].

Y de igual modo a lo sucedido con la aplicación de la eficacia directa, aunque aquí sea a través de la intermediación legislativa, una parte importante de la literatura jurídica sostiene que el Legislador tiene el deber de considerar a la hora del establecimiento de la forma de cumplir por el Estado con la protección de los Derechos Fundamentales, que cuanto más acusada sea la diferencia de posición entre las partes de la relación jurídico–privada, mayor deberá ser la eficacia de esos Derechos y menor el peso del principio de la autonomía de la voluntad.

Por ejemplo, así debe ser para los supuestos en los cuales: a) la aceptación de la parte más débil de la relación jurídica configurada, termine no siendo la expresión de su voluntad autónoma y real[693]; b)

[692] STC 129/1989, de 17 de julio.

[693] Jesús ALFARO ÁGULILA–REAL, se refiere a los supuestos de renuncia a un Derecho Fundamental consecuencia de la violencia, la amenaza o el engaño, o en los supuestos en los que uno de los contratantes careció de la facultad de decidir libremente por haber estado impedido para acudir a la competencia y hubo de aceptar la restricción de

deba cargar con la imposición de obligaciones excesivas e inasumibles, pues la libertad contractual únicamente cumple su función si la relación entre las partes no está caracterizada por la desigualdad[694](de lo contrario, y de llegar el caso a manos del juez, resolverá el contrato aunque la parte más débil haya consentido en obligarse, dada la exigencia para los órganos judiciales de interpretar y aplicar "las cláusulas generales velando porque los contratos no sirvan como instrumento de heteronomía"[695]); c) lleguen a limitarse tanto los derechos de una parte, que aparejen como consecuencia correlativa la vulneración de su Dignidad humana[696].

Atendido sea lo expresado, el Poder legislativo tiene a su disposición un margen considerablemente amplio para desarrollar su tarea delimitadora de la esfera de libertad correspondiente a los sujetos privados en las relaciones intersubjetivas[697]. Tarea a realizar, concordantemente con los valores admitidos por la conciencia social, la opción política elegida, y, naturalmente, dentro del contexto y las especificaciones constitucionales, concretando su actuación con sometimiento a los límites del contenido esencial de los Derechos Fundamentales y a la garantía del principio de autonomía privada, entendidos siempre con arreglo a parámetros de proporcionalidad[698].

---

derechos establecida en el contrato, "Autonomía privada y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 46, núm. 1, 1993, p. 97.

694 BVerfGE, 89, 214, (233).

695 BVerfGE, 89, 214, (234).

696 BVerfGE, 89, 214, (220).

697 Para Wolfgang RÜFNER, el margen de actuación permitido por la Constitución al Legislador y a los propios órganos judiciales es tan amplio que muy difícilmente puede la jurisdicción constitucional confirmar una vulneración de Derechos Fundamentales, de tal modo que solo rechazará la decisión de los tribunales ordinarios cuando la violación de esos Derechos sea de grueso calado, "Drittwirkung der Grundrechte…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 227.

698 Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 291.

Porque, de conformidad a lo que ha venido reiterando nuestro Tribunal Constitucional, el Legislador "no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que esta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas"[699], habida cuenta que en el respeto de los principios derivados de la Constitución, "puede optar por muy variadas soluciones, que irán, en función de criterios exclusivamente políticos, de un modelo más estricto a otro más laxo, dependiendo de cuál sea la orientación de la mayoría parlamentaria que sustente la Ley en cuestión"; y todo lo anterior para terminar reconociendo la "legitimidad de la pluralidad de opciones legislativas en la regulación de cada materia"[700].

Por consiguiente, en congruencia con los términos sintéticamente empleados y para concluir este aspecto, dentro del tejido del proceso político democrático, es asunto del Legislador "decidir de esta o de aquella manera, en el marco de las alternativas conformes con la Constitución"[701].

5.3.2.3. Acerca de la tarea legislativa concretizante.

Consiguientemente, de la concretización de los Derechos Fundamentales deviene, en primer término, un deber a realizar por el Poder legislativo, quien está obligado, sobre manera, a proceder al establecimiento de regulaciones impeditivas de abusos económicos y sociales, aspecto en el que insistiera particularmente Konrad HESSE. En tanto, respecto del ámbito del Derecho Privado, le incumbe la obligación de concretizar el contenido jurídico, el alcance y las condiciones de ejercicio de los Derechos Fundamentales, atendida sea su condición de

[699] STC 55/1996, de 28 de marzo.

[700] STC 178/1995, de 11 de diciembre.

[701] Peter HÄBERLE, *Retos actuales del Estado Constitucional*, Editorial Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996, p. 26.

principios objetivos supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto[702]. Desde luego, la dimensión objetiva de los Derechos no es justiciable, por importante que, a fin de cuentas, haya efectivamente resultado, y, de esta suerte, el abstracto reconocimiento que conlleva favorable al titular presuntamente agraviado, le resulta completamente insuficiente a la hora de hacer valer un Derecho Fundamental que aún no ha sido concretizado por el Legislador.

Así pues, toda vez se mantiene que los Derechos Fundamentales, con carácter genérico, carecen de eficacia para vincular de modo inmediato a los particulares en sus relaciones recíprocas, determinar el grado de eficacia de aquellos en el Derecho Privado, de ordinario, constituye una función de concretización llevada a cabo en primer lugar por el Poder legislativo. A él corresponde precisar, inicialmente, el contenido, alcance y condiciones de ejercicio de los Derechos que venimos considerando[703].

La mediación legislativa pasa a convertirse, de esta suerte, en "el camino adecuado para la tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones y peligros procedentes del ámbito no estatal. Así, cumple la Ley su clásica tarea de delimitar la libertad de unos frente a la libertad de otros. Tal tarea debería ser tomada en serio, inclusive cuando puedan existir razones para preferir su sustitución por la jurisprudencia. Si la desempeña el legislador con la aprobación de nuevas leyes de Derecho Privado, entonces la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales puede perder su fuerza explosiva con el transcurso del tiempo"[704]. Sin embargo, de seguir lo postulado por la teoría de la eficacia

[702] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 108.

[703] Recuerda Juan María BILBAO UBILLOS, la insistencia con la que el Tribunal Constitucional español ha declarado la obligación del Legislador de garantizar la vigencia de los Derechos Fundamentales en todos los ámbitos jurídicos, "¿En qué medida vinculan…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 271.

[704] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, p. 66.

inmediata, le cabe al órgano judicial realizar la tarea de concretización directamente a partir de las disposiciones iusfundamentales, y si así se hiciera, dicen los críticos de esta última construcción, estaríamos cayendo en la tentación de cambiar "el resultado deseado por razones jurídico–políticas, por el resultado constitucionalmente exigido"[705]; lo cual, con todo, entendemos resulta ser una aseveración parcialmente contradictoria.

A la Ley le es conferida la responsabilidad de establecer pautas específicas al objeto de lograr una adecuada conciliación o equilibrio entre Derechos Fundamentales o bienes constitucionalmente tutelados susceptibles de entrar frecuentemente en conflicto, claro es, para casos de tráfico jurídico privado, otorgando preferencia ponderadamente, supuesto a supuesto, a alguno de ellos. Orden de prelación establecido que puede verse alterado para otra hipótesis distinta dependiendo de las circunstancias concurrentes, habida cuenta de la relación flexible existente entre los Derechos Fundamentales. En consecuencia, para esta teoría, la modulación por conducto de la Ley, evidencia ser la vía constitucionalmente más correcta a efectos de garantizar los Derechos Fundamentales frente a las vulneraciones de estos que resulten imputables a acciones de particulares. Y, según advertencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, la ponderación aludida entre Derechos Fundamentales como método de resolución de las inevitables colisiones producidas entre los mismos y surgidas en el tráfico jurídico privado, deberá orientarse a lograr el máximo equilibrio posible de los Derechos colisionantes, después de prestar sensible atención al grado de protección que merecen en cada supuesto[706], reiteramos, siempre conforme a parámetros guiados por el principio de proporcionalidad.

[705] Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie. Ein Beitrag...", *loc. cit.* en *op. cit.*, 1994, p. 538.

[706] BVerfGE, 7, 198, (220).

Existen pocas dudas respecto de esta dirección acerca de que, sea en las relaciones intersubjetivas, sea igualmente en la esfera del tráfico jurídico mantenido por los sujetos privados y el Estado, la Ley ha devenido el instrumento más idóneo al objeto de cumplir con ese deber de tutela. Porque, con independencia de la toma de postura adoptada y referida a la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, el protagonismo privilegiado correspondiente al Legislador, conforma un postulado jurídico que ha sido capaz de adquirir reconocimiento doctrinal y jurisprudencial casi unánime[707]. Precisamente en base al mismo, ha llegado a afirmarse por nuestra doctrina, que atravesamos una situación "de neto protagonismo de la jurisdicción en la concreción de la *Drittwirkung*", demostrativo de "un elemento de anormalidad"[708]; algo difícil de revertir, consideramos, mientras prosiga la imposición de la tesis de la eficacia mediata. Es más, para sectores adscritos a esta teoría que descartan sin embargo la mediación judicial, el deber de garantía a cargo del poder público, muestra que es exclusivamente por medio "de la ley o sobre la base de una ley", como resulta facultado el Estado "para combatir activamente las conductas privadas que suponen una amenaza para un bien jurídico"[709].

[707] Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales..., op. cit.*, p. 291.

[708] Pedro CRUZ VILLALÓN, "Derechos fundamentales y derecho privado", en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 231-232.

[709] Hans–Hugo KLEIN, "Die grundrechtliche Schutzpflicht", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, Heft. 9, 1994, p. 491.

5.3.2.4. Las insuficiencias–deficiencias que puede presentar la mediación legislativa.

La tarea de transformar de forma diferenciada y concreta el contenido de los Derechos Fundamentales, según hemos reiteradamente insistido, en "Derecho inmediatamente vinculante para las partes de una relación jurídico–privada se le atribuye constitucionalmente al legislador de Derecho Privado. A él le corresponde fundamentalmente cuidar de las múltiples modificaciones exigibles por la influencia de los derechos fundamentales sobre"[710] esta rama del ordenamiento.

Ahora bien, las disposiciones constitucionales iusfundamentales, debido a su naturaleza, se han establecido por el Legislador constituyente a través de textos positivos de carácter general, abstractos, fragmentarios, e incluso en ocasiones deliberadamente ambiguos, así como, en tiempos más recientes, siempre abiertos al tiempo. En consecuencia, frecuentemente deviene un trabajo complejo el de esclarecer, mediante el empleo de los habituales cánones metodológicos de interpretación, los casos de aplicación, y el alcance de las disposiciones de Derechos Fundamentales. De manera adicional, tal como viene expresándose por la doctrina científica y ya hemos apuntado, las relaciones intersubjetivas, por contraste a las relaciones jurídicas establecidas entre el ciudadano y el Estado, denotan la presencia, y en su caso la eventual colisión, entre titulares de Derechos Fundamentales. En un segundo sentido, hemos de considerar siempre desde el contexto de este tipo de relaciones jurídico–privadas, tanto la garantía del principio de autonomía privada, como la autodeterminación individual y colectiva.

[710] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, p. 60.

Atendiendo a tales observaciones, según es valorado muy exigentemente, la teoría de la eficacia inmediata constituiría un riesgo grave para el principio de seguridad jurídica, y, por consiguiente, he aquí otro de los motivos por los cuales resulta conveniente e incluso necesaria la mediación del Legislador conforme a la construcción de la tesis de la eficacia indirecta.

El Poder legislativo lleva a cabo su trabajo, asimismo se defiende, a través de regulaciones concretas, circunstanciadas y claras, delimitando los supuestos de hecho, así como las correspondientes consecuencias jurídicas, y ocupándose de garantizar la presencia de una influencia indirecta, ponderada y armónica de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas. De este modo, quedará garantizado en superior medida el principio de seguridad jurídica, postulado incontrovertible de un Estado de Derecho. Esto es, aun cuando no le quepa al Legislador renunciar con carácter absoluto al empleo de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales, "necesitados de ulterior precisión"[711], la producción legislativa "materialmente diferenciadora, que concrete los presupuestos y los efectos de la influencia de los derechos fundamentales, incluso cuando utiliza tales conceptos, conduce a una mayor determinación de la regulación normativa, a mayor claridad, certeza y previsibilidad jurídicas que un recurso inmediato a los derechos fundamentales"[712].

No obstante, conviene ya introducir alguna matización relacionada con lo acabado de mentar, por cuanto el marco legislativo de desarrollo constitucional, quiera o no quiera admitirse, presenta en todo momento lagunas, como veremos. De una parte, en ciertas ocasiones nos hallamos

[711] Günter DÜRIG, citado por Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, p. 66.

[712] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, p. 65.

ante demoras legislativas tocantes a la concretización de los Derechos Fundamentales; pensemos en los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de nuestra Constitución (como sucede con cualquier otra), momento en el que una inmensa mayoría de Derechos Fundamentales carecían de legislación concretizante de desarrollo, incluido para las relaciones jurídicas verticales. En segundo lugar, no son tan infrecuentes las ocasiones en las que el Poder legislativo adopta una postura auténticamente omisora, vale decir, se abstiene de producir regulaciones específicas de Derecho Privado concretizantes de los Derechos Fundamentales. En tercer término, igualmente con cierta asiduidad, o casi siempre, la concretización legislativa nunca puede ser completa y presentará deficiencias por la propia naturaleza de las cosas y no exclusivamente en razón de una deliberada ausencia de "voluntad política" del Poder legislativo, porque al desarrollar su función, aun cuando lo pretenda, siempre le resultará imposible preverlo todo "de un modo exhaustivo".

Consecuentemente, en hilazón con lo anterior, de modo cierto, no resulta "contemplar todas las situaciones ni todos los conflictos posibles" y susceptibles de plantearse entre Derechos Fundamentales y bienes constitucionalmente amparados corolario de las inexorables insuficiencias aparecidas en la legislación[713]. Por demás, hay que reconocer que los conceptos legales son incapaces de lograr, "por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas"[714]. Y ello, al margen de que, ante cualquier momento y circunstancia, puedan eventualmente evidenciarse nuevas omisiones legislativas por la propia tendencia expansiva de los Derechos Fundamentales, cuyo control de omisión no está previsto en el

[713] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 272.

[714] STC 69/1989, de 20 de abril.

ordenamiento jurídico español. También se plantean hipótesis en las cuales el Poder legislativo concluye, tardíamente, la concretización de un Derecho Fundamental, y al haber sido previamente moroso durante un importante periodo temporal, los titulares del Derecho Fundamental habrán estado imposibilitados de ejercitarlo a lo largo de un espacio temporal superior a lo razonable. Y por estas razones que dejan sin agotar la cuestión, no estimamos deba rechazarse desde la teoría de la eficacia mediata la ponderación directa a cargo del juez, ni la aplicación inmediata de los Derechos Fundamentales excepcionalmente admitida por algunos de sus defensores[715].

Asimismo, pueden extraerse ejemplos de nuestra jurisprudencia constitucional, demostrativos de Derechos Fundamentales que despliegan eficacia directa en ausencia de previsión legal de desarrollo o de regulación del ejercicio[716]. Si bien, para uno de nuestros autores más cualificados sobre la materia, y crítico decidido de la eficacia mediata, la consecuencia más evidente de esta mediación legislativa (asimismo considera que es conclusión igualmente extraíble de la mediación judicial) estriba en el hecho concerniente a "que el derecho fundamental y la libertad pública surgen de ella transformados; ya no afecta o modula la relación en cuanto tal derecho fundamental, sino en razón a que el legislativo ha incorporado su influencia a su propia legislación, transformándolo en Derecho objetivo o a que el poder judicial ha tomado en cuenta el derecho fundamental como expresión de valores del

[715] Juan María BILBAO UBILLOS, interpreta que este no es el caso, entre nosotros, de Jesús Alfaro Águila–Real, autor para quien "ni el juez ordinario, ni el Tribunal Constitucional tendrían competencia (aun en ausencia de una regulación legal específica) para aplicar directamente la Constitución a las relaciones, modelando por su cuenta" las mismas, y ello por interpretar que el "desarrollo de la Constitución, entendido como opción entre distintas alternativas de política legislativa corresponde de modo exclusivo al legislador", "¿En qué medida vinculan a los particulares…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 273.

[716] *Ibídem*, p. 273.

ordenamiento que tienen influencia a la hora de interpretar y aplicar el Derecho Privado"[717].

5.3.2.5. Las cláusulas generales como vehículo esencial de conexión del orden de valores iusfundamental con el Derecho Privado.

Tal como ha puesto de relieve numerosa literatura jurídica y volveremos sobre este aspecto, la concordancia práctica que venimos considerando entre Derechos Fundamentales y Derecho Privado, llevada a cabo por medio de una ponderación expresada a través del empleo del principio de proporcionalidad, y propuesta por la teoría de la eficacia indirecta, supone la admisión de efectos mediatos de las disposiciones iusfundamentales en el ámbito jurídico–privado. E implica, la también conciliación del entendimiento de los Derechos Fundamentales en cuanto sistema u orden de valores objetivo con la necesaria existencia de puertas de irrupción de tales valores en el sector jurídico propio del Derecho Privado; función cuyo desempeño se encomienda fundamentalmente a la tarea a desarrollar por intermedio de las cláusulas generales.

El principal vínculo de conexión entre los Derechos Fundamentales en su cualidad de sistema u orden de valores supremos y el Derecho Privado, de conformidad con la teoría de la eficacia mediata, son las consideradas cláusulas generales de carácter iusprivado. A este respecto, desde nuestras latitudes, se cuestiona a esta construcción por presentarse considerablemente forzada, consecuencia, a buen seguro, "del miedo a una profunda revisión de determinados planteamientos y categorías, inspirada por el deseo de salvar a toda costa ciertos principios formulados en un contexto muy distinto". Por consiguiente, se quiera o no admitir, "si es necesario se tergiversa, se distorsiona la terca realidad

[717] Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *El recurso de amparo y los derechos..., op. cit.*, pp. 51-52.

para que todas las piezas de una determinada construcción"[718] terminen encajando.

Ahora bien, si esta afirmación puede compartirse en líneas generales, a uno le suscitan interrogantes las opiniones vertidas por el mismo autor en la página inmediatamente siguiente, cuando postula: "lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos en las relaciones de Derecho privado". Por lo tanto, aunque se suela "presentar a los partidarios de la vinculación inmediata como paladines de la tutela preferente y sin reservas (en cualquier circunstancia), de los derechos fundamentales" (…) "a la hora de la verdad, las diversas construcciones teóricas conducen a los mismos resultados"[719]. Con lo cual, a uno le entran verdaderas ganas de conocer en qué consistirá para el defensor de estas posturas la "profunda revisión de determinados planteamientos y categorías" previamente demandada.

Tales cláusulas generales están necesitadas, como hemos dicho, de una infiltración valorativa para desplegar verdadera eficacia, toda vez son inicialmente conceptos abiertos, según expresión empleada por la literatura jurídica, cuyo contenido va a ser integrado a través de una operación axiológica a cargo del aplicador del Derecho. De cualquier modo, no queremos dejar para más adelante, la advertencia realizada por destacados sectores doctrinales, acerca de que la aplicación indirecta de las normas constitucionales garantes de los Derechos Fundamentales, de modo esencial a través de las cláusulas generales particularmente de Derecho Civil (en ocasiones carentes de colmado valorativo, o incluso efectuado este último con las dificultades advertidas que supone), viene a

[718] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 276.

[719] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 277.

ocasionar frecuentes arbitrariedades, violándose con ello la esfera de la autonomía individual de los sujetos privados por medio de un peligroso salto efectuado a través del Legislador ordinario[720].

Al contrario de lo que todavía sostienen significativos autores adscritos naturalmente a la teoría de la eficacia mediata, esa concretización axiológica ha de estar fundamentada necesariamente en el sistema de valores objetivo consagrado por la Constitución, con lo que se pone de manifiesto la vinculación estrecha entre Derecho Constitucional–Derecho Privado. Sin embargo, de modo alguno puede ser admisible la concretización apoyada en parámetros morales, extra o supralegales, que además de resultar constitucionalmente ilegítima, daría lugar a la situación más temida por buena parte de la doctrina iusprivatista más autorizada, esto es, a la colonización por parte de los Derechos Fundamentales de este sector del ordenamiento. De este error frecuente, suele partir la crítica más contundente que se hace a la teoría de los efectos mediatos en las relaciones intersubjetivas.

Ciertamente, si la *mittelbare–Drittwirkung*, conforme a su construcción más difundida, se fundamenta en la aceptación de que las normas iusfundamentales son efectivamente garantías de protección de los individuos frente a las injerencias de los poderes públicos, pero aceptando al propio tiempo su carácter objetivo, en el sentido de ser los encargados también de configurar un sistema u orden de valores a irradiarse o infiltrarse en el Derecho Privado, frente a ello, es obvio, la objeción de mayor calado que cabe oponer es la de cuestionar la teoría desde sus propias bases. Ello equivale a decir que, esa severa crítica, rechazaría la validez jurídica de la concepción del orden objetivo de valores aplicada a los Derechos Fundamentales; mientras otras aparentemente más moderadas, mantienen que en tanto los valores

[720] Por todos, Pietro PERLINGIERI, *"Normas constitucionais nas relações privadas", en Revista da Faculdade de Direito da UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro*), núms. 6 y 7, 1998/1999, pp. 63-64.

resultan susceptibles de ser configurados de forma flexible, se pone en cuestión con ello la certeza del Derecho[721].

5.3.3. La mediación producida a través de los órganos judiciales.

5.3.3.1. Carácter subsidiario, pero de indudable importancia, propio de la mediación judicial.

La eficacia de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, según hemos venido viendo, de conformidad a la teoría de la eficacia indirecta, ha de ser mediatizada, inicialmente, a cargo del Poder legislativo. Por consecuencia, conforme asimismo terminamos de aludir en los epígrafes anteriores, es poco o nada discutible la preeminencia de este poder del Estado a la hora de realizar la concretización de la eficacia de los Derechos Fundamentales en la esfera del Derecho Privado. No existen al respecto, por lo tanto, cualificadas disputas doctrinales acerca del orden preferencial establecido a favor del Legislador democrático, tocante a la tarea de incorporar en el sector del Derecho Privado los valores expresados por el contenido de los preceptos iusfundamentales. Sin embargo, tal reconocimiento ni tiene por finalidad, ni tampoco por pretensión, excluir la modulación por conducto de los órganos judiciales, cuando ello resulte necesario debido a la ausencia o insuficiencia de la mediación legislativa,

[721] Además de las críticas clásicas de Carl SCHMITT y Ernst FORSTHOFF, desde perspectivas y objetivos diferentes, son también bien conocidos y considerados los cuestionamientos al sistema de valores debidos a Adalbert PODLECH, "Wertungen und Werte im Recht", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 95, 1970, pp. 205-206; Helmut GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz – Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 1973, especialmente pp. 131 y ss, y *passim*; y Friedrich MÜLLER–Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Band I, *Grundlagen öffentliches Rechts*, 11ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2013, especialmente pp. 62 y ss.

algo admisible de modo casi general por la doctrina científica ocupada de defender la conveniencia de este tipo de teoría[722].

La actividad legislativa mediadora, ha de reconocerse, concretizadora en primer término el orden de valores integrador del contenido de los Derechos Fundamentales, dista de resultar exhaustiva o de caracterizarse por la completud absoluta. Al Poder legislativo, como ya hemos concluido, con independencia de albergar las más serias pretensiones de lograrlo, se le revela imposible disciplinar el conjunto de las situaciones y la totalidad de los posibles conflictos iusfundamentales a surgir, permaneciendo inevitablemente lagunas que dejan *ab initio* desprotegidos determinados Derechos en las relaciones jurídico–privadas, o al menos desprotegidos en parte. De otro lado, nos podemos encontrar ante auténticas omisiones legislativas inicialmente no observadas, o frente a una legislación de desarrollo desbordada por la fuerza expansiva de los Derechos Fundamentales, sea entre otras razones por el acelerado cambio de la hipercompleja realidad social; supuestos, todos los considerados, carentes, naturalmente, de norma de desarrollo constitucional aplicable al caso específico, aunque las dificultades tampoco parecen terminar aquí, como veremos de inmediato.

Desde la consideración, pues, de las insuficiencias siempre presentadas por la actividad legislativa concretizante, las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados resultan empleados, según hemos dicho, cual puertas de entrada o puntos de irrupción de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones intersubjetivas. Por consiguiente, sea en este supuesto, ora para las hipótesis en las

[722] Una excepción representada entre nosotros por Javier JIMÉNEZ CAMPO, para quien el juez únicamente es garante de la libertad cuando actúa conforme a la Constitución y según la Ley, y ello, porque la indeterminación y abstracción inherente a la norma constitucional conduciría a la supresión, si así no fuera, de la libertad del sujeto, cuyo status quedaría completamente a merced de la discrecionalidad del poder judicial, "Prólogo", en *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editoriales Boletín Oficial del Estado–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 24.

cuales es el propio órgano legislativo quien utiliza a efectos de sus concretizaciones iniciales conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas generales, la obligación primera del órgano judicial, inmediatamente vinculado también a los Derechos Fundamentales, consistirá en verificar la presencia o la falta de concretización adecuada e imputable al Poder legislativo. Y, de evidenciarse la ausencia o la insuficiencia de la misma, será él, seguidamente, el encargado de concretizar la eficacia de los Derechos Fundamentales, atendiendo a su cualidad de elementos valorativos interiorizables en el conflicto pendiente de resolver, fundamentalmente por medio de la interpretación conforme a estos Derechos de las cláusulas generales y de los conceptos jurídicos indeterminados propios del Derecho Privado. La concretización judicial va a resultar igualmente necesaria para aquellas hipótesis en las cuales el Legislador ha producido una norma específica, pero la misma presenta serias dudas tocante a la comprensión de su teleología inspiradora.

Se hace evidente, por consiguiente, la importante relevancia adquirida desde la práctica por la actuación de los órganos judiciales, con el objetivo de ofrecer respuestas adecuadas a los conflictos surgidos en las relaciones jurídicas *ínter privatos* cuando entren en cuestión Derechos Fundamentales. El límite, desde el punto de vista de los principios democrático y de corrección funcional, ha sido expresado con rotundidad por Konrad HESSE, al afirmar: "los tribunales no deben corregir las decisiones y ponderaciones del legislador en intervención sobre derechos fundamentales o con apoyo en sus propias ponderaciones"[723].

De esta manera, junto a la mediación legislativa, y respondiendo, en su caso, a las insuficiencias o ausencia de aquella, la teoría de la eficacia mediata incluye un segundo cauce de incorporación de los Derechos

[723] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, p. 68
.

Fundamentales al Derecho Privado. Así, permite la modulación a cargo de los órganos judiciales, quienes, atendiendo exigencias constitucionales, deberán tener en cuenta el contenido valorativo de los enunciados iusfundamentales –a los cuales por virtud de la propia Constitución están inmediatamente vinculados– dada sea su calidad de parámetros interpretativos y de integración de las disposiciones de Derecho Privado. Los órganos judiciales operan, en un segundo lugar, cual instrumentos de modulación y concretización de los Derechos Fundamentales para su desarrollo dentro del ámbito comprendido por el tráfico jurídico–privado, de conformidad con el discurrir ordinario de su exclusiva función jurisdiccional. Naturalmente, lo expresado es válido para supuestos de colisiones entre Derechos Fundamentales e intereses protegidos constitucionalmente, con frecuencia planteadas durante el transcurso de la vida social, y atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Sobresalen entre estas, la intensidad de la amenaza cernida sobre cada Derecho Fundamental en liza, los intereses respectivos de las partes, y la valoración del alcance del daño producido, al objeto de lograr "el equilibrio y realizar una ponderación de los distintos derechos enfrentados, según la protección que en cada caso merecieran"[724].

Se cierra así el círculo de la construcción en términos próximos a la síntesis debida a Jean RIVERO, para quien, a partir del momento en que se produce la ventilación jurisdiccionalmente de un "conflicto relativo al ejercicio de una libertad en las relaciones privadas, el problema abandona el marco de esas relaciones para plantearse en el terreno de las relaciones entre particulares y autoridades públicas"; ante lo cual, si el órgano judicial niega la protección a ese Derecho Fundamental, quien realmente está incumpliendo con el deber de protección del mismo va a ser el propio Estado, toda vez la relación jurídica privada "en virtud de la intervención del juez, desemboca en la relación entre el particular y el

[724] BVerfGE, 7, 198, (220). Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, p. 63.

Estado, protector, a través de todos sus órganos, de los derechos que ha conculcado"[725].

Esto es, una parte de la elaboración dogmática a cargo de la teoría de la eficacia mediata, considera base de apoyo para admitir en un segundo momento la modulación por medio del órgano judicial, la valoración de inidoneidad de las normas iusfundamentales, al objeto de resolver con carácter inmediato a partir de las mismas una colisión de estas normas suscitada dentro del contexto de una relación intersubjetiva, y en ausencia de concretización legislativa o ante la insuficiencia de esta última.

Situados ante esta tesitura, con la finalidad de evitar la desconexión normativa entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado, se procura la abertura de una puerta de acceso que permita la irrupción de los valores contenidos por las disposiciones de Derechos Fundamentales para las normas de Derecho Privado. Esto es, estamos ante lo que es valorado como una estimada "vía suave y flexible" de entrada –expresión de Günter DÜRIG– que posibilita la "recepción civilizada"[726], de las disposiciones iusfundamentales en el Derecho Privado, con pretensión de respeto, pues, de las normas constitucionales, pero sin poder llegar a la aplicación directa de las mismas. Por medio de esta vía, los enunciados de naturaleza iusfundamental van colmando y concretando progresivamente el contenido de las cláusulas generales y el de los conceptos jurídicos indeterminados, que actúan como límites del principio de autonomía privada; técnicas legislativas producidas por el

[725] Jean RIVERO, "La protection des droits de l`homme dans les rapports entre personnes privées", en *René Cassin Amicorum Discipulorumque Líber,* Vol. III, *Protection des droits de l`homme dans les rapports entre personnes privées*, edición de Marceau Long / François Monnier / Jean Graven, Augusto Pedone Éditions, Paris, 1971, pp. 32 y ss.

[726] José Joaquim GOMES CANOTILHO, citado por Juan María Bilbao Ubillos, "¿En qué medida vinculan a los particulares…", *loc. cit.,* en *op. cit.*, p. 274.

Legislador de Derecho Privado al objeto de preservar y ampliar el margen de ponderación judicial.

5.3.3.2. Modos específicos de desarrollar la concretización judicial.

Sin invocar directamente los Derechos Fundamentales, y en el respeto del orden de prelación que les corresponde, los órganos judiciales, llegado el caso, concretizan la eficacia de las disposiciones iusfundamentales en las relaciones jurídico–privadas, básicamente, a través de dos procedimientos, y siempre por medio de técnicas o del instrumental propio del Derecho Privado: a) concretizando y aplicando los textos de las disposiciones iusprivadas –en especial los textos de disposiciones imperativas– de conformidad a las normas iusfundamentales, a saber, mediante la denominada interpretación conforme a los Derechos Fundamentales; b) infiltrando las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados o abiertos de Derecho Privado –a los que el Legislador no puede renunciar[727]– operación realizada a base de los valores integrantes del contenido de las disposiciones de Derechos Fundamentales; o expresado en otros términos, realizando la operación integradora por medio del contenido de las normas iusfundamentales en su calidad de principios objetivos o decisiones valorativas supremas del ordenamiento jurídico en su totalidad, de modo que los sujetos privados solo por vía indirecta quedan vinculados a ellas[728].

Tocante al procedimiento señalado en primer término, de acuerdo con lo expresado como ya vimos por el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia del caso *Lüth*: "el contenido jurídico de los

[727] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, p. 65.

[728] Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 45.

Derechos Fundamentales como normas objetivas, se desenvuelve en el Derecho Privado por medio de las prescripciones que rigen inmediatamente en este ámbito jurídico"[729]. De este modo, resulta preservada la identidad, la autonomía y la función clásica del Derecho Privado, toda vez la resolución de los conflictos específicos surgidos en los ámbitos de las relaciones intersubjetivas, *prima facie* de competencia del Derecho Privado, resultan ser efectivamente solventados dentro del ámbito de ese sector del ordenamiento. De otro lado, ha llegado a ser unánime la comprensión de que, con fundamento en el principio de supremacía de la Constitución, forma parte obligada del ejercicio de la función jurisdiccional, interpretar cualquier texto de norma infraconstitucional antes de proceder a su aplicación, de conformidad siempre con la Norma Suprema. De esta suerte, para las hipótesis en las cuales se observa antes de proceder a la aplicación que una norma infraconstitucional resulta incompatible con la Constitución, por entrar en confrontación con el orden de valores y principios constitucionales, y por el hecho de no arrojar ninguna interpretación posible que se compadezca con ese orden, la consecuencia obligada es la inaplicación de esa norma al caso controvertido. Deberá entonces el órgano judicial encargado de la aplicación, plantear el control concreto de normas ante el Tribunal Constitucional; en nuestro ordenamiento la cuestión de inconstitucionalidad, al tratarse de una norma de rango legal (artículo 163 de la C.E.).

Para la construcción dogmática de la teoría de la eficacia mediata, cuando se está ante la presencia de la modulación a cargo de los órganos judiciales, el énfasis recae sobre el procedimiento considerado en segundo lugar. De estimarse la necesidad de empleo de este procedimiento de actuación para el supuesto específico, caracterizada la hipótesis de colisión o vulneración de Derechos Fundamentales y, ante la

[729] BVerfGE 7, 198, (205).

carencia de normativa de desarrollo legislativo adecuada, los órganos judiciales están obligados, ellos mismos, a llevar a cabo la "infiltración" o "irrupción" iusfundamental. O, más sencillamente, se hallan compelidos a propiciar la entrada de los valores representados por los Derechos Fundamentales, dada su dimensión de normas objetivas, en las disposiciones de Derecho Privado, a través de la concretización axiológico–valorativa de las cláusulas generales contenidas en normas imperativas de este sector del ordenamiento, así como de los conceptos jurídicos indeterminados influenciados por el orden de valores en el mismo sentido.

Expresado de modo diferente, la decisión del supuesto conflictivo, se lleva a cabo por medio del recurso a cláusulas generales o a los conceptos jurídicos indeterminados de conformidad con las características del supuesto concreto, influenciados o informados por el orden objetivo de valores de los Derechos Fundamentales en su calidad de principios objetivos supremos del ordenamiento jurídico entero. En este sentido, la protección iusfundamental correspondiente a todos los poderes estatales, no queda supeditada a la naturaleza pública o privada de una concreta relación jurídica, ante lo cual, el pertinente mandato de protección derivado de la Constitución va dirigido ahora "al juez que, en los casos de vulneración de la paridad contractual, debe proporcionar validez a las decisiones objetivas básicas relativas a los Derechos Fundamentales, a través del Derecho Civil"[730].

5.3.3.3. Mediación judicial y función de las cláusulas generales, en sentido más específico.

Según resulta fácilmente de apreciación, la teoría de la eficacia mediata ha puesto particular énfasis en las cláusulas generales (abuso de derecho, buenas costumbres, buena fe.…), en orden a la

[730] BVerfGE, 81, 242, (256).

concretización–aplicación judicial. Así, cuando se trate de la esfera del Derecho Privado, las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados, susceptibles ambos de concretización, valen en su condición de parámetros interpretativo–aplicativos, puestos conscientemente a disposición del órgano judicial por el Poder legislativo. Y ello, a los efectos de la restricción, de modo específico, del principio de autonomía privada y del ejercicio de derechos subjetivos de rango legal, ampliando de este modo, como se ha dicho, los márgenes de la ponderación a cargo del respectivo órgano judicial.

En sentido similar, reconoce Ernst BENDA, el Legislador puede abarcar casos a regular mediante una cláusula general, y, con ello, además de eludir "pronunciarse sobre asuntos políticamente comprometidos", procede a dejar claro "que lo importante serán las particularidades del caso concreto", poniendo en manos de los órganos judiciales al realizar la tarea de concretización de la norma un margen extenso "para su actividad creadora", si bien, en todo momento, deberán "mantener fidelidad a los objetivos establecidos en la ley"[731]. Así las cosas, toda vez desarrollan la función de "informar" o "constituir" suavemente el contenido más preciso de las cláusulas generales aplicables al supuesto específico a resolver, los Derechos Fundamentales despliegan eficacia en calidad, efectivamente, de límites al principio de autonomía privada[732]. Con todo, esta comprensión dista considerablemente de ser excesivamente feliz, cuando mediante la misma se pretende afirmar un imperativo de adaptación y armonización de las

[731] Ernst BENDA, "El Estado social de Derecho", en *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans–Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 500-501.

[732] Jesús ALFARO ÁGUILA–REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 75: "normas como las contenidas en los arts. 6.2, 7.2, y 1255 CC establecen los límites a la autonomía privada, traspasados los cuales el ordenamiento niega reconocimiento a la actuación de los particulares. En la interpretación de lo que sea antisocial o contrario al orden público el juez deberá incorporar los valores recogidos en la Constitución".

normas de Derechos Fundamentales desde la consideración del principio de autonomía privada, una vez también este último principio se halla constitucionalmente amparado y, por lo tanto, no necesita ser amparado por paternalismo de ningún tipo[733].

Y es así, a través de esta vía, huyendo de soluciones "extremas" –calificativo empleado para referirse a la teoría de la eficacia inmediata– como el Poder Judicial confiere efectos de irradiación y eficacia indirecta a las disposiciones de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, sirviéndose de normas y criterios hermenéuticos y aplicativos prototípicos del Derecho Privado. Por lo tanto, el efecto irradiación de los Derechos Fundamentales habrá de canalizarse, fundamentalmente, pero no solo, por medio de la concretización de las cláusulas generales y de los conceptos indeterminados incluidos en el sistema de Derecho Privado, resultando ese efecto evidenciarse, de otra parte, para toda operación interpretativa de normas pertenecientes a esa rama del ordenamiento; e incluso, ante supuestos especiales, hasta llegar a la legitimación de decisiones adoptadas en sentido contrario de lo expresado por el texto de la norma concretizada[734].

En la sentencia del caso *Lüth*, como hemos visto, el Tribunal Constitucional Federal alemán se sirvió del empleo de la cláusula general de las buenas costumbres recogida por el § 826 BGB, a modo de puerta

[733] Se trata, una vez más, de una construcción artificial, que pretende evitar el explícito reconocimiento de la relevancia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2010, p. 262. En cuanto a Juan María BILBAO UBILLOS, entiende que la concepción de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre sujetos privados implica una "degradación" de estos Derechos, en la medida en que los enunciados iusfundamentales dejan de configurarse como derechos subjetivos delimitados y se transforman en simples valores y principios objetivos, *La eficacia de los derechos fundamentales*..., *op. cit.*, p. 315.

[734] Günter DÜRIG, "Grundrechte und...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 176-177; "Artikel 1", en *Grundgesetz Kommentar*, edición de Theodor Maunz / Günter Dürig / Roman Herzog / Rupert Scholz, C.H. Beck Verlag, München, 1997, pp. 66 y ss.

de entrada o de irrupción de los valores integrantes del Derecho Fundamental a la Libertad de expresión, afirmando adicionalmente que, para toda norma de Derecho Privado, resultaba obligado su interpretación conforme al orden de valores recogido por medio de los preceptos garantes de los Derechos Fundamentales[735]. Esta es también la línea seguida ocasionalmente por el Tribunal Constitucional español en algunas de sus decisiones (no siempre, pues ya hemos visto, en otras ocasiones, no la sigue), al reconocer que los conceptos ordenadores del "recto desenvolvimiento de las relaciones contractuales (las de lealtad, confianza y buena fe) pueden ser objeto de examen por este Tribunal –y no solo por los órganos judiciales ordinarios, inicialmente llamados a su interpretación– cuando tales nociones sirven para delimitar, en el proceso, el ámbito que corresponde a un derecho fundamental"[736].

5.3.3.4. Matización respecto de la concretización judicial de las cláusulas generales de Derecho Privado.

5.3.3.4.1. La postura matizadora considerada con brevedad.

Vamos a hacer seguidamente unas breves matizaciones acerca de la concretización a desarrollar por los órganos judiciales de las normas de Derechos Fundamentales, realizada a través de la interpretación y aplicación de las cláusulas generales de Derecho Privado. Comencemos por señalar el uso del concepto normativo cláusula general dentro del panorama jurídico con diferentes acepciones o sentidos, al menos los siguientes: a) ocasionalmente es empleado a fin de identificar una forma técnica de producción normativa, y, en tal momento, muestra su disimilitud, a contrario, de la técnica jurídica conocida con el término de

[735] Véase al efecto Günter DÜRIG, "Zum Lüth–Urteil– des Bundesverfassungsgericht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 194 y ss. Un análisis más detallado es el ofrecido por Claus–Dieter CLASSEN, "Die Drittwirkung der Grundrechte in der…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 65-107.

[736] STC 6/1984, de 24 de enero.

regulación casuística. De acuerdo a esta esta última referencia, por técnica legislativa de carácter casuístico, podemos entender la ordenación de la hipótesis jurídica que circunscribe definidos grupos de casos, con cargo a la singularidad particularizadora de los mismos. Mediante el empleo de este modo de reglamentación, se lleva a cabo taxativamente el desglose de los elementos componentes del soporte fáctico-normativo. El órgano creador de la norma, alcanzada sea la forma más completa que se infiera realizable, fijará la secuencia de criterios orientados a delimitar la suma cualificación factible de los hechos, y, considerando la tipificación de las actuaciones a concluir, va a resultar forzosamente liviano el esfuerzo realizado por el intérprete-aplicador, desplegado con objeto de determinar tanto el objetivo como el alcance pretendidos a partir de la norma. Vale decir, el órgano de aplicación se va a hallar perfectamente en situación de utilizar la disposición legal a través de un sencillo proceso intelectual de carácter subsuntivo. Por lo tanto, producida la prefiguración a cargo del órgano legislativo, ha de ser considerada imperativamente por el intérprete–aplicador, en cuanto el Legislador al momento de producir la norma, ejerció la opción de describir detalladamente la factualidad de los comportamientos; b) para otros momentos, utiliza el jurista el concepto de cláusula general, con objeto de identificar la norma jurídica o el texto de la misma inclusivo de una cláusula general; c) en oportunidades diferentes, al servirse el trabajador del Derecho de ese concepto de cláusula general, hace con él alusión a las normas dictadas con fundamento en una cláusula general en sentido propio[737].

A los efectos de las consideraciones que venimos haciendo, nos importa el concepto de cláusula general atendido sea su significado primero, esto es, como modelo de técnica legislativa. Desde ese punto de

[737] Horst Wilhelm HAUBELT, *Die Konkretisierung von Generalklauseln*, Blasaditsch Verlag, Ausburg, 1978, pp. 43 y ss.

vista, las cláusulas generales son el enunciado o parte del enunciado legislativo expresado mediante una clase de lenguaje genérico y abierto, manifestándose de tal modo el órgano legislador, con la finalidad de propiciar al Poder judicial (habida cuenta la multiplicidad de situaciones o hipótesis concretas incapaz de ser previstas de forma pormenorizada por el Legislador) la introducción en el Derecho Privado, vía interpretativa, sea de contenidos metajurídicos, sea de contenidos jurídicos provenientes de otros sectores del ordenamiento, de modo especial derivados de la Constitución.

Por consiguiente, las cláusulas generales vienen formalizadas mediante un tipo de normas cuyo enunciado, en lugar de establecer pormenorizadamente la hipótesis de hecho y sus consecuencias jurídicas, es intencionalmente perfilado a modo de molde genérico, por lo que, debido a la comprensión de su formulación, hace posible la incorporación de valores, principios, directrices y máximas de conducta extrañas al corpus codificado, sirviendo instrumentalmente a la constante indiferenciación de normas de decisión[738]. El empleo semántico del lenguaje de modo impreciso, fundamentalmente representa el soporte fáctico (hipótesis legal, hipótesis fáctica, tatbestand, fattispecie), y posibilita el enmarque jurídico de un número considerablemente extenso de supuestos. El auténtico significante de las cláusulas generales radica, por lo tanto y en último extremo, en el manejo adecuado de la técnica legislativa. Por mor de su carácter genérico, permiten la vinculación de un conjunto más amplio de supuestos, de suerte que cada uno de ellos es susceptible de llegar con posibilidades vinculatorias, a una consecuencia jurídica[739]. Ante el déficit del casuismo consistente en estar

[738] Klaus ROTH–STIELOW, "Die gewandelte Bedeutung der Generalklauseln im materiellen Scheidungsfolgenrecht", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, pp. 2504 y ss.

[739] Por todos, acerca de estas cuestiones y de algunas otras relacionadas que no se considerado, hemos tenido en cuenta el artículo de Hans J. WOLFF, "Typen im Recht

siempre expuesto al peligro de dominar solo fragmentaria y provisionalmente la materia jurídica, puede evitarse correr semejante riesgo, precisamente, mediante el empleo de cláusulas generales como técnica legislativa, mantienen sus defensores. De modo que la legislación por medio de cláusulas generales, viene a significar la apertura "al juez, o al intérprete, de cara a una mayor posibilidad de adaptar la norma a las situaciones de hecho"[740].

Para el desarrollo de esa reproducida tarea de naturaleza adaptativa, llevada a cabo por el intérprete–aplicador, las cláusulas generales pueden actuar cual elementos de interpretación y de integración normativa, especificando deberes jurídicos concretos, y a modo de normas restrictivas del ejercicio de derechos subjetivos. Conforme a la teoría de la eficacia mediata, detectada la ausencia de regulaciones específicas, el órgano judicial debe dotar de eficacia a las disposiciones de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas intersubjetivas a través de la concretización de las cláusulas generales específicas del Derecho Privado. Con lo cual, tales cláusulas constituyen "puntos de irrupción" (*Einbruchstellen*, en la expresión de Günter Dürig) de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado, dada su condición de valores o principios objetivos, manteniendo de este modo el conflicto dentro del interior del ámbito de este sector del ordenamiento, a saber, sin llegar a producirse la transformación de los choques de posiciones jurídico–civiles, jurídico –laborales o jurídico–mercantiles, en conflictos jurídico–constitucionales.

Ahora bien, como ha sido expuesto entre nosotros, es un hecho evidente el desvirtuado de la correcta comprensión de las cláusulas generales, desde el momento en que entendamos disponen las mismas de

---

und in der Rechtswissenschaft", en *Studium Generale*, V, 1952, pp. 195 y ss, especialmente, p. 196.

740 Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2007, p. 27.

un contenido capaz de recibir nutrición por medio de "los derechos fundamentales, habida cuenta que no se trata de normas en blanco, susceptibles de remisión a otro tipo de normas o conceptos jurídicos, sino que a lo que hacen referencia es a supuestos y principios sociales incapaces de cristalizar en normas"[741].

Pero lo previo, supone estar admitiendo, de facto, la insuficiencia normativa del ordenamiento jurídico, precisamente a partir de la inflexibilidad y la incongruencia de negar reconocimiento a la aplicación directa de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, derivando siempre la eficacia de la Constitución y no de la Ley. Es lo cierto que la Ley, eventualmente, puede reproducir la norma iusfundamental, mas se trataría de una mera redundancia, en cuanto no es la norma constitutiva de su eficacia, ante lo cual, lo único que le corresponde hacer es configurar o delimitar el ámbito de protección y prever su limitación, aunque lo realizará a partir de integrar los planos de la constitucionalidad y de la legalidad hasta hacer difícil su deslinde. Por consiguiente, aun cuando no siempre son evitables las cláusulas generales, al igual que tampoco lo es la presencia de conceptos jurídicos indeterminados, resulta igualmente cierto, que terminan produciendo la consecuencia de "que sean el ejecutivo o los tribunales quienes decidan", aun cuando "estos permanezcan vinculados por las determinaciones de la ley"[742].

De cualquier forma, el Tribunal Constitucional español, insistimos, ha procurado dejar claro que las categorías de carácter ordenador del "recto desenvolvimiento de las relaciones contractuales (las de <<lealtad>>, <<confianza>> y <<buena fe>>) pueden ser objeto de examen

[741] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales)", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio–Enrique Pérez Luño, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 272.

[742] Ernst BENDA, "El Estado social de…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 502.

por este Tribunal –y no solo por los órganos judiciales ordinarios, inicialmente llamados a su interpretación– cuando tales nociones sirven para delimitar, en el proceso, el ámbito que corresponde a un derecho fundamental"[743].

5.3.3.4.2. Interrogantes suscitados (algunos).

Acerca de la concretización realizada por los órganos judiciales de los Derechos Fundamentales a través de cláusulas generales, resulta factible plantear aún numerosos interrogantes a los que la teoría de la eficacia mediata todavía ha de responder. Y aun cuando ya se han suscitado por nosotros algunos y no podamos detenernos ahora en todos, vamos a someter a cuestionamiento el hecho de si, desde el mantenimiento de que las normas iusfundamentales únicamente pueden resultar eficaces para las relaciones jurídicas establecidas entre particulares a través de la concretización "axiológico valorativa" de las cláusulas generales de Derecho Privado, habrá de responderse qué naturaleza tienen en realidad tales preceptos, esto es, normas jurídicas, valores supremos o cánones de interpretación.

Apuntada esta duda –creemos considerablemente razonable–, la cuestión estriba en pensar de nuevo muy seriamente, si el imperativo de concretización de los Derechos Fundamentales a través de las cláusulas generales de Derecho Privado, para el despliegue de eficacia de los mismos en las relaciones intersubjetivas, demuestra ser compatible con la comprensión de los Derechos Fundamentales como normas jurídicas que integran el sistema objetivo de valores supremos, y ocupan una posición preferente dentro del orden constitucional. Esta última posición de los Derechos Fundamentales, múltiples veces declarada por la doctrina científica y la jurisprudencia constitucional de numerosos

[743] STC 6/1988, de 21 de enero.

Estados, a la hora de colmar el contenido de las cláusulas generales, parece estar también entre las preocupaciones de la doctrina civilista, pero con la intención de no llegar precisamente tan lejos como procura habitualmente hacerlo la literatura jurídica emparentada con el Derecho Constitucional. Así vamos a ver algunos supuestos en los que, sin desconsiderar a los Derechos Fundamentales, se evidencia una preocupación por mantener la autonomía y la construcción dogmática del Derecho Privado. Son casos, *ad exemplum*, comprensivos de la idea de que los Derechos Fundamentales constituyen un elemento especialmente importante para la concretización de las buenas costumbres a través del ordenamiento jurídico, y aquellos en los que se apunta más bien a una especie de recepción de los Derechos Fundamentales por el Derecho Privado[744]. Ello contrasta, también, a modo de ejemplo, con las posturas menos ambiguas procedentes de la propia doctrina civilista, al considerar desde las mismas que los valores de la Constitución, sobre todo los Derechos Fundamentales, tienen efectos para la validez de los negocios jurídicos a través de la cláusula general de las buenas costumbres[745]. O el caso referente, también considerado desde posturas iusprivatistas, a un relleno de la cláusula de las buenas costumbres a la luz de la protección constitucional de los Derechos Fundamentales, y al hecho de que varios principios jurídicos fundamentales obtienen realización a través de ella[746].

En otro sentido, opinaría Giorgio LOMBARDI, "buenas costumbres, buena fe y otras cláusulas generales son fundamentalmente diversas, en el plano cualitativo, respecto de los Derechos fundamentales, y no son de ningún modo avecinables a estos ni aún desde el punto de vista de sus

[744] Por ejemplo, Franz–Jürgen SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I, 3ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 1993, p. 1139.

[745] Dieter MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, p. 269.

[746] Manuel Antonio CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina Editora, Coimbra, 2004, p. 846, nota 940.

connotaciones preceptivas. Las cláusulas generales, en efecto, están esencialmente destinadas a ofrecer el soporte operativo no ya a normas, sino a concepciones dominantes en el ámbito de las relaciones sociales", por lo que "asumen un alcance complementario y ofrecen al juez una base para transformar en normas jurídicas conceptos surgidos en un ámbito meramente social y por lo tanto extranormativo"[747]. Con lo cual, la teoría de los efectos indirectos abandona el ámbito de la eficacia de los Derecho Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, para trasladarse al de la introducción de contenidos valorativos de estos Derechos en las cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, cuya esencia, hasta ese momento, es de carácter extralegal, de ahí que el denominado efecto indirecto o mediato de las normas iusfundamentales se traduce, realmente, en un efecto de naturaleza interpretativa. De modo específico, por lo referido a la cláusula de las buenas costumbres, el carácter extranormativo de la misma, podemos apreciarlo a partir de la aportación de Karl LARENZ, quien ha caracterizado como "inmoral o contrario a las buenas costumbres el daño que resulta especialmente reprochable o condenable por la finalidad perseguida, por los medios empleados o por la mentalidad que revela, todo ello medido con los criterios generales extraídos de la moral de los negocios y con las consideraciones de <<decoro usuales>>". Y según este autor prosigue estimando, la aprobación de "un acto contrario a las buenas costumbres contiene una desaprobación ética que no se declara por su inadaptación a especiales exigencias de moralidad sino porque merece la censura de conformidad con las ideas éticas de la mayor parte de los miembros de la comunidad"[748].

[747] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, p. 75.

[748] Karl LARENZ, citado por Luis Díez–Picazo y Ponce de León, *Derecho de daños*, Editorial Cívitas, Madrid, 2000, p. 88.

5.3.3.5. Crítica del recurso primordialmente a las cláusulas generales de Derecho Privado, en orden a realizar la mediación judicial.

La elaboración dogmática antecedente, forma parte integrante de la teoría de la eficacia mediata, y es debida inicial y fundamentalmente, ya sabemos, a Günter DÜRIG, quien en relación con las cláusulas generales sostuviera: "el instrumento normativo para evitar injerencias de terceros, y que permite al Derecho Privado objetivo satisfacer su deber de protección (cfr. art. 1.1.2 LF) en ausencia de normas privadas específicas de tutela, son las cláusulas generales, capaces de dotar de valor y que deben ser dotadas de valor (*wertausfüllungsfähiger und wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln*)"[749]. Pero no se observa aclaración acerca de la existencia de una diferencia muy significativa al defender que los sujetos privados están vinculados a los principios y valores, hechos valer mediatizadamente a través de las cláusulas generales, a las normas constitucionales y en especial a los Derechos Fundamentales, en lugar de admitir su vinculación directa a estos últimos[750]. Según entendemos, sostener que un sujeto privado se halla vinculado por medio de principios y valores con arreglo a los conceptos

[749] Günter DÜRIG, "Grundrechte und…, *loc. cit.* en *op. cit.,* p. 176.

[750] Helmut HEINRICH, en *Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB,* 76ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2017, pp. 123 y ss, considera que es a través de la cláusula de las buenas costumbres como el sistema de valores incorporado por la Constitución produce efectos en el Derecho Privado. Entiende también que el § 138 BGB remite para su comprensión a los valores ético–jurídicos inmanentes al ordenamiento. Y asimismo enjuicia que, si el órgano judicial considera negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres, no quiere decir aquí que estemos ante la recepción de valoraciones extra–jurídicas, sino frente a de la concretización de pautas de valor, que se anclan en el propio ordenamiento jurídico. Relativo al concepto de orden público António MENEZES CORDEIRO, considera contrarios al mismo los negocios jurídicos que atenten contra valores constitucionales importantes. De este modo, Derechos Fundamentales y buenas costumbres es posible que terminen finalmente siendo expresiones equivalentes, *Tratado de direito civil portugués, Parte Geral*, Tomo I, 3ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2000, pp. 508 y ss.

de buena fe o de buenas costumbres, colmados mediante el contenido valorativo de los Derechos Fundamentales, viene a ser algo bastante diferente de mantener la sujeción del sujeto privado a esos mismos Derechos, o bien mantener que se produzcan los mismos efectos[751].

Walter LEISNER también critica esta teoría de la eficacia mediata, por entender la propuesta de Günter Dürig conducente a una total confusión o bien, en el fondo, a una eficacia directa inadvertida de los Derechos Fundamentales. Este autor considera que Günter Dürig defiende, en esencia, la atribución de sentido a las cláusulas generales de Derecho Privado a través de los Derechos Fundamentales, sobre todo de las cláusulas de las buenas costumbres y de la buena fe, básicamente, porque en ambos casos tienen un contenido propio muy general, ello al margen de no ser normas especiales de reenvío a preceptos operantes en diversos sectores del ordenamiento jurídico[752]. Se está realmente, por lo tanto, ante la presencia de disposiciones normativas "en blanco", que no reenvían a conceptos normativos sino a criterios extralegales, toda vez vienen referidas a verdaderos y propios principios sociales, los cuales, por su naturaleza cambiante y evolutiva, difícilmente van a convertirse en normas y, de este modo, a transformarse en preceptos concretos aptos para su aplicación[753]. Asimismo, la teoría no esclarece cómo, según qué principios y con qué límites, esa atribución debe ser hecha.

Relativo a las cláusulas de buenas costumbres y de buena fe, asumen, se dirá, un papel fundamental en este contexto, y parece que ya

[751] Aunque algunos autores expresan, como por ejemplo Andreas KHOL, que cualquier contrato vulnerador de un Derecho Fundamental será considerado un *pactum ilicitum*, por ser contrario, en este caso al § 879 ABGB (Código Civil Austriaco), donde se encuentra recogida la cláusula general de las buenas costumbres, "The protection of Human Rights in relationships between private individuals: the austrian situation", en *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Libe*r, edición de Marceau Long / François Monnier / Jean Graven, Arturo Pedone Éditions, Paris, 1971, p. 199.

[752] Walter LEISNER, *Grundrechte und..., op. cit.*, p. 365.

[753] *Ibídem*, p. 365.

no ha de tratarse de normas con aptitud para ser interpretadas, sino sobre todo de disposiciones necesitadas de una operación de densificación. Esta distinción sienta una constatación significativa y aún falta de esclarecer, para la forma de eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales: si estos conceptos fuesen conceptos con aptitud para ser interpretados, tendrían que tener, en sí mismos, un contenido normativo propio, y los Derechos Fundamentales serían finalmente utilizados de conformidad con el Derecho Privado. No obstante, estas dos cláusulas generales difícilmente presentan un mínimo de contenido concreto susceptible de ser interpretable, faltándoles el contenido normativo específico de Derecho Civil, y se encuentran destinadas a ofrecer el soporte operativo, no propiamente a normas -lo que sería necesario una para transformación de los Derechos Fundamentales- sino a concepciones dominantes propias del ámbito de las relaciones sociales.

Ahora bien, estos últimos conceptos, como se decía, no son jurídicos en puridad de sentido, sino representativos de meros parámetros socialmente relevantes[754]. Ante ello, deberá ser el juez el encargado de llevar a cabo la operación transformadora en normas jurídicas de decisión, a partir de conceptos surgidos en un ámbito meramente social y, por lo tanto, extranormativo[755]. Las cláusulas generales son fundamentalmente diversas, en el plano cualitativo, respecto de los Derechos Fundamentales, y no son asimilables a estos desde el punto de vista de sus connotaciones preceptivas, pues los Derechos operan no como meras normas de principio con un significado vago y genérico, sino ante todo su carácter normativo proviene de la formulación positiva que les confiere el texto constitucional; si bien la conformación por el constituyente mediante términos amplios, les hace aptos para advertir e

[754] *Ibídem*, p. 365.

[755] Friedrich MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1990, *passim*.

introducir los cambios operados en la conciencia social[756]. Por lo tanto, surge el interrogante acerca de la cuestión de saber qué diferencia permite decir si se viola la cláusula general *strictu sensu*, o si se vulnera la cláusula general en relación con un determinado artículo de la Constitución de contenido iusfundamental. Esta manipulación –antes de mediación–puede solo ser conducida de tal forma que se deje en las manos del juzgador la cuestión de hasta dónde él pretende extender el contenido de la norma[757]. En fin, los Derechos Fundamentales así entendidos, no estarían en disposición de explicar una apreciable función integradora de las cláusulas generales, su incidencia en el plano privatístico sería ilusoria, y, con todo, el trabajador del Derecho no dejaría de moverse del ámbito del Derecho Privado[758].

A pesar de ello, vamos a mirar ahora las cosas desde la perspectiva optimista. Bien, pese a lamentar que en la sentencia de 18 de enero de 1958 (*Lüth*) e igualmente en su jurisprudencia posterior, el Tribunal Constitucional Federal alemán se alejara de la teoría de la eficacia inmediata de las normas iusfundamentales para las relaciones intersubjetivas, se puede uno hacer idea de la importancia y del alcance de la precitada sentencia, si observamos que el paradigma construido por la misma, con ciertas correcciones (en un capítulo posterior se examinará con calma la teoría del deber de protección estatal), permanece aún en vigor, al menos por lo referido a sus coordenadas esenciales. De esta suerte, si de conformidad con el aludido paradigma, un conflicto jurídico surgido entre particulares únicamente puede ser resuelto por el Derecho Privado, también mantiene que deba ser el mismo interpretado conforme al espíritu de la Constitución; otra cosa es cómo se haga. En todo caso, ha de admitirse, asimismo, que se libera a los Derechos Fundamentales

[756] Walter LEISNER, *Grundrechte und..., op. cit.,* p. 366.

[757] Walter LEISNER, *Grundrechte und..., op. cit.*, pp. 365 y ss.

[758] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti..., op. cit.*, pp. 76 y ss.

de su función exclusiva de derechos de defensa frente al poder público, atribuyéndoles una potencial vigencia sobre la totalidad del orden jurídico[759]. A partir de entonces, hemos de reconocer con Hans–Peter SCHNEIDER, que el Tribunal Constitucional Federal alemán, ha continuado manteniendo estrictamente su apoyo a "esta concepción de una eficacia indirecta frente a terceros de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico–privado, acentuando con ello considerablemente la conciencia de los tribunales en cuanto a los Derechos Fundamentales"[760].

De este modo, debe significarse, son amplios los sectores la doctrina científica alemana los encargados de la defensa de la teoría de la eficacia mediata[761]. No obstante, es conveniente matizar con otros sectores de la propia doctrina jurídica germana, en el sentido de que los efectos indirectos de los Derechos Fundamentales como derechos de defensa frente a las leyes de concretización de los mismos, no solo valen para normas jurídico privadas mayoritariamente más exactas en sus

---

759 Hans–Peter SCHNEIDER, *Democracia y Constitución*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 92. Considerando que, en este caso, el Tribunal Constitucional Federal alemán sigue la tesis de la eficacia mediata, Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie. Ein Beitrag…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 530; y, asimismo, Christian STARCK, "Human Rights and Private Law in German Constitutional Development", en *Human Rights in Private Law*, edición de Daniel Friedmann / Daphne Barak, Erez. Hart Publishing, Oxford, Portland, 2003, pp. 40-41.

760 Hans–Peter SCHNEIDER, *Democracia y…, op. cit.*, p. 93. Postulando que, a pesar de lo manifestado, la concepción del *Bundesverfassungsgericht* de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales resulta en este caso extraordinariamente poco clara, no resultando posteriormente precisada, ver Jürgen SCHWABE, "Bundesverfassungsgericht und Drittwirkung der Grundrechte", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 100, 1975, p. 469.

761 Este reconocimiento en Ingo VON MÜNCH, "Drittwirkung de los derechos fundamentales en Alemania", en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, edición de Pablo Salvador Coderch, Editorial Cívitas, Madrid, 1997, p. 31; las principales excepciones, considera, son Uwe Diederichen y Jürgen Schwabe, y en cierta medida Robert Alexy. Los pocos autores defensores de la teoría de la eficacia inmediata, señala que son Walter Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1960, y Franz Gamillscheg, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1989; aunque, verdaderamente, son algunos más de los aquí citados.

preceptos, sino naturalmente también para todas aquellas que se interpretan por costumbre como "puertas de entrada" para las ponderaciones con referencia a la Constitución de las normas de Derecho Privado. Por lo tanto, dice la literatura jurídica alemana, ha de comprobarse que preceptos como el § 1355 BGB, o también el propio § 138 del mismo cuerpo legal, con sus especificaciones, deben medir su contenido literal y teleológico ante la sustancia y esencia de los Derechos Fundamentales. Y, obvio es, estos últimos han de obrar asimismo como vara de medir en relación a los negocios jurídicos que, a su vez, han de resistir la prueba del precitado § 138 BGB, por lo cual, de la anterior disposición se puede resumir que la jerarquía normativa obliga a actuar de esa forma. Es más, en cuanto normas de Derecho común, la más arriba referenciada, así como también los § § 133 y 157 BGB, no pueden anular o modificar los principales objetivos constitucionales en su vínculo con la misma *norma normarum*[762]. Si ello se produjera con un contenido contrario a los valores supremos de tal naturaleza, los negocios jurídicos serían inconstitucionales, y por lo tanto nulos, o por lo menos deberían ser interpretados muy restrictivamente, debido a la premisa de su obligada exégesis conforme a la Constitución[763].

En contra de la opinión mayoritaria, se considera ese hecho no válido solo para las normas que contienen características y principios subsumibles, también y expresamente es preciso negar el otorgamiento de un estatus especial a las cláusulas generales[764]. De un lado, las normas relativamente exactas, aun con todo, deben ser comprobadas en su interpretación desde el punto de vista de la constitucionalidad de las

[762] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 376.

[763] *Ibídem*, p. 376.

[764] Albert BLECKMANN, *Staatsrecht* II*, Die Grundrechte*, 4ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln–Berlin–Bonn–München, 1997, p. 188; Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 223; Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 376.

mismas[765], pero, de otra parte, tampoco puede concretizarse una cláusula genérica contrariamente al contenido de los Derechos Fundamentales[766].

Por consiguiente, una fuerte crítica dirigida a la teoría de la eficacia mediata, se fundamenta a partir del aspecto de que en su contexto es susceptible de darse la ocasión, con relativa facilidad, de una protección ineficaz de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico–privado, si sus efectos exclusivamente pudieran alcanzar al filtrado a través de las cláusulas generales. Y ello por la sencilla razón de que resulta difícil el acceso a la compresión de la suficiencia para todos los supuestos de este tipo de normas, a fin de operar como "puertas de entrada" puestas a disposición de los valores contenidos en los Derechos Fundamentales dentro del ámbito de las relaciones intersubjetivas. Es así muy posible que, en un importante número de casos planteados por el tráfico jurídico–privado, para los cuales resultaría altamente conveniente que el sistema u orden de valores propio de los Derechos Fundamentales desplegara plena eficacia, ni siquiera concurra la presencia de una de estas cláusulas generales (no olvidemos hacen referencia a parámetros normativos extralegales) con la finalidad de ofrecer un cauce adecuado de canalización a los aludidos valores supremos[767]. También puede suceder que la cláusula general incorpore ella misma un bien jurídico tutelado constitucionalmente, en cuyo supuesto, si ello obliga a la restricción de un Derecho Fundamental, habrá de hacerse a través de la ponderación correspondiente y respetando igualmente el principio de proporcionalidad.

---

[765] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 223.

[766] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 376.

[767] Thomas LANGNER, *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1998, p. 71.

De igual manera, decididamente crítico se ha mostrado Claus–Wilhelm CANARIS, para quien basta con observar de qué modo una cláusula general –caso de la buena fe– de referencia a parámetros externos al Derecho positivo establecido por los órganos de producción normativa, una vez concretizada, tan solo resulta desplegable, realmente, a un ámbito de aplicación limitado a pocos supuestos, lo que suscita el interrogante de cómo puede revelarse como suficientemente protectora de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas. En consecuencia, concluye, la eficacia de los Derechos Fundamentales en esta clase de relaciones, de modo alguno puede quedar restringida a la intermediación de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados[768].

5.3.3.6. Valoración general de la teoría de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas: breve puntualización concerniente a la tesis de la asunción judicial.

Ciertamente, cuando surjan situaciones de déficits legislativos o dificultades interpretativas de la legislación, como hemos tenido la ocasión de comprobar, recae sobre el órgano judicial el deber de protección, con el fin de garantizar la funcionalidad y eficacia de los Derechos Fundamentales, ahora en calidad de criterios interpretativos e integrativos de las normas que conforman el Derecho Privado. Sin embargo, tal y como veremos con un poco más de calma, termina paradójicamente por imputase la vulneración de naturaleza iusfundamental, en los conflictos de Derechos que se promuevan, a aquel órgano judicial que, resultando competente para conocer de la contienda civil, mercantil o laboral fundamentada en la lesión de Derechos Fundamentales, propicia una resolución constitucionalmente inadecuada

[768] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 222-223. Asimismo, en contra de esa restricción, Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* Band III/1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, C.H. Beck Verlag, München, 1988, pp. 1537 y ss.

acerca del alcance de la eficacia de estos dentro de la relación jurídico–privada, así como respecto de la relación de prevalencia de Derechos y bienes constitucionales a establecer en la colisión producida. Con ello, recurrida de nuevo por uno de los litigantes tal decisión, el órgano judicial conocedor del recurso es nuevamente concretizador, sí, pero también pasa a su conversión en órgano revisor del inferior, para los supuestos, obvio es, en los cuales una de las partes impute al órgano *a quo* la vulneración de su Derecho Fundamental.

Ahora bien, de estimarse el recurso y reconocer la resolución recaída que el órgano judicial inferior vulneró algún Derecho Fundamental del recurrente, toda vez uno de los presupuestos de la teoría de la eficacia mediata estriba en la no vinculación de los actos de los particulares a los Derechos Fundamentales, no se imputa la infracción al otro particular, sino al propio órgano judicial *a quo*. En este sentido, la referenciada sentencia del caso *Lüth*, declaró que cuando se desconsidera por parte del poder judicial la irradiación de los Derechos Fundamentales a la totalidad del ordenamiento, aquel "no solo vulnera el Derecho Constitucional objetivo, pues ignora el contenido de la norma que contiene el Derecho Fundamental (como norma objetiva), sino que, a través de su decisión, atenta, como titular del poder público, contra el Derecho Fundamental a cuyo respeto tiene derecho el ciudadano"[769]. Ello quiere significar, desde luego, la obligación para el órgano judicial de examinar en cada supuesto si las normas jurídico–privadas que debe aplicar se encuentran materialmente "infiltradas" por los Derechos Fundamentales. Y, de desatender este criterio, vendría a ignorar la obligada influencia de la Constitución sobre las normas de Derecho Privado, ante lo cual, no solo estaría "vulnerando el Derecho

[769] BVerfGE, 7, 198, (206-207); jurisprudencia que se reitera, por ejemplo, entre otras, en la BVerfGE, 89, 214, en la que el Tribunal Constitucional Federal alemán imputó la vulneración del Derecho Fundamental no al recurrente, sino al Tribunal Supremo Federal en cuanto autor de la decisión judicial previa.

Constitucional, al desconocer el contenido de las normas de Derechos Fundamentales (como normas objetivas), sino que, en cuanto titular del poder público, estaría violando mediante su resolución el Derecho Fundamental cuya protección puede exigir el particular, en virtud del Derecho Constitucional, también frente al poder judicial"[770].

Concerniente a nuestra jurisdicción constitucional, en varias ocasiones se ha seguido este planteamiento, considerándose por la doctrina científica el Auto de 18 de diciembre de 1996[771] particularmente didáctico tocante a la explicación ofrecida desde *Doménico Scarlatti* de su propia jurisprudencia para los supuestos en que acoge la teoría de la eficacia mediata, aunque según entendemos nosotros se trate, en puridad, de una decisión referida, propiamente, a la construcción del deber de protección estatal. De todos modos, al objeto hecho referencia, el Auto señalado parte de la premisa de la doble dimensión de los Derechos Fundamentales, y considera respecto de los mismos, que, si bien prosiguen "concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico". Y este doble carácter exige de los Derechos Fundamentales, a su vez, una doble vinculación, pues "en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos citada", mientras por lo referido a "su vertiente jurídico–objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven al fin de que [su] implantación y disfrute (…) sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos".

[770] BVerfGE, 7, 198, (207).

[771] ATC 382/1996, de 18 de diciembre.

Esta tarea, reconoce el supremo exégeta de nuestra *Norma Normarum*, corresponde principalmente y sin ningún género de dudas al Legislador; sin embargo, prosigue, resulta imposible "infravalorar el alcance de esta obligación cuando se impone a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva (art. 117.3 CE)", pues "constitucionalmente se subraya su relevancia desde el momento en que el art. 53.2 C.E. explicita el deber específico de tutela de los derechos fundamentales que a los Jueces y Tribunales ordinarios" les corresponde. Y a partir de todo ello, concluye: "respecto de las relaciones entre particulares, y a los efectos del amparo constitucional, únicamente podrá estimarse vulnerado el derecho fundamental en liza cuando se constate que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebidamente el tan reiterado deber de protección", ante lo cual, el Tribunal Constitucional se halla obligado a examinar si se ha valorado adecuadamente por la jurisdicción ordinaria, "el alcance y la eficacia de los derechos involucrados en el caso".

Una línea jurisprudencial, esta, a los efectos ahora de interés, mantenida ya por el Tribunal Constitucional español en sentencias previas, y a la cual se fue aproximando de manera paulatina. Por su parte, la doctrina científica no duda a la hora de señalar que la cuestión hace por primera vez acto de presencia en un voto particular a una de las primeras sentencias del supremo gendarme del bloque de la constitucionalidad al inicio de su singladura, concretamente en el año 1981[772]. Poco después, y en la misma anualidad, ante un problema de libertad sindical, y en lo que se ha calificado por diversos autores como supuesto de acogimiento tácito de la eficacia inmediata, el Tribunal Constitucional no se hace eco, ni referencia alguna, del texto del artículo 44.1 de la LOTC[773]. Es al año siguiente cuando aborda de modo más

[772] STC 5/1981, de 13 de febrero.

[773] STC 38/1981, de 23 de noviembre.

consciente el problema, decantándose por la solución alemana, fórmula considerada asentada desde entonces. Así, este órgano arranca de la premisa de que "el amparo no se solicita respecto de una resolución judicial sino frente a actos de un particular (antecedente séptimo); actos que –como tales– no son susceptibles de amparo, dado que este recurso limita su ámbito a la protección de los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos o libertades originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos, y no por actuaciones de los particulares". Sin embargo, la Sala declara resultarle imposible aceptar "la afirmación de que el recurso no se dirige contra una resolución de un poder público. Basta leer la demanda, y su suplico, para poder afirmar que el objeto del recurso es la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 30 de enero de 1982, en cuanto revoca la de Magistratura y con ello infringe, a juicio del actor, el derecho de representación sindical. Problema distinto, del que trataremos más adelante, es que al concretar su pretensión el actor solicite en alguna de sus peticiones (Antecedente 1) que el Tribunal haga declaraciones relativas a la nulidad de la actuación de la empresa, lo que como veremos sí puede exceder del ámbito del recurso de amparo, tal y como aparece delimitado por el art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional -LOTC-"; por ello, concluye estimando la vulneración del Derecho Fundamental causada realmente por medio de la sentencia que consideró el despido ajustado a Derecho[774].

Y en esta línea, para un supuesto iniciado como consecuencia de la vulneración de Derechos Fundamentales imputable a un particular, entiende que "cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo análisis de los hechos denunciados, es la sentencia la que entonces

[774] STC 78/1982, de 20 de diciembre.

vulnera el derecho fundamental en cuestión. Si el órgano que la dictó incurrió sin más en la violación del art. 24.1, la circunstancia de que el derecho no atendido sea un derecho fundamental lleva consigo a su vez la conculcación del artículo que los reconoce"[775].

Asimismo, a este propósito, resulta clara la posición del Tribunal Constitucional, al afirmar: "esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares, cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos que corresponde a los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela judicial de tales libertades y derechos (art. 41.1 LOTC). En este sentido, debe recordarse que el Tribunal ha dictado ya sentencias en que ha admitido y fallado recursos de amparo contra resoluciones de los órganos judiciales, cuando los actos sujetos al enjuiciamiento de los mismos provenían de particulares"[776].

En otro momento, ha considerado legítima la interposición de un recurso de amparo frente a una resolución del Tribunal Supremo, mediante la cual se restablece y mantienen los efectos de una situación estimada por la demandante atentatoria a sus derechos, y, por consiguiente, toda vez "los Jueces y Tribunales ordinarios están obligados por el art. 53.2 CE a la tutela de los derechos y libertades de los arts. 14 a 29, así como del 30.2 CE, procede considerar que la sentencia atacada en amparo ha dado lugar, en forma inmediata y directa, como exige el art. 44 LOTC, a la situación que la recurrente mantiene que vulnera sus derechos"; circunstancia a partir de la cual estima procede analizar como objeto del recurso "si la sentencia

[775] STC 55/1983, de 22 de junio.

[776] STC 18/1984, de 7 de febrero.

mencionada efectivamente atenta a los derechos fundamentales que se alegan"[777].

No obstante lo anterior, con razón ha expuesto la crítica que lo artificioso de esta teoría de la eficacia mediata, viene constituido por una especie de "pirueta", marcada por sus defensores, con el intento, en buena medida, de obviar el expreso "reconocimiento de la relevancia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares", pues, a la postre, el órgano judicial finaliza "declarando el derecho de uno u otro litigante cualquiera que sea el entramado teórico en que se apoye"[778]. De este modo, si el particular puede interponer recurso ante la jurisdicción ordinaria, como consecuencia de la lesión sufrida por un Derecho Fundamental -del cual lógicamente es titular- a cargo de la acción de otro sujeto privado, ello quiere claramente decir que los particulares se encuentran obligados por los Derechos Fundamentales. Desde esta tesitura, la petición dirigida al órgano judicial, estriba en conminarle a resolver "una disputa entre particulares", durante cuyo transcurso ha sido el particular y no el primero el que ha violado el Derecho Fundamental, y al hacerlo, se halla ante el deber de "medir, (o) calibrar, en función de las concretas circunstancias del caso, el grado de protección al que se hace acreedora cada parte"; y según ello implica la decisión acerca de "la eficacia de los derechos en liza", y obliga a concluir cómo mediante "este pronunciamiento se pretende esconder o disolver" la cuestión, cubierta "bajo el disfraz o camuflaje de una controversia en torno a la correcta aplicación del Derecho objetivo"[779]. Con todo, si reparamos, es el Derecho Fundamental el regitivo efectivamente para el supuesto de la relación

[777] STC 231/1988, de 2 de diciembre.

[778] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 275.

[779] *Ibídem*, p. 275.

material jurídicamente cuestionada. Derecho vinculante para el órgano judicial tocante a su protección, y respecto del cual, es obvio, el particular presunto vulnerador estaba igualmente situado ante la obligación de respetar.

Esta perspectiva de la eficacia mediata, trae sobre todo problemas en ordenamientos jurídicos donde, como el nuestro, han incorporado –por fortuna– una acción de naturaleza constitucional, lo que presupone la existencia de un verdadero derecho subjetivo. Precisamente, uno de los aspectos más significativos de la sentencia del caso *Lüth* en el plano procesal, es la admisión de la pretensión recurrida, con la consiguiente anulación en el caso de la resolución judicial impugnada, siendo así ser evidente, conforme hemos dicho, que el recurso solo resultaba admisible, según la regulación alemana, frente a la violación concreta de un Derecho Fundamental por el poder público, contradicción que, repetida en decisiones posteriores, es buena prueba de la inconsistencia dogmática de esta construcción de la eficacia mediata[780].

Sin perjuicio de lo apuntado *ut supra*, en alguna ocasión, el Tribunal Constitucional español se ha apartado para este aspecto de su homólogo alemán, al que tanto sigue por lo referido a la dogmática de los Derechos Fundamentales. A este respecto, si bien no duda acerca de la dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales, ni respecto del efecto irradiación desplegado por los mismos, desde estas premisas aceptadas, viene a comprender en determinados supuestos, al menos tácitamente, que para las relaciones intersubjetivas rige "aquello" a tutelar cuando se

[780] Mantendría Tomás DE LA QUADRA–SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, que "la *mittelbarer Drittwirkung* se muestra como un artificio ideado por aquellos que niegan la existencia y la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales. Conscientes de los desastrosos efectos que esa negativa puede comportar, pretenden paliarla con la tesis de la eficacia mediata, esto es, no como derechos fundamentales, sino solamente como valores objetivos apreciados, además, por medio del órgano judicial correspondiente", *El recurso de amparo y los derechos…, op. cit.*, p. 62.

reclama su intervención, esto es, "el derecho fundamental, en tanto que derecho subjetivo, y no el valor subyacente"[781].

De este modo, conforme la construcción teórica mayoritaria de la eficacia mediata, seguida por la jurisprudencia constitucional alemana, y entendemos que por parte de varios pronunciamientos de la española, los órganos judiciales se hallan incapacitados al objeto de reconocer una eficacia inmediata a los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico–privado, de modo que solo les corresponde a los preceptos iusfundamentales informar la práctica judicial cual parámetros interpretativos, para los supuestos en los cuales sean constatadas lagunas o redacciones imprecisas de la legislación concretizante de carácter iusfundamental. Ahora bien, en realidad, nos encontramos en presencia de una "influencia correctora o matizadora en sede interpretativa", característica común a todos los principios generales del Derecho[782].

5.3.3.7. Las excepciones avanzadas desde la construcción teórica de la eficacia mediata: línea restrictiva y perspectiva aperturista.

5.3.3.7.1. La línea restrictiva, y su crítica.

5.3.3.7.1.1. La perspectiva teórica.

Algunos autores enmarcados dentro de la corriente doctrinal defensora de la teoría de los efectos indirectos, incorporan una matización restrictiva importante. En esta medida, parten igualmente de la premisa acerca de que la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, debe ser concretizada, preferentemente,

[781] Juan María BILBAO UBILLOS, "¿En qué medida vinculan a los particulares…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 276.

[782] Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 312.

por el Poder legislativo. Pues bien, continuarán desde ahí afirmando que, ante la ausencia de desarrollo legislativo, o la presencia de déficits achacables al mismo, resulta lícita la intervención judicial a fin de resolver el supuesto conflictivo, a través fundamentalmente de las cláusulas generales de Derecho Privado "infiltradas" por el contenido valorativo de los Derechos Fundamentales en liza. Sin embargo, según estiman, de no revelarse tampoco factible el logro de una solución adecuada por medio de este procedimiento, la consecuencia será que esos Derechos Fundamentales carecen de poder vinculante frente a los particulares en el caso concernido[783], al menos así se entiende a primera y última vista, sin advertir por nuestra parte ulteriores matizaciones sobre el tema a cargo de estos sectores doctrinales.

A mayor abundamiento, hay autores colocados en posiciones, por esta vez, más extremas, incluso dentro de nuestra doctrina científica (aunque con inspiración foránea), quienes llegan al rechazo de la legitimidad de la concretización judicial, por entender que la eficacia de las disposiciones de Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas entre particulares, se halla condicionada exclusivamente a la concretización legislativa. De este modo, si un Derecho Fundamental ha permanecido al margen de regulaciones específicas a cargo del Legislador de Derecho Privado, en ese caso, tal Derecho no vincula a los sujetos privados, lo que constituye una versión de la eficacia mediata denominada en sede doctrinal como fuertemente restrictiva. Posición reforzada mediante argumentos como el de que le resulta imposible al órgano judicial decidir acerca del otorgamiento o no de eficacia a las normas de Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, si

[783] Esta postura es reforzada entre nosotros con argumentos como el esgrimido al efecto por Jesús ALFARO ÁGUILA–REAL, al proponer la introducción como último recurso, antes de negar la eficacia a los Derechos Fundamentales en el caso concreto, la hipótesis de que al juez le cabría plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 121, nota núm. 4.

tanto el Legislador constituyente, como el Legislador ordinario y el propio Tribunal Constitucional, aún no lo decidieron en ese sentido con carácter previo[784]. Y de un modo bastante próximo hallamos manifestaciones de otro de nuestros autores, al expresar que "la *Drittwirkung* debe ser cosa del legislador" en términos exclusivos; pues considera y recuerda matizadamente, en efecto, cómo "en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, al juez le restará siempre una importante función a realizar en la concreción última de esa eficacia horizontal, e inclusive es posible que en esa materia la indefinición va a ser siempre algo superior a la que se da en otras materias. Por ello, no cabe negar que en la actual situación de claro protagonismo de la jurisdicción en la concreción de la *Drittwirkung* haya un elemento de anormalidad. A medida que el legislador asuma su función de concreción de la eficacia horizontal o *Drittwirkung* disminuirá la presencia del Tribunal Constitucional en el control de la adecuación del derecho privado a la Constitución realizada por los tribunales ordinarios. Con ello, el Tribunal Constitucional podrá centrar su actuación, también en esta materia, en el control del legislador, en lo que sin duda es su misión característica"[785].

5.3.3.7.1.2. El sentido teleológico sumamente cuestionable de la matización.

Frente a esta pretensión de apartar, o ir arrinconando progresivamente a los órganos judiciales de la problemática de la *Drittwirkung*, con todo, entendemos más acertada la postura que da la vuelta a la situación, al sostener que son los órganos judiciales "los que llevan a cabo la realización de la *Drittwirkung*, al ser ellos los que

[784] Jesús GARCÍA TORRES, "Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales", en *Poder Judicial*, núm. 10, 1988, p. 29.

[785] Pedro CRUZ VILLALÓN, "Derechos fundamentales y derecho…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 231-232.

establecen el contacto cotidiano con la realidad, con las relaciones entre privados a las que aplican las leyes. A través de la *Drittwirkung* se comunica la influencia de la Constitución al orden privado, y son los jueces los encargados de llevar a cabo tal conexión; la *Drittwirkung* es el cauce que canaliza la proyección de la Constitución al orden particular"[786].

Pues bien, además de lo dicho, consideramos que es preciso hacer alguna matización adicional a estas concepciones restrictivas surgidas en el ámbito de la teoría de la eficacia mediata, toda vez, en rigor, son construcciones más adecuadas con el modelo de Estado legislativo de Derecho propio del siglo XIX (en el cual los Derechos Fundamentales únicamente disponían de fuerza vinculante si eran reconocidos por la Ley), pero inadaptables siquiera como posibilidad al contexto del actual Estado Social y Democrático, a la cabeza de cuyo ordenamiento encontramos una Constitución auténticamente normativa, que consagra el supremo sistema u orden de valores objetivo integrante del contenido de los Derechos Fundamentales. Esto es, mediante esta construcción, se viene a intercambiar el principio de constitucionalidad, que debería y debe regir inexcusablemente en la problemática, por el principio de legalidad propio del Estado Liberal de sumisión a la soberanía de la Ley[787]. Por ello, de conformidad se ha escrito con buenas dosis de razón, la supuesta *Drittwirkung* modulada por la acción del Poder legislativo, implica, desde luego, la negación de la eficacia de los Derechos Fundamentales dentro del sector del Derecho Privado, pues, si dicha eficacia se produce por medio de las normas de esta rama del Derecho,

[786] Ana POYAL COSTA, "La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros", en *Revista de Derecho Político*, núm. 34, 1991, p. 212.

[787] Marc FRANGI, quien rechaza el reconocimiento solo indirecto de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones *inter privatos* porque no se puede aplicar el Derecho Constitucional contemporáneo valiéndose de los presupuestos e instrumentos del constitucionalismo liberal, *Constitution et Droit Privé – Les Droits Individuels et les Droits Economiques*, Economica, Paris, 1992, p. 12.

nos encontramos propiamente para ese caso ante un supuesto de sometimiento de los sujetos privados a la Ley, en lugar de estarlo a las normas constitucionales[788]. Y tanto "NIPPERDEY como LOMBARDI o GOMES CANOTILHO, asistidos asimismo por la razón", considerarán que, si los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, llegan a resultar "efectivos a través de la actuación de la legislación y por medio del juez ordinario que la aplica," ello supondrá "una desnaturalización del propio concepto de derecho fundamental como derecho público subjetivo"[789]. Con lo cual, es forzoso reconocer a nuestro modo de ver, cómo el Estado constitucional del actual momento histórico–concreto, basado en el principio democrático como principio estructural, el condicionamiento de modo exclusivo de la eficacia de las disposiciones de Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas a la intervención del Legislador y a la modulación judicial interpretativa y aplicativa de los textos de normas de Derecho Privado, implica estar sencillamente proponiendo una "legalización" de los enunciados iusfundamentales.

5.3.3.7.2. Perspectiva aperturista, y correspondiente matización(s).

5.3.3.7.2.1. La perspectiva(s).

Una posición distinta y divergente de las variantes vistas, es la construida en evitación de que, para determinados supuestos, no se llegue a producir una ausencia de eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico-privadas. Una vez más se parte

[788] Así viene a decirse, con claro seguimiento de su maestro (a la postre materialmente también el nuestro respecto de esta problemática, y datamos reconocimiento asimismo de bastantes más), por Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares,* Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 302-303.

[789] Pedro DE VEGA GARCÍA, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 275.

de entender que el alcance de la misma, en efecto, debe ser concretizado preferentemente por el Poder legislativo; pero, en todo caso, se acepta sin reparo, dada la hipótesis de ausencia o insuficiencia de ese desarrollo, que el Poder judicial, a través del órgano jurisdiccional competente, se encuentra legitimado a fin de decidir el caso concreto. Ciertamente, estará así legitimado para dictar resolución a través del recurso a las cláusulas generales del Derecho Privado infiltradas materialmente por la parte del orden objetivo de valores propio del contenido de los Derechos Fundamentales en acción, vale decir, cuando "ha sobrevenido un auténtico estado de necesidad jurídico"[790]. Pero de no resultar tampoco posible ofrecer una solución constitucionalmente adecuada a través de esta última vía, con carácter excepcional, para el supuesto de configurarse en la situación concreta una desigualdad fáctica relevante o bien una desigualdad acentuada de poder entre los sujetos privados, las normas de Derechos Fundamentales han de ser inmediatamente aplicadas.

Esta es la tesis defendida por un puñado de autores entre los que se encuentra el tantas veces citado Konrad HESSE, quien, ante situaciones demandadas de proteger la libertad personal frente al ejercicio del poder económico o social, y constatada para el supuesto la carencia de regulaciones legislativas específicas, así como siendo imposible una concretización judicial correcta a través de los parámetros propios del Derecho Privado, considerara entonces necesario aplicar las normas de Derechos Fundamentales, directamente, por los órganos judiciales[791]. Justifica el autor esta posición de excepción a fin de dispensar la garantía de esos Derechos esenciales presuntamente vulnerados, en el cumplimiento de su obligación constitucional protectora a cargo de los órganos judiciales; tanto más –pero no exclusivamente– como se indicó,

[790] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia..., op. cit.*, p. 426.

[791] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts..., op. cit.*, pp. 175 y ss.

si se trata de la tutela de la libertad personal frente al ejercicio del poder económico y social por parte de actores sociales hegemónicos, pues, de lo contrario, pondríamos en cuestión el mínimo de libertad garantizada objetivamente a cargo de los preceptos iusconstitucionales[792]. Para decirlo con palabras del propio autor, cuando la legislación no considera esa relación de poder, "o lo hace solo de modo incompleto, en ese caso, deben ser interpretadas las disposiciones <<a la luz de los Derechos Fundamentales>>. Si no es posible que los Derechos Fundamentales produzcan efectos por esa vía, o no hay en absoluto reglamentaciones legislativas, entonces los Derechos Fundamentales, en cuanto elementos objetivos del orden estatal, despliegan directamente su eficacia vinculante frente al detentador de poder económico y social"[793].

Se extendería con ello, a su vez, la protección a la autonomía privada y a la libertad contractual, pues toda vez vinculadas al Derecho Fundamental de libertad perteneciente por esencia a la persona humana, únicamente producirán sus efectos en situaciones de cierto equilibrio, estableciéndose así los presupuestos de una posición jurídica y fáctica de tendencial igualdad[794]. De este modo, la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados, ha de ser tanto más fuerte "cuanto más implicada esté la protección de la libertad personal frente al ejercicio de los poderes económicos o sociales, ya que aquí, al igual que en las relaciones con los poderes estatales,

[792] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…, op. cit.*, p. 177 y ss, y 280 y ss. En similares términos Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…, op. cit.*, pp. 1558 y ss. El antecedente de esta posición se encuentra en Franz GAMILLSCHEG, aunque en exceso cerrada a la necesaria reacción frente a las desigualdades fácticas producidas por los desequilibrios causados por los poderes sociales, "Die Grundrechte im Arbeitsrecht", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 164, Heft. 4, 1964, pp. 407 y ss.

[793] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…, op. cit.*, p. 151.

[794] Konrad HESSE, entre otros momentos, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, pp. 74 y ss.

resulta amenazado ese mínimo de libertad que los Derechos Fundamentales deben garantizar como elemento del orden estatal"[795].

Y en sentido similar (pero sin referencia a los desequilibrios de poder económico o social), aparecen las manifestaciones de Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE (firme guardián asimismo, *prima facie*, de la tesis de la eficacia mediata), al estimar que si, y en la medida que, "los Derechos Fundamentales garantizan una serie de contenidos (valorativos) objetivos del ordenamiento jurídico, su realización no puede depender de una configuración infraconstitucional suficiente del ordenamiento jurídico privado"[796]. En defecto de esta concretización, y asimismo ausencia de puntos de conexión, sin embargo, no podemos estar ante supuestos de ineficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, sino que ello dará lugar a una situación excepcional en la que los Derechos Fundamentales podrán ser aplicados directamente a este tipo de relaciones jurídicas[797], esto es, con independencia de la ausencia de mediación del Legislador[798]. Lo expresado con anterioridad, no obstante, si el Legislador como órgano primero y ciertamente más idóneo, ha concretizado las normas constitucionales de Derechos Fundamentales, la eficacia mediata será el cauce más adecuado a fin de proyectar, traducir y concretar (concretizar) por medio de normas legales o cláusulas generales, los efectos del orden

[795] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…, op. cit.*, p. 151; igualmente, José Carlos VIERIA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, pp. 291 y ss.

[796] Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, entre otros momentos, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, Heinrich Meier Verlag, München–Nymphenburg, 1990, p. 36.

[797] Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Zur Lage der Grundrechtsdogmatik…", *loc. cit.* en *op. cit.* pp. 36 y ss. Y esta es la posición mantenida, asimismo, por Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…, op. cit.*, pp. 1558 y ss.

[798] Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Zur Lage der Grundrechtsdogmatik…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 36 y ss. En similares términos, Karl LARENZ, *Derecho Civil: Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 101.

objetivo de valores conformador de su contenido en el tráfico jurídico privado[799].

5.3.3.7.2.2. Matización(es).

Como es perfectamente observable, la posición de Konrad HESSE realiza una especie de jerarquización de las vulneraciones de Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, empleando como criterio clasificativo al efecto, el poder respectivo de las partes o desigualdad de hecho de las mismas. La vulneración de mayor envergadura es considerada la surgida desde el interior de aquella relación jurídica en la que existe una posición de acusada desigualdad sustancial entre las partes. Ahora bien, utilizar el criterio del superior poder del sujeto privado presuntamente vulnerador, en lugar de fijar la atención sobre el alcance de la propia lesión al Derecho Fundamental como parámetro determinante a efectos del despliegue de eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales e intensidad de la misma, entendemos no va a resultar definitivamente acertado.

La aceptación generalizada (con posiciones matizadoras) de que cuanto mayor sea el poder económico o social de un sujeto privado superior va a resultar para todo supuesto la intensidad del daño causado al Derecho Fundamental, admite la posibilidad de efectuar alguna réplica. Podemos hacer una suposición acerca de que, en la mayor parte de las ocasiones ello puede resultar cierto, pero, de hecho, no existe una relación incontestable entre ambas cuestiones, pues será únicamente a poder ser comprobado *a posteriori*. Cualquier individuo, carente por completo de un poder económico o social hegemónico, puede producir vulneraciones a los Derechos Fundamentales de similar intensidad a las

[799] Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Zur Lage der Grundrechtsdogmatik…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 39.

provocadas por un sujeto privado en la situación opuesta, aunque, ciertamente, lo tenga más difícil y resulte mucho más infrecuente.

Toda violación de Derechos Fundamentales es constitutiva de un acto inconstitucional y, por ello, motivo suficiente para impedir, anular o invalidar, total o parcialmente (más bien lo primero, pero vamos a ponernos en el caso de hipotética y excepcionalmente lo segundo), los actos ejecutados en ejercicio de la autonomía privada. Nada importa para tal supuesto si el sujeto privado vulnerador disponía o carecía de mayor poder del que tenía el titular del Derecho Fundamental lesionado. En consecuencia, por nuestra parte, cuestionamos que sea una desigualdad fáctica o de poder el "único" criterio determinante para estos supuestos que venimos considerando de cara a permitir la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas. Semejante toma de postura, conduce directamente a la necesidad de concluir que, si la relación jurídica se establece entre sujetos ubicados en posición de igualdad, nos hallaremos frente a una situación más que triste, cuando menos dogmáticamente, de unos Derechos Fundamentales *ab initio* carentes de eficacia en las relaciones jurídicas de naturaleza privada. Caso distinto parcialmente, es el eventualmente surgido de manera específica (subrayamos el aspecto de la concretud) durante una relación jurídica contractual, pues a la hora de vernos ante la necesidad de realizar la ponderación de Derechos o bienes constitucionalmente tutelados, la desigualdad fáctica sí se convierte en un criterio no solo muy importante a tener en cuenta, sino de carácter decisivo siempre, por su mayor capacidad quizá de transparencia al efecto. Piénsese por ejemplo en la ponderación a llevar a cabo, como uno de los supuestos más frecuentes, entre Derecho Fundamental y principio de autonomía privada, atendida sea la condición de ser este un bien asimismo constitucionalmente amparado.

Desde esta óptica, entendemos son más ajustadas y acertadas, las posiciones de quienes sostienen que, ausente toda concretización legislativa y produciéndose asimismo la imposibilidad de resolver el supuesto concreto mediante el empleo de cláusulas generales, se aplican directamente y como excepción, las normas de Derechos Fundamentales, al margen de si existe o no una desigualdad fáctica de entidad o bien una desigualdad real de poder entre los sujetos privados intervinientes en la relación jurídica[800].

[800] Joaquim DE SOUSA RIBEIRO, "Constitucionalização do Direito Civil", en *Boletim da Facultade de Direito, Universidad de Coimbra*, Vol. LXXIV, 1998, p. 749.

5.5. Teoría de la convergencia estatista (Teoría de la imputación al Estado).

5.5.1. Planteamiento general realizado desde la teoría de la convergencia estatista: líneas esenciales estimadas.

La teoría de la convergencia estatista[801] (también apellidada coyunturalmente teoría de la imputación al Estado), se construye como alternativa dogmática por Jürgen SCHWABE, con la intención de superar y abandonar la tradicional contraposición entre las teorías de la eficacia inmediata y mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, a cuyo debate niega relevancia y califica o como una especie de fantasma o mistificación[802]; sin perjuicio, a su vez, de no haberse librado la construcción del autor de críticas enérgicas.

En particular, frente a los defensores de los efectos indirectos de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídico privadas, en cuanto teoría asentada en Alemania, califica la cuestión como un problema que no es tal[803]. Sin embargo, ante la construcción del autor, para Christian STARCK, estamos ejemplificativamente ante "una variante" de la teoría

[801] Así denominada en Alemania por Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. V, 2ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000.

[802] Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte – Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, Wilhelm Goldmann Verlag, München, 1971, p. 36.

[803] Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der…, op. cit.*, pp. 45 y ss, y 155, entre otros momentos.

de la eficacia inmediata "hacia terceros", fundamentada a partir de "la garantía estatal de la autonomía privada"[804].

La tesis de la convergencia estatista parte de la formulación inicial traducida en la negativa de relevancia alguna de esa distinción entre las pre-aludidas teorías de la eficacia inmediata y mediata, e incluso de su pervivencia, por irrelevantes en sí mismas consideradas, y también atendidos sean sus resultados. En este sentido, según sostiene, las acciones de los particulares desarrolladas al ejercitar el principio de la autonomía privada, son para todas las hipótesis la consecuencia de una previa autorización a cargo de los órganos estatales por medio de normas de Derecho positivo, mientras que las vulneraciones de los Derechos Fundamentales resultan imputables en todos los supuestos al Estado, único destinatario de los mismos. En tanto en cuanto a este último le compete el deber de proteger a los Derechos Fundamentales con carácter general, porque los mismos obligan siempre a los poderes públicos a abstenerse de imponer expresa o tácitamente a los ciudadanos la obligación de soportar una actuación lesiva para sus bienes fundamentales, provenga del Estado o provenga de una actuación privada[805]. No estaríamos así para el autor referenciado frente a la cuestión de la *Drittwirkung* de los Derechos Fundamentales, sino que nos situamos ante la problemática de un deber inmediato del poder público, surgido como consecuencia "del mandamiento constitucional que obliga a los poderes estatales a respetar los Derechos Fundamentales", al tratarse en última instancia de la injerencia "del Estado en el ámbito de libertad

[804] Christian STARCK, "Derechos fundamentales y Derecho privado", en *Jurisdicción constitucional y Derechos fundamentales*, edición del mismo autor, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, p. 276.

[805] Jürgen SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Dissertationsdruck Schadel Verlag, Darmstadt, 1977, pp. 213 y ss; "Grundrechtliche begründeten Pflichten des Staates zum Schutz gegen staatliche Bau– und Anlagegenehmigungen – Oder: Schuldet der Staat aktiven gegen sich selbst?", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1983, pp. 524 y ss.

constitucionalmente protegido del individuo, y por lo tanto, los Derechos Fundamentales"[806].

Por consiguiente, según el teórico de la convergencia estatista, nos movemos en todo momento ante una cuestión referente a la vinculación inmediata de los poderes estatales a los Derechos Fundamentales, frente a lo cual, resulta completamente inútil entrar a ocuparse de la problemática acerca de la fundamentación y alcance de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico-privadas[807]; y más ampliamente, de toda la cuestión problemática desatada por la *Drittwirkung der Grundrechte*, la cual, desde los postulados dogmáticos de la teoría analizada, tan solo se revela como un problema aparente[808]. Porque, para el tráfico jurídico-privado, en último extremo, tratamos siempre acerca de la protección o defensa frente a intervenciones del Estado y, consecuentemente, en todo momento de un problema envolvente de la vinculación directa del Legislador de Derecho Privado y de la jurisdicción civil, mercantil o laboral a los Derechos Fundamentales.

Resulta así innecesaria la fundamentación de la eficacia de las normas iusfundamentales para el caso de las relaciones intersubjetivas sobre la base del orden de valores, punto común de partida para las teorías de la eficacia inmediata y mediata[809]. Sin embargo, la protección o defensa postulada por Jürgen SCHWABE, no tiene, obviamente, nada que ver con la construcción dogmática del deber de protección tal como

---

[806] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 132.

[807] Wolfgang ENDERLEIN, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, C.H. Beck Verlag, München, 1996, p. 164.

[808] Jürgen SCHWABE, "Drittwirkung und kein Ende", en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft. 6, 1973, pp. 229-230.

[809] Hans–Uwe ERICHSEN, "Die Drittwirkung der Grundrechte", en *Juristische Ausbildung*, 1996, p. 529.

mejor veremos, tesis a la que también considera superflua y causa de excesivos equívocos[810].

El problema, ya de entrada, es que la realidad evidencia ser harto caprichosa, y cualquier modesto estudioso de la teoría de los Derechos Fundamentales, puede comprobar que la cuestión de la vinculación de los sujetos privados a las posiciones subjetivas iusfundamentales constituye una problemática jurídica de entidad lo que, por demás, es constatable empíricamente. Sin embargo, para el inspirador de la teoría de la convergencia estatista, se podía inclusive afirmar, sin mayor preocupación, la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, en virtud de lo dispuesto por el tenor del artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn, ya que serán en todo caso objeto de intervención por el poder público a través de mandatos y prohibiciones. Consecuentemente, el conflicto de Derechos Fundamentales estallado entre sujetos privados, no abre nunca un ámbito de resolución paralelo a aquel mediante el que es resuelto cualquier choque entablado entre los poderes estatales y los particulares, porque, atendiendo a la medida en la que el Derecho Privado cuya vulneración propicia la lesión del Derecho Fundamental es producido por el Legislador, y el conflicto jurídico originado va a ser resuelto por el Poder judicial en virtud de su incumbencia para aplicar normas constitucionales e infraconstitucionales a las relaciones intersubjetivas, vale afirmar que la eventual afectación que pudiera sufrir el Derecho Fundamental interviniente en la relación jurídico–privada sería imputable siempre al Estado. Toda vez, agrega, tanto el Poder legislativo como el judicial son parte integrante de la organización estatal, propiamente, después de su intervención, nos aparece configurada una relación

[810] Jürgen SCHWABE, "Facetten des Eigentums – Ein Literaturbericht", en *Der Staat*, Band. 27, 1988, pp. 93 y ss.

jurídica no entre dos particulares, sino del poder público desde un lado y los Derechos Fundamentales de otra parte[811].

Según estima Jürgen SCHWABE, resulta ser completamente gratuita la doble dimensión otorgada por la jurisprudencia constitucional a los Derechos Fundamentales, pues considera superflua y errónea su consideración por el Tribunal Constitucional Federal alemán como orden objetivo de valores y principios objetivos supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto[812]. Al lado de esta crítica, reproduce otra de no inferior envergadura, nos referimos a su rechazo de la contraposición entre derechos de defensa y derechos a protección, por cuanto también tiene para él carácter trivial además de ser inductiva nuevamente a la comisión de numerosos errores, en la medida en que la eficacia de los Derechos Fundamentales sobre el Derecho Privado dimana exclusivamente del *status* negativo de estos Derechos, teniendo en cuenta su cualidad de derechos públicos subjetivos frente a los poderes estatales[813]. Lo pretendido con la aludida contraposición, afirma, se obtendría más fácilmente en el marco de corrección de la denegatoria de la función de los Derechos Fundamentales como derechos de defensa[814], y, por consiguiente, sobra también para él la construcción de los deberes

811 Jürgen SCHWABE, "Grundrechte und Privatrecht", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 185, Heft. 1, 1985, p 5.

812 Jürgen SCHWABE, *Grundkurs Staatsrecht*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin–New York, 1995, p. 110. Sin embargo, una vez más, el autor va a contracorriente, pues al margen de los reconocimientos jurisprudenciales, el doble carácter se recoge el artículo 10.1 de la Constitución española. Y ello sin perjuicio de que se encuentren afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (preámbulo párrafo primero) y en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto).

813 Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte…, op. cit.*, pp. 141-158; en ese sentido, también del autor, "Drittwirkung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 229-230.

814 Jürgen SCHWABE, *Die sogennante Drittwirkung der Grundrechte…, op. cit.*, pp. 140 y ss; *Probleme der…, op. cit.*, p. 219.

de protección–derechos a protección[815]. No obstante, establece la diferencia entre Derechos de libertad, cuya vulneración deberá serle imputada siempre al Estado, y Derechos de igualdad, respecto de los cuales la intervención de los poderes públicos solo debe llevarse a cabo en los supuestos de grave discriminación[816].

El Estado, al proteger acciones de los sujetos privados por medio de la regulación legislativa de carácter abstracto o ante la ausencia de la misma, sea a través de un acto concreto de los órganos judiciales, o bien por medio de un acto de intervención ejecutiva, participa expresa o tácitamente en las lesiones, perfectamente posibles para esta construcción dogmática, de los bienes iusfundamentales de un ciudadano por parte de la acción de otro particular[817]. Por ello, estas afectaciones lesivas de bienes iusfundamentales, en tanto intervenciones estatales de última instancia, aunque provocadas *prima facie* privadamente, pueden y deben serle imputadas al poder público, y es este quien resulta responsable jurídicamente de las mismas[818].

El Estado, dicho con otros términos, al establecer un sistema de Derecho Privado, participaría activamente en las vulneraciones posibles dentro de ese sistema de los bienes fundamentales de un particular por parte de otro sujeto privado. De este modo, el problema de protección de los Derechos Fundamentales de un sujeto privado frente a vulneraciones imputables a la acción de otros particulares, se convertiría en un problema de defensa frente al Estado, puesto que esas intervenciones realizadas cargo de o debidas a acciones de actores no estatales serían,

---

[815] Jürgen SCHWABE, *Probleme der…, op. cit.*, p. 229.

[816] Jürgen SCHWABE, "Bundesverfassungsgericht und Drittwirkung der Grundrechte", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 100, 1975, pp. 442 y ss.

[817] Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte…, op. cit.*, pp. 17 y ss, 88; *Probleme der…, op. cit.*, p. 213.

[818] Jürgen SCHWABE, citado por Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 513.

realmente, intervenciones de las instancias públicas, pues acontecería que, en postrero término, el órgano judicial mediante su intervención, sea mediante forma de mandato o bien mediante forma de prohibición, no habría protegido satisfactoriamente los Derechos Fundamentales de los particulares, una vez que los mismos son ejercitables exclusivamente frente al poder estatal por ser este el único destinatario de los derechos subjetivos fundamentales[819]. Un criterio nada desdeñable, ciertamente, compartido por la tesis de la eficacia mediata y la teoría del deber de protección estatal.

5.5.2. Corta réplica a los argumentos vertidos en el punto previo.

Considera esta construcción teórica la habitabilidad de la doctrina dominante, desde siempre, instalada en la ficción de que los mandatos parten de un sujeto privado que, precisamente, no está vinculado como destinatario a los Derechos Fundamentales, cuando en realidad lo encargado de ejercer presión, de hecho, es el mandato jurídico estatal, desencadenado a través de un contrato (comprendida la locución en sentido genérico) de Derecho Privado[820].

Pero la eficacia de cualquier contrato proviene en último término de una norma de Derecho positivo puesta por el Estado, por lo que no hay diferencia alguna respecto a la validez de los Derechos Fundamentales en el Derecho contractual y en el resto de los sectores del Derecho Privado, toda vez las competencias de una de las partes del contrato al objeto de intervenir en la esfera de libertad de la otra se apoyan también en el ordenamiento jurídico estatal[821]. Con todo, nos parece olvidar que los

[819] Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte…, op. cit.*, p. 26.

[820] Jürgen SCHWABE, "Drittwirkung und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 229-230.

[821] Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte…, op. cit.*, p. 19 y ss.

sujetos son los creadores de las normas los productores de las consecuencias jurídicas en las relaciones contractuales, no encontrando su explicación a partir de una autorización o delegación estatal, con lo cual, como se le ha reprochado, aparenta desconocer (o quizá más bien le convenga) el verdadero alcance y valor que contiene el principio de la autonomía privada, y el consiguiente reconocimiento de la competencia de los particulares para el establecimiento de reglas jurídicas negóciales[822], claro, siempre dentro del contexto de un orden jurídico.

Tal como oportunamente ha sido advertido relativamente a este aspecto, es preciso distinguir los supuestos para los cuales hemos de estar ante la presencia de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, de aquellas situaciones en las cuales el órgano judicial, al aplicar las normas jurídicas e interpretar el contrato, termina haciéndolo de forma contraria al contenido de las normas de Derechos Fundamentales, produciendo la vulneración de estos, en cuyo caso la lesión sí es imputable al Estado, pero estamos, realmente, ante una diferenciación que pasa inadvertida desde la teoría de la convergencia estatista[823].

5.4.3. El punto clave de la teoría.

Como hemos visto anteriormente y más arriba, carece de sentido para esta teoría hablar de *Drittwirkung der Grundrechte*, dado que los destinatarios de los Derechos Fundamentales serían solo los poderes públicos, pero no las personas singulares colectivas o privadas. A partir de ahí, para determinados autores, el punto angular de la teoría debería ser, así, la existencia de deberes estatales de protección y los correlativos derechos a protección del ciudadano, pero esta construcción inadmite tal

[822] Así, Claus– Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 217-219.

[823] Albert BLECKMANN, *Staatsrecht* II…, *op. cit.*, pp. 221-222.

planteamiento dogmático. Pero la concepción, de conformidad a la cual, todo el tráfico jurídico privado se puede caracterizar a través del consentimiento o la no prohibición del Estado, difícilmente se compagina con la imagen del ser humano subyacente al constitucionalismo democrático[824].

En el fondo, como bien se ha argumentado por Josef ISENSEE, la teoría de la convergencia estatista conduciría a que los intereses iusfundamentales de libertad fueran claramente dominados por los intereses iusfundamentales de seguridad[825]. Porque, a partir de ese dominio, se ha considerado que esta construcción teórica es susceptible de recibir objeciones decisivas, siendo solo apenas sustentable una vez llevada la pertinente inversión lógica: la imputación de intervenciones provenientes de sujetos privados al Estado únicamente es posible si se parte del principio de que el Estado tiene el deber de actuar a efectos de prevenirlas o reprimirlas. Ahora bien, este deber de actuación estatal solo puede ser fundamentado partiendo de la existencia de un derecho subjetivo autónomo a la seguridad, precisamente, la idea -entre otras- que con su construcción buscaba superar la teoría de la convergencia estatista.

Por lo tanto, la conclusión de Jürgen SCHWABE viene a ser meridianamente clara, y consiste en estimar que tanto las cuestiones a las cuales pretende hacer frente la teoría de los deberes de protección (derechos a), como la problemática de la eficacia inmediata o mediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, son comprendidas y resueltas, de un modo más sencillo y adecuado, en el marco teórico de los Derechos Fundamentales como derechos de defensa clásicos frente a las intervenciones de los poderes estatales, dando lugar

[824] Anette GUCKELBERGER, "Die Drittwirkung der Grundrechte", en *Juristische Schulung*, Heft. 12, 2003, p. 1152.

[825] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 209.

a derechos públicos subjetivos oponibles exclusivamente frente al Estado[826]. Opinión compartida por Dietrich MURSWIEK, para quien la vulneración del deber de protección lesiona en realidad el Derecho Fundamental como derecho de defensa, pues mediante su omisión se produce ciertamente una intervención del poder estatal[827]. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal alemán cuando ha admitido excepcionalmente la corresponsabilidad del Estado en ámbitos iusfundamentales especialmente amenazados, vincula tal responsabilidad compartida con el deber de protección y no con el derecho de defensa[828]. Pero esta corresponsabilidad estatal, se matiza, en actividades peligrosas o de riesgo, fundamenta propiamente un deber de protección especialmente intenso a cargo del Estado, si bien no es fundamento suficiente desde el punto de vista dogmático al objeto de imputar a los poderes públicos acciones que ellos no han llevado a cabo, y que son, por tanto, de autoría privada[829].

Por consiguiente, el aspecto céntrico de esta teoría de la convergencia estatista es la atribución al Estado de las vulneraciones de Derechos Fundamentales cometidas por la acción de sujetos privados que son así curiosamente exonerados de cualquier tipo de obligación respecto de las violaciones de normas iusfundamentales, pues la antijuricidad no provendría de la injerencia privada en el ámbito de protección del Derecho Fundamental, sino de la omisión estatal de su deber de protección; esto es, la acción lesiva trae causa siempre de una

[826] Jürgen SCHWABE, "Drittwirkung und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 230.

[827] Dietrich MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: Verfassungsrechtliche Grundlagen und immisionschuzrechtliche Ausformung*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1985, p. 107.

[828] Así, una de las más citadas por la literatura jurídica alemana, la *Mülheim-Kärlich*, BVerfGE, 53, 30, (59-61).

[829] Por todos, con este sentido, Udo DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat – Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel des Arzneimittelüberwachung*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1994, pp. 46-47.

actuación estatal ante quien exclusivamente son ejercitables las disposiciones iusfundamental. Expresado con Robert ALEXY, "el punto decisivo de esta teoría es la adscripción al Estado de intervenciones privadas" en los Derechos Fundamentales[830], y tiene esencialmente un triple apoyo: "(1) la permisión estatal, (2) los deberes de tolerancia vinculados con ella, y (3) la imposición estatal del deber de tolerancia", si bien ninguna de estas tres razones resulta "adecuada para fundamentar la prioridad de una construcción basada en derechos de defensa frente a una basada en derechos a protección"[831].

5.4.4. Exigencia de responsabilidad estatal por las acciones lesivas de los Derechos Fundamentales, y Deber de tolerancia.

5.4.4.1. La exigencia al Estado de responsabilidad por toda lesión de naturaleza iusfundamental.

Al no haber prohibido específicamente el Estado conductas de sujetos privados en bienes protegidos por las normas de Derechos Fundamentales que puedan afectar a estos, para esas hipótesis, considera la teoría de la convergencia estatista que está realmente permitiéndolas. En realidad, sostiene, niega la eficacia del Derecho

[830] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, pp. 442-443. Empíricamente, considera este autor, eso es una ficción, porque la producción de restricciones o violaciones unilaterales o recíprocas de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, es un dato de la experiencia social identificable por la observación directa. Y cuando analiza y fundamenta la distinción entre derechos de defensa y derechos de protección, al criticar la teoría de Jürgen Schwabe, argumenta que "el mero hecho de que una acción no está prohibida –y, por tanto, esté permitida– no fundamenta ni la participación del Estado en su realización ni la imputación de su realización al Estado", pues "por el mero hecho de que el Estado garantice la permisión jurídica de acciones privadas, las mismas no deben ser imputadas al Estado. De lo contrario, habría que imputar al Estado una innumerable cantidad de acciones". En el caso de la reconstrucción teórica llevada a cabo por Jürgen Schwabe, la artificialidad se manifiesta en la presuposición de que todos los efectos del grueso de las acciones no prohibidas por los poderes públicos deben serles imputadas. La artificiosidad es evidente, pues el simple hecho de que una acción privada no se encuentre prohibida no significa que el Estado participe de ella o que sea posible imputarle a él esa acción. Se puede afirmar, a lo sumo, que las acciones privadas no expresamente prohibidas pueden ser, como máximo, reconocidas por los poderes públicos, *ibídem* pp. 443 y ss.

[831] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 443.

Fundamental afectado como derecho de defensa, correspondiendo a esas permisiones imputables al poder estatal, la imposición de deberes de tolerancia a otros sujetos privados[832].

Tiene presente Jürgen SCHWABE, que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha reconocido el Derecho Fundamental al libre desarrollo de la personalidad recogido por el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn como un derecho de libre actuación del individuo a comprender en sentido amplio, esto es, que no solo abarca aquello que puede pertenecer a la esencia e intimidad del hombre en sentido estricto, sino también a las relaciones del ser humano con el resto de la Sociedad, durante el transcurso de las cuales la persona tiene derecho a realizar cualquier tipo de actuación mientras no vulnere el ordenamiento jurídico ni dañe a un tercero[833]; aunque lo segundo, desde luego, siempre implique inexorablemente lo primero. Y ello, con independencia de la trascendencia real que la aludida actuación pueda tener para el desarrollo de su propia personalidad[834]; esto es, conlleva constitucionalmente la "defensa frente a cualquier limitación de la libertad que no esté formal y materialmente justificada de acuerdo con la Constitución"[835].

Pero resulta bien difícil de articular dogmáticamente, la imposición de deberes de tolerancia a sujetos privados, como consecuencia de

[832] Robert ALEXY considera que el concepto de "deber de tolerancia", se convierte así, en uno de los conceptos más oscuros de la Teoría General del Derecho, y que el propio Jürgen Schwabe "observa ocasionalmente que es aconsejable evitarlo", *Teoria de los derechos…, op. cit.*, p. 444.

[833] BVerfGE, 6, 32, (36 y ss).

[834] Bodo PIEROTH, "Der Wert der Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG – Zu einem bundesverfassungsgerichtlichen Streit um die allgemeine Handlungsfreiheit", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 115, 1990, p. 35.

[835] Expresado por un autor que tiene pocos miramientos para con la *Drittwirkung* como es Johannes MASING, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1997, pp. 100-101.

acciones imputables a otros particulares que no han sido expresamente prohibidas por los poderes estatales[836]. Dicho de otro modo, cuando el Estado, sea a través de la legislación, sea por medio de la acción de la administración, o sea a cargo de la jurisdicción, no ha prohibido a través de sus órganos una determinada forma de vulneración de un Derecho Fundamental en las relaciones jurídicas intersubjetivas, para tal hipótesis, la conclusión a sacar resulta ser la permisibilidad, pues el ser humano, por su propia naturaleza, es libre de actuar ante la inexistencia de deberes jurídicos sobre su comportamiento. De no vedar determinadas conductas iusfundamentales lesivas y estar para esta teoría consecuentemente permitiéndolas, el Estado es el responsable directo y universal por las vulneraciones de los Derechos Fundamentales surgidas como consecuencia del establecimiento de relaciones *inter privatos*. Lo cual implica sostener, a su vez, que toda acción de los particulares, en postrero término, deriva de una autorización o de una no prohibición del estatal, y si el Poder legislativo, y en última instancia el Poder judicial, han dejado de observar de modo satisfactorio los Derechos Fundamentales de un titular de los mismos, ello supone que tanto el Legislador como el órgano judicial han intervenido en el contenido iusfundamental correspondiente[837]. Fundamento de la tesis, recordatorio de la teoría del principio general negativo, según el cual, dentro de un sistema jurídico, cada comportamiento está permitido en la medida que no esté prohibido de modo expreso[838].

---

836 Así, Christian STARCK, *Praxis der Verfassungsauslegung*, Nomos Verlag, Baden–Baden, 1994, p. 73.

837 Matthias RUFFERT, ha sostenido que el aspecto determinante de la teoría de la convergencia estatista en este punto es la vinculación, primero del Legislador y después del juzgador a los Derechos Fundamentales, de tal forma que, si este último al resolver un conflicto de Derechos en una relación jurídico-privada bajo forma de mandato o prohibición, no los hubiera observado debidamente, sería su decisión la causante de la lesión iusfundamental, *Vorrang der Verfassung*..., p. 18.

838 Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mir einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit.*, 2ª ed., Franz Deuticke Verlag, Wien, 1960, especialmente pp. 261 y ss.

De todos modos, afirma Claus–Wilhelm CANARIS, inicialmente el Estado no regula la relación entre sus ciudadanos a través de imposiciones o prohibiciones, y a partir de ahí, efectivamente, se ha mantenido que, en el contexto de un ordenamiento fundamentado sobre el principio de libertad, es preciso partir del presupuesto de que, para las relaciones jurídicas entre sujetos privados, con carácter general, todo lo que no está prohibido es considerado permitido[839]. Por lo tanto, cuando los poderes públicos dejan actuar a un ciudadano sin ningún tipo de reglamentación frente a otro, no puede verse ahí, como regla, la concesión de una autorización para la ofensa en la esfera de los bienes de ese otro, sino simplemente estar ante la omisión por el Estado de una intromisión; esto es, no podemos aceptar el argumento de que la ausencia de regulación estatal implica una autorización al particular para la vulneración de los bienes fundamentales de terceros. De acoger esta concepción, como hace la teoría de la convergencia estatista, nos lleva en última instancia, a admitir que toda lesión de bienes fundamentales de un sujeto privado causada por otro particular, estaría fundamentada en una delegación estatal a este último, o bien en el deber de tolerancia del otro particular. O, incluso, en último extremo, a que toda acción humana estaría subordinada, como regla, a una prohibición con reserva de autorización, concepción inaceptable como modelo general de pensamiento, debido a su contrariedad y choque frontal con el principio de libertad, por lo cual es rechazada con razón por la doctrina científica dominante[840].

Esto es, la teoría de la convergencia estatista, construye la problemática de las vulneraciones de los Derechos Fundamentales

[839] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*,*op. cit.*, p. 41.

[840] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

producidas en las relaciones jurídicas entre sujetos privados, conforme a los siguientes términos. En primer lugar, las acciones privadas vulneradoras de Derechos Fundamentales, únicamente pueden ser imputadas al propio particular autor de la acción, si el Estado, al ejercer su Poder legislativo, hubiera reglado previamente la materia. Para tales supuestos, la licitud o ilicitud de la acción privada es fácilmente comprobable, prestando atención al extremo de si ha cumplido o incumplido lo dispuesto por el desarrollo legislativo y, en consecuencia, si existe o no responsabilidad del sujeto privado. En segundo lugar, fuera de estos supuestos mencionados en el punto previo, la responsabilidad será siempre estatal, con independencia de que la autoría de la actuación corresponda a un sujeto privado, toda vez que, según sostiene, los Derechos Fundamentales únicamente pueden oponerse frente al poder estatal como derechos de defensa, no existiendo así sujeto privado alguno ante el que desplieguen eficacia[841]. De esta suerte, para las hipótesis en las cuales el ejercicio de un Derecho Fundamental a cargo de los particulares vulnera posiciones jurídicas de naturaleza iusfundamental de otros sujetos privados, y la acción de los primeros carecía de regulación previa por medio de la legislación de desarrollo constitucional, el acto vulnerador imputable al sujeto particular debe ser entendido, forzosamente, como permitido por el propio Estado. Esto es, cualquier violación de un Derecho Fundamental "entre particulares" debe serle imputada su realización al Estado, porque la lesión, en última instancia, es considerada la consecuencia de una permisión estatal o de una ausencia de prohibición por cuenta del poder público.

Ante esta situación, llegamos a un círculo vicioso de razonamiento, y a una conclusión imposible de compartir. Así, reiterando argumentos, en la medida en que al sujeto privado a quien le resulta vulnerado un Derecho Fundamental carece de instrumentos jurídicos con la finalidad

[841] Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte…, op. cit.*, p. 154.

de poder defenderse, por no haber actuado el Estado previamente a través de sus órganos con objeto de dotar de protección a tal Derecho, la responsabilidad resultante de toda lesión iusfundamental siempre ha de serle imputada al poder público correspondiente, en lugar de responsabilizar por ella al sujeto privado que mediante su acción ha cometido dicha vulneración[842].

5.4.4.2. Deber de tolerancia y sus límites.

Por lo tanto, para todos los supuestos en los cuales el Estado, a causa de las razones que sean, ha ejercido defectuosamente su función legislativa de protección de los Derechos Fundamentales y, de tal forma, su defensa no abarca toda la extensión del contenido y ámbito de protección del Derecho Fundamental[843], que, como vemos, termina coincidiendo para la teoría de la convergencia estatista con todas las vulneraciones de las normas iusfundamentales resultantes de la acción de sujetos privados, deberán tener la consideración de permitidas por el Estado, y, consecuentemente, la responsabilidad generada únicamente podrá serle imputada al propio poder estatal[844].

Desde esta perspectiva, congruentemente con lo apuntado, la permisión o deber de tolerancia, y de igual modo su imposición judicial o extrajudicial, han de ser orientados hacia la comprensión de los Derechos Fundamentales como derechos de defensa y no como derechos a protección, y con base en ello, el problema de tutela frente a los actos de particulares lesivos de normas iusfundamentales se convierte, por esta

[842] Jürgen SCHWABE, *Probleme der..., op. cit.*, p. 214.

[843] Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte..., op. cit.*, pp. 57 y ss.

[844] Jörg NEUNER, considera que esta teoría es rechazable, toda vez confunde entre autonomía y heteronomía, y menosprecia la distinción entre responsabilidad del Estado y responsabilidad privada, *Privatrecht und Sozialstaat*, C.H. Beck Verlag, München, 1999, pp. 150 y ss.

vía, en un problema de protección frente a intervenciones realizadas por los poderes estatales[845]; ante lo cual, prescindiendo de algunas excepciones, careceremos de espacio alguno para implementar un derecho a protección[846]. Es más, desde el punto de vista dogmático, conforme piensa Jürgen SCHWABE, adolecemos de otra posibilidad distinta de la por él defendida para comprender el problema de la vulneración de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares, porque, conceptualmente, es imposible que un sujeto privado vulnere el Derecho Fundamental de otro.

En efecto, esa imposibilidad dogmático–conceptual deviene para el padre de la tesis de la convergencia estatista, del hecho de que al sujeto privado autor de la acción vulneradora, le resulta a su vez imposible imputarle algún tipo de responsabilidad desde el plano dogmático, como consecuencia de la realización de un acto que no estaba jurídicamente prohibido. Así, como venimos insistiendo, desde el plano dogmático-normativo, el acto solo puede serle imputado al Estado, y ha de exigírsele por ello responsabilidad jurídica, como consecuencia de su omisión al no haber establecido ninguna prohibición legal contra el acto del particular lesivo del Derecho Fundamental, de forma que la responsabilidad contraída de hecho y materialmente por esa actuación privada, solo puede ser en el plano jurídico imputable íntegramente a los poderes públicos[847].

---

[845] Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte…, op. cit.*, p. 149.

[846] Alexandra PIETRZRAK, "Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext – Überblick und Neue Aspekte", en *Juristische Schulung*, núm. 9, 1994, p. 749. Robert ALEXY, *Teoria de los derechos…, op. cit.*, p. 442.

[847] Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte…, op. cit.*, pp. 17 y ss. Asimismo, Dietrich MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik…, op. cit.*, especialmente pp. 63 y ss, y 91 y ss, para quien nadie puede ser impedido de hacer aquello que no está prohibido, de modo que quien es perturbado por terceros debido a una conducta carente de prohibición, es titular de una pretensión de defensa ante el poder público que puede ser ejercida judicialmente.

Como nueva consideración, entendemos inviable que el concepto de deber de tolerancia pueda discurrir al margen de la construcción teórica de los derechos a protección, sin embargo, rechazados por esta teoría. Máxime cuando es el deber de tolerancia de los actos de terceros impuestos por el Estado el justificante en última instancia de que los actos de los sujetos privados sean imputables a este último[848]. En consecuencia, la imposición estatal de deberes de tolerancia únicamente puede ser imputada al Estado por la vía de la vulneración de un deber de protección[849]. E incluso aunque cupiera imputarle una neutralidad negligente por no haber observado con su obligación protectora, de igual forma ello solo sería posible materializarlo con fundamento en un deber de protección[850].

5.4.5. Alguna posición doctrinal específica fijada con relación a la teoría de la convergencia estatista.

Para Jost PIETZCKER, el deber de tolerancia, a diferencia de lo teorizado por la tesis estatal-convergente, no siempre comprende la posibilidad de una vulneración de los Derechos Fundamentales, pues se diferencia con toda claridad de los actos que sí constituirían, en puridad, una intervención estatal dentro del ámbito de protección de aquellos, como es el caso de una prohibición legislativa o un mandamiento judicial, cuando el citado deber jurídico comprende realmente solo acciones inocuas jurídicamente (¿de qué deber estamos hablando se preguntaría

[848] Jürgen SCHWABE, *Probleme der..., op. cit.*, p. 211 y ss.

[849] En este sentido Robert ALEXY, *Teoria de los derechos..., op. cit.*, pp. 443-446. Asimismo, Dieter FLOREN, *Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht – Spezifische Mechanismen des Grundrechtsschutzes gegenüber der gerichtlichen Anwendung von Zivilvertragsrecht*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1999, pp. 36 y ss.

[850] Así Gerhard ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfuntion*, Nomos Verlag, Baden–Baden, 1987, pp. 125-126.

alarmado Hans KELSEN?, e incluso cualquiera de nosotros) que no suponen vulneración de Derechos Fundamentales. Y puede concluirse así: aquello que no me "afecta directamente, no debo en sentido jurídico tolerarlo"[851].

Ahora bien, admite también el precitado autor que esos comportamientos inicialmente inocuos pueden degenerar hacia la nocividad de su carácter, en principio sin capacidad vulneradora de los Derechos Fundamentales, pero ciertamente pueden terminar por adquirir relevancia para los bienes iusfundamentalmente protegidos, por lo que hace entrar a los deberes de protección con la finalidad tuitiva de estos últimos[852], deber de protección, hemos visto rechazado a cargo de Jürgen SCHWABE. Mientras para aquellos casos en los cuales una actuación permitida por el Estado vulnera los Derechos Fundamentales, se resolverá por medio de los derechos de defensa. No obstante, al final, ambos autores niegan igualmente la *Drittwirkung*, pues los actos de los sujetos privados que vulneran los Derechos Fundamentales se imputan también por los dos a los poderes públicos.

Toda vez los Derechos Fundamentales exclusivamente pueden ser opuestos al poder jurídico del Estado y los conflictos entre dos titulares privados de los mismos son resueltos siempre en última instancia por el Poder judicial, no existen terceros en relación a los cuales los Derechos Fundamentales puedan desplegar efectos, de modo que el concepto de eficacia iusfundamental respecto a particulares es en sí misma una concepción errática, tal como concluyera el teórico de la convergencia estatista según hemos venido insistiendo[853]. En este sentido, el problema de la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones *inter*

[851] Jost PIETZCKER, "Drittwirkung – Schutzpflicht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 347.

[852] Jost PIETZCKER, "Drittwirkung – Schutzpflicht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 351 y ss.

[853]Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte…, op. cit.*, p. 154.

privatos es trasladado de ámbito, yendo a parar al de las relaciones jurídicas entre el individuo y el Estado, plano en el que los Derechos Fundamentales despliegan eficacia directa e inmediata en su calidad de derechos de defensa frente a la intervención de los poderes públicos, a través de mandatos y prohibiciones[854].

Desde esta perspectiva, todo tipo de agresión a un Derecho Fundamental proviene, al fin y a la postre, de un poder estatal vinculado inmediatamente a los Derechos Fundamentales, a partir de cuya hipótesis Jürgen SCHWABE extrae la conclusión de la responsabilidad del Estado para con las normas de Derecho Privado y las decisiones judiciales que recaigan sobre esa materia, por no haber protegido satisfactoriamente los Derechos Fundamentales de los particulares, lo cual supone que los citados órganos del Estado han "intervenido" en los Derechos Fundamentales de los sujetos privados. De ahí que el autor muestra claramente su oposición a distinguir entre Derecho Público y Derecho Privado, y entender de naturaleza imposible establecer la diferencia entre una intervención en los Derechos Fundamentales proveniente del Derecho Público y una proveniente del Derecho Privado[855].

Adicionalmente, como hemos manifestado, Jürgen SCHWABE rechaza la distinción de Derechos Fundamentales entre derechos de defensa y derechos a protección. Conforme vimos, la suposición de la existencia de deberes de protección y, en consecuencia, asimismo de derechos a protección, es superflua e induce a error, según el autor precitado. En su estimación, el pretendido beneficio a obtener mediante la calificación de los Derechos Fundamentales como derechos a

[854] Dietrich MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik…, op. cit.,* 1985, especialmente pp. 90 y ss, quien igualmente concluye la carencia de sentido de discutir sobre la *Drittwirkung*.

[855] Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte…, op. cit.*, pp. 31 y ss.

protección, podrá ser logrado mejor y con superior facilidad dentro del marco de la "función denegatoria" de los derechos de defensa frente al Estado, el único ante el que estos derechos tienen virtualidad. De este modo, al objeto de la solución del problema de la eficacia de las normas iusfundamentales dentro del ámbito jurídico privado, sencillamente "habrían de bastar los Derechos Fundamentales en tanto derechos del status negativo frente al Estado"[856].

5.4.6. Las diferencias de la teoría de la convergencia estatista con la tesis de la *State Action* norteamericana.

Desde la perspectiva del análisis expuesto por algunos autores, la teoría de la convergencia estatista, en cierto modo, arranca de la misma concepción que ha servido de fundamento a la doctrina norteamericana de la *State Action*. La prevalencia de la tesis liberal acerca de que los Derechos Fundamentales constitucionalmente reconocidos solo vinculan al Estado y son invocables únicamente en caso de una acción estatal (*State Action*), es algo prácticamente indiscutido por la literatura jurídico–constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica.

No puede negarse, es cierto, que la teoría de la convergencia estatista guarda algún punto de similitud con la tesis de la *State Action* norteamericana. Sin lugar a dudas, la fundamental es la artificiosidad en la canalización de conductas estrictamente privadas hacia la posibilidad de su imputación al Estado, bien por medio de la equiparación a la acción estatal –*State Action*– bien a través de una imputación de responsabilidad al mismo Estado, caso de la convergencia estatista. Incluso Ingo VON MÜNCH estima posible encontrar muchas otras coincidencias entre ambas teorías, y señala que las dos pretenden la imputación a los poderes públicos de los actos de los sujetos privados

[856] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 513.

lesivos de Derechos Fundamentales[857], pero no menciona más, y respecto del señalado caben apreciarse matizaciones.

Sin embargo, consideramos que, a partir de ahí, defender la similitud plena es desacertado, o, expresado de otro modo, puede cometerse "el equívoco de equiparar las dos concepciones"[858]. Así, para la doctrina de la *State Action* la construcción teórica se perfila mediante la equiparación de las acciones desarrolladas por sujetos jurídico–privados a los actos provenientes de los órganos estatales, al objeto de vincular también a los particulares por las normas de Derechos Fundamentales. Pero este no es el planteamiento de la teoría de la convergencia estatista, antes al contrario, lo acontecido en la construcción teórica de Jürgen SCHWABE, es que se libera a los sujetos privados de la vinculación iusfundamental y se imputan los actos lesivos de los mismos directamente al Estado. En otras palabras, para la teoría de la convergencia estatista no se produce, efectivamente, una equiparación entre un acto privado y un acto del poder estatal, toda vez la acción privada continúa siendo tratada en su consideración de tal, vale decir, en su cualidad de acto de naturaleza privada; de modo que la cuestión se centra en la responsabilidad derivada de los efectos del acto, que es comprendida como si fuera una responsabilidad del poder público y no resulta imputable a quien es su verdadero autor, el sujeto privado.

5.4.7. Valoración crítica de la teoría de la convergencia estatista.

En primer lugar, vamos a reproducir la objeción formulada por Ingo Wolfgang SARLET con apoyo en críticas previas debidas a la doctrina

[857] Ingo VON MÜNCH, "Drittwirkung de derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 42.

[858] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", en *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 135.

científica alemana. La objeción está centrada en las dificultades dogmáticas insalvables a la hora de compatibilizar la teoría de la convergencia estatista, sus conclusiones, y la imputación de responsabilidad al Estado, con el principio de autonomía privada y el derecho general de libertad. Ahí, la construcción dogmática de Jürgen SCHWABE manifiesta ser una contradicción mayúscula, en el momento de pretender ser aplicada a las relaciones de negociación jurídico–privadas. Entre otros muchos ejemplos, podemos detenernos en el supuesto de una relación contractual acordada como consecuencia del ejercicio del principio de autonomía privada, y en el contexto de la cual, un sujeto privado sufre la restricción o la vulneración de un Derecho Fundamental del que es titular. Para tal supuesto terminado de aludir, resulta completamente inaceptable la fórmula propuesta por la teoría de la convergencia estatista, atributiva a los poderes públicos de participación en la relación jurídica, así como de la restricción o vulneración del Derecho Fundamental lesionado, cuando es los propios poderes públicos los que reconocen y garantizan a los sujetos privados el ejercicio de su autonomía en las relaciones de negociación que desarrollen, a la vez que el respecto de su derecho general a libertad.

De otra parte, dentro el ámbito más estricto de la libertad contractual, nos encontramos ante derechos a competencia, y tales derechos a competencias de Derecho Privado son derechos frente al Estado, con la finalidad de que este último produzca normas positivas de carácter constitutivo para las acciones jurídicas a desarrollar en aquel sector del ordenamiento, de las que en último término dependerá la eficacia del contrato, algo incapaz de ser negado por el propio Jürgen SCHWABE[859], tocante a la creación, modificación y eliminación de

[859] Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte…, op. cit.*, pp. 19 y ss.

posiciones jurídicas iusprivadas[860]. En este ámbito, la atribución de significado jurídico a un determinado acto presupone la intervención estatal, por lo que podría tener mayor sentido su imputación a los poderes públicos, si bien "el acto privado autónomo, es decir, el negocio jurídico es, al menos normalmente, un acto espontáneo que no constituye cumplimiento de un deber"[861].

Sin embargo, el deber de ejecutar el contrato sí es un mandato estatal, sin perjuicio de que la ejecución judicial constituya también una intervención del Estado, y ahí no hay mucho o nada que objetar. Con todo, es preciso recordar que ese deber se constituye, primero, a través de la cooperación de los propios contratantes, que conocen el ordenamiento jurídico y la regla *pacta sunt servanda* ("las partes crean el contrato, el cual vincula a las partes"[862]), por lo que la obligación de actuación o de tolerancia del Estado deberá ser secundaria, asumiendo la autovinculación la prioridad[863]. Vistas las cosas de esta manera, en tanto la "ley no interviene (o la equidad en su caso), el contrato tiene el contenido que le dan las partes, o que una parte impone a la otra, pues a ello obliga la seguridad jurídica" y, como consecuencia, la autonomía de "los contratantes, así, sigue siendo una regla general, pero no la única; pudiéndose determinar el contenido del contrato siempre que una norma no lo prohíba o no lo imponga uno determinado; mas modelizada por multitud de preceptos imperativos y, como telón de fondo de ellos, la buena fe y el equilibrio de las prestaciones"[864].

---

[860] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 468.

[861] Luigi FERRI, *La Autonomía Privada*, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 293.

[862] Luigi FERRI, *La Autonomía…, op. cit.*, p. 66.

[863] Jost PIETZCKER, "Drittwirkung – Schutzpflicht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 349.

[864] José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil* II. *Derecho de obligaciones. Vol. Iº. Parte General. Teoría General del Contrato*, 2ª ed., Revisada y puesta al día por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, p. 344.

Si nos adentramos en el sector de las relaciones de negociación, los sujetos privados actúan more una decisión autónoma, dentro del ámbito de su autonomía privada y del Derecho general de libertad, mas, el hipotético poder de una delegación o autorización del Estado (del Legislador) no desempeña función alguna fuera de esa situación[865]. Su intervención sería la de reconocimiento, con lo cual, no se concede al principio de la autonomía privada su verdadero significado, que, como cualquier otro Derecho, ha sido otorgado al individuo para su vida en Sociedad, teniendo en los bienes jurídicos de los otros unos límites insalvables[866], y en nuestro ordenamiento, por virtud de lo dispuesto a cargo del artículo 1255 del Código Civil, las leyes, la moral y el orden público. Por lo demás, la protección de la libertad de contratación "exigirá del legislador que este niegue la eficacia a aquellos contratos que solo sean el instrumento de autodeterminación de una de las partes en detrimento de la otra"[867], y el mandato de protección obliga al Legislador a producir la normativa adecuada constitucionalmente para la corrección de la situación, lo que supone intervenir en la libertad de contratación[868]. Pues, claro está, la libertad contractual no puede desembocar en una

865 Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algunas considerações em torno da vinculação…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 138.

866 Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 219.

867 Jan BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1999, p. 17. Y en 1994, el Tribunal Constitucional Federal alemán, se expresaría en los mismos términos: "Existe hoy un amplio acuerdo acerca de que la libertad de contratación solo garantiza un adecuado equilibrio de intereses en el caso de una relación de fuerzas equilibrada de las partes y que la compensación de la disparidad contractual forma parte de una de las tareas del Derecho Civil vigente (…) Si el contenido del contrato resulta inusualmente gravoso para una parte y como equilibrio de intereses evidentemente desproporcionado, los Tribunales no pueden contentarse con la apreciación <<Un contrato es un contrato>>. Deben, por el contrario, aclarar si la regulación es la consecuencia de una diferencia de poder de negociación estructural y, en su caso, en el marco de las cláusulas generales del Derecho Civil vigente, intervenir de forma correctora", véase *Neue Juristische Wochenschrift*, 47, 1994 pp. 38-39.

868 Por todos Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 61, artículo en el que el autor considera al principio de proporcionalidad de carácter general para todo el ordenamiento, por lo que no observa inconveniente alguno para su aplicación a cualquier situación referida al Derecho Privado.

situación de abuso de poder, ante lo cual, solo cumple su función para aquellas hipótesis en las que la relación entre las partes no viene definida por una situación de desigualdad[869]. Si la parte más débil, con independencia de que haya consentido obligarse, ha aceptado cargas inasumibles, el órgano judicial viene obligado a examinar el contenido del contrato con la finalidad de corregir esa situación[870].

Por su parte, el ejercicio del principio de autonomía privada no legitima la validez de cualquier cláusula contractual[871], poniéndose de relieve que los Derechos Fundamentales pueden desempeñar no solo una función garantizadora, sino también limitadora de la libertad[872]. Y admitiéndose como se hace, la posibilidad de que las partes restrinjan sus Derechos siempre que sea en el ejercicio de una libertad real, el límite ha de encontrarse en la imposibilidad de que la libertad contractual se anule o se vulnere sustancialmente a sí misma o lo haga con uno de los principios superiores del ordenamiento, pues la libertad contractual "no se atribuye únicamente en el interés del individuo, sino en el interés de todos, y representa, por lo tanto, un principio general y fundamental del ordenamiento"[873].

Concerniente a la libertad general de acción, la teoría nos parece débil y en contradicción con la aludida libertad. Si el ordenamiento jurídico se fundamenta en el principio general de libertad y tutela a su vez el principio de autonomía privada, ello significa que los individuos

869 BVerfGE 89, 214, (233).

870 BVerfGE 89, 214, (234).

871 BVerfGE 81, 242, (254).

872 Reinhard SINGER, "Vertragsfreiheit Grundrechte und der Schutz…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 1141.

873 Por todos, Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, edición de Karl–August Bettermann / Hans–Carl Nipperdey, Band. IV (*Grundrechte und institutionelle Garantien*) 2. Halbband, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1962, p. 754.

son responsables por los actos realizados, sin poder considerarse su actuación por delegación o con la cobertura estatal, ante lo cual, la ausencia de intervención de los poderes públicos no convierte en lícita, ni forzosamente autoriza, cualquier actuación privada[874]. Para aquellas hipótesis en las cuales el Estado garantiza la permisión jurídica de acciones privadas carentes de regulación, ello no implica que estas, por el hecho de no estar prohibidas, deban serle imputadas en todo caso al poder público. Lo constitucionalmente adecuado es estimar que el Estado, al haber privado a los particulares de la posibilidad de autoprotegerse, asume él mismo el deber de protección de los Derechos Fundamentales atendiendo a una medida ponderada.

De otra parte, a partir del presupuesto de que la teoría de la convergencia estatista se dirige inicialmente y de modo principal al Poder legislativo, a los efectos de la producción de mandatos legales de prohibición, resulta razonable concluir que el respeto a los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desarrolladas entre sujetos privados, muy probablemente solo podría ser garantizado mediante la hiperinflación legislativa. En cuanto a la concretización defectuosa por parte del Legislador, solo se mantiene en pie si se acepta al menos tácitamente la existencia eficaz de los Derechos Fundamentales en el ámbito jurídico-privado, pues de lo contrario se revelaría imposible de todo punto mantener que un sujeto privado haya vulnerado el Derecho Fundamental de otro si no existe objeto alguno sobre el cual pueda recaer la lesión.

En virtud de lo expuesto, la imputación a los poderes públicos de las acciones de los sujetos privados únicamente podría sustentarse, no en lo tocante a cualquier comportamiento de un particular carente de prohibición por el Estado (pues ahí no dispone de objeto alguno

[874] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 138.

susceptible de ser vulnerado), sino con relación a los comportamientos autorizados por el propio Estado expresamente o eventualmente impuestos, pudiendo ser considerado entonces responsable o corresponsable[875]. De manera adicional, esta construcción teórica carece de explicación a efectos de quedar restringido su valor al trabajo tan solo con derechos de *status* negativo, siendo así que también debería hacerse valer para los derechos de *status* positivo. Por consiguiente, mejor sería entonces, propugnamos, hablar de eficacia entre privados producida por derechos frente al Estado, comprendiendo así tanto los derechos de defensa como los derechos a protección[876].

Constituye una auténtica ficción atribuir a los poderes públicos la participación en y la responsabilidad por todas las intervenciones de los sujetos privados en el contenido de los Derechos Fundamentales. La mera circunstancia de que una acción se halle al margen de todo tipo de prohibición por el ordenamiento jurídico, entendiéndose por lo tanto permitida, no fundamenta una participación del Estado en su realización, y es motivo totalmente insuficiente para poder atribuir a este último la participación en su realización e imputársela al mismo, cuando ha sido, realmente, de autoría privada. Lo cual no significa que el Estado no tenga cualquier responsabilidad por determinadas acciones de un particular en relación a otro, responsabilidad limitada a un deber prohibitivo de intervenciones en bienes jurídicos iusfundamentales, cuya inobservancia comporta la infracción de un deber de protección[877].

En el límite, desplegando todo lo posible los argumentos de Jürgen SCHWABE, se estima que toda acción humana no prohibida ha de considerarse permitida e imputable obviamente al Estado, que se

[875] Jorge REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais nâo expresamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 87.

[876] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 513.

[877] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.,* pp. 443-444.

convierte en agente universal, participante y responsable por todo lo que, en razón de la ausencia de mandatos de prohibición, sucede en el acontecer social. Pero de seguirse esa vía de canalización de imputaciones, podríamos concluir con el absurdo de que todas las acciones desarrolladas por personas físicas o jurídicas, mientras no se hallen expresamente prohibidas, son imputables al poder estatal como hace la teoría que venimos cuestionando[878]. Y, desde este planteamiento, habríamos de considerar "que el Estado participa en toda acción humana no prohibida", y deberíamos "imputarle toda acción humana no prohibida"[879].

5.4.8. Un posible modo de intentar la salvación parcial de la teoría desde dentro de la misma.

Así las cosas, junto al hecho de que los poderes públicos garanticen al individuo una esfera de protección frente a vulneraciones de terceros, hay que subrayar, como hemos hecho, la "insostenibilidad de la teoría de la imputación al Estado de afectaciones provocadas privadamente que subyace a esta construcción"[880]. Justamente, si los ciudadanos actúan solo de conformidad con las leyes, ya que los Derechos Fundamentales no les vinculan, de ejecutar sus acciones con arreglo a lo dispuesto en Ley su actuación será lícita, desconsiderándose por esta teoría la circunstancia de que las vulneraciones iusfundamentales en el tráfico jurídico privado, parten directamente de un particular[881]. Sí puede significar, en algunos supuestos, la atribución a los poderes públicos de un concreto tipo de responsabilidad a consecuencia de algunas acciones

[878] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, p. 250.

[879] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 443.

[880] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 513.

[881] Albert BLECKMANN, *Staatsrecht* II – *Die…, op. cit.*, pp. 224-225.

desarrolladas por un particular respecto de otro, toda vez estamos ante intervenciones de sujetos privados en bienes fundamentales como la vida, la libertad y la propiedad.

La responsabilidad del Estado no se produce porque el mismo participe en la acción del particular vulneradora del Derecho Fundamental de otro, sino que debe consistir solo en un deber de prohibir determinadas intervenciones de terceros en bienes protegidos por los Derechos Fundamentales. Y el incumplimiento de ese deber puede efectivamente constituir una violación del derecho a protección, pero en ningún caso una intervención en un derecho de defensa, porque no existe injerencia alguna del poder estatal[882]. Derechos de defensa que, desde su versión más clásica, significan estar ante posiciones subjetivas iusfundamentales cuya función exclusiva sería la de garantizar un ámbito personal inmune a la injerencia estatal injustificada, lo cual no se compadece exactamente con el significado que les atribuye Jürgen SCHWABE; mientras, por su parte, el deber de protección no obliga a adoptar toda medida que tienda a proteger el Derecho.

A mayor abundamiento, olvida esta teoría, como ha puesto de manifiesto Jost PIETZCKER, "que en el origen del acto que provoca la lesión de los derechos fundamentales se encuentra una actividad humana, no la Ley. La Ley crea un marco dentro del cual se manifiesta la voluntad de los particulares, que es el factor desencadenante de la lesión iusfundamental; por lo tanto, es imposible la total reconducción del acto del particular al ordenamiento jurídico estatal, y de ahí a un poder estatal"[883].

[882] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, pp. 442 y ss.

[883] Jost PIETZCKER, citado por Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 134.

En último término, habría de estarse siempre con las espaldas abiertas, pues somos plenamente conscientes acerca de que si impugnamos la teoría de la convergencia estatista, defensora de la responsabilidad por las vulneraciones de los Derechos Fundamentales a recaer siempre sobre el Estado, toda vez llevada a sus últimas consecuencias, desemboca nada más y nada menos que en la irresponsabilidad de los sujetos privados por sus acciones de agresión y vulneración cometidas frente a los Derechos Fundamentales de otros particulares, análogamente, conforme a esta teoría, para las hipótesis de conductas permitidas y, consiguientemente, insubsumibles en mandatos de prohibición, por ser los mismos inexistentes a esos efectos, los sujetos privados que realizaran intervenciones lesivas en los Derechos Fundamentales de otros, a la postre, resultarán jurídicamente irresponsables, por cuanto, efectivamente, uno de los puntos esenciales de la construcción radica en la ausencia de toda obligación de los sujetos privados respecto de la observancia de los Derechos Fundamentales y, por el contrario, en la vinculación de los órganos estatales (en último término, de los judiciales), al conjunto de los Derechos[884].

[884] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und…, op. cit.,* p. 18.

5.5. Teoría de los tres niveles de eficacia del efecto de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, propuesta por *Robert Alexy*.

5.5.1. Planteamiento general de la teoría de los tres niveles de eficacia.

Arranca Robert ALEXY de la estimación valorativa de tres de las construcciones acerca de cómo influyen las normas de Derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados: la del efecto mediato en terceros, la del efecto inmediato y la del efecto producido a través de derechos frente al Estado[885].

Conforme pone de relieve, el alcance teórico de cada una de las tres teorías es diferente. Así pues, la eficacia inmediata y la mediata apuntan hacia el protagonismo de la acción judicial, mientras la tesis de la convergencia estatista se dirige tanto a la actuación legislativa como a la judicial; con lo cual, toda vez están referidas todas ellas a la actividad jurisdiccional en último extremo resultan ser equivalentes en sus resultados, lo que no significa que sean necesariamente correctas desde el punto de vista dogmático[886].

Asimismo, las tres teorías tienen en cuenta el hecho de que para las hipótesis de relaciones jurídicas ciudadano–ciudadano, ambas partes son titulares de Derechos Fundamentales, ante lo cual, habrá de modularse la cuestión de la eficacia de los mismos en las relaciones jurídicas entre sujetos privados respecto de las establecidas entre los ciudadanos y los

[885] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 511.

[886] Según Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, pp. 513-515. Comparte básicamente esta posición de los resultados equivalentes Alexei JULIO ESTRADA, si bien, es partidario de su corrección en el sentido de afirmar que "podrían ser equivalentes, todo depende cómo sean utilizadas por el aplicador del derecho", *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 208. La lectura de nuestro trabajo, creemos pone suficientemente de relieve que ni la posición original ni la matizada son compartidas por nosotros.

poderes públicos, pues ninguna de las conformantes del trío traspasa, "a través de un simple cambio de destinatario los derechos fundamentales en tanto derechos frente al Estado a las relaciones" *inter privatos*. Sin perjuicio de lo apuntado con anterioridad, cada construcción teórica admite gradaciones respecto de la eficacia, si bien, para todas ellas, la medida de los efectos de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas privadas, en un último momento, constituye una cuestión de ponderación de tales Derechos[887].

Una de las razones esenciales por las cuales permanece abierta la polémica respecto de cómo inciden los Derechos Fundamentales en el ámbito jurídico privado, a juicio de Robert ALEXY, estriba en el hecho de que las diversas construcciones teóricas ensayadas hasta el presente son defendidas por sus partidarios como si cada una fuese la adecuada, y de esta forma, deberían excluirse las restantes cual si se revelasen como construcciones de categorías dogmáticas irreconciliables entre sí. Según el autor, esa suposición de la corrección exclusiva "es falsa"[888], pues lo atendible a sustentar es que cada una de las tesis analizadas subraya correctamente algunos aspectos acerca de las complicadas relaciones jurídicas caracterizadoras de los casos en que entran en consideración los efectos entre particulares de los Derechos Fundamentales, mientras se transforman en inadecuadas una vez que cada una, por su cuenta, llega a considerar los aspectos por ella comprendidos constitutivos de la solución completa y única de la cuestión.

Ha quedado demostrado para el autor, que las diversas tesis propugnadas son todas ellas incompletas, pues, aun cuando razonables referente a sus logros, por lo demás, no resultan contradictorias y, al fin

[887] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 514. Mantiene esta idea Hans D. JARASS, "Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en *Archiv des öffentlichen Rechts,* Band. 110, 1985, pp. 363 y 377.

[888] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 515.

y al cabo, conducen al mismo resultado práctico como ya se dijo. Sin embargo, Robert ALEXY postula la coordinación del conjunto de las mismas a efectos de una mejor comprensión de la problemática[889]. De ahí que, solo una visión holística de los aspectos que se ciernen sobre la cuestión, está en condiciones de presentar la "solución completa y, en ese sentido, adecuada"[890].

Conforme sostiene el profesor de Kiel, tomando en consideración que los Derechos Fundamentales representan principios objetivos del ordenamiento jurídico enteramente considerado, y permiten su unidad y adecuación valorativa trazando los límites del sistema jurídico, tal modelo debe ser construido con fundamento en niveles de eficacia, al objeto de superar las divisiones estancas, así como los tratamientos diferenciados propios de las diversas construcciones teóricas individualmente examinadas. La tarea propugna ha de hacerse reuniendo las soluciones encontradas por las diversas teorías en un único modelo, con la finalidad de implementar la complementariedad recíproca entre todas ellas[891].

5.5.2. La propuesta concreta de los tres niveles de eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas.

5.5.2.1. Los niveles primero y segundo y la eficacia desplegada desde los mismos: complementariedad entre ambos.

El modelo concreto propuesto por Robert ALEXY presenta tres niveles de eficacia entre los que no existe jerarquía: 1º) de los deberes del Estado; 2º) de los derechos frente al Estado, relevantes para su influencia

[889] Ahora bien, autores como Paulo MOTA PINTO han sostenido que "la relevancia de la contraposición de teorías en el problema de la eficacia de los derechos fundamentales en relación a las entidades privadas no debe ser hipostasiada", O Direito ao libre desenvolvimento da personalidade, en Portugal-Brasil Año 2000, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 231.

[890] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.,* pp. 515-516.

[891] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 516.

en terceros; 3º) de los efectos iusfundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado[892].

En el primer nivel se encuentra situada para el autor la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales. Según Robert ALEXY, el hecho de que las normas iusfundamentales, en tanto principios objetivos, rijan para todos los ámbitos del Derecho, implica que los poderes del Estado están obligados a tenerlas en cuenta específicamente, sea en la legislación iusprivatista, sea en la ejecución, o en el ámbito de la jurisdicción[893]. A su juicio, en lo tocante a la jurisdicción civil, ello es formulado expresamente por la propia sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el caso *Lüth*: "Por mandato constitucional, el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita; si tal es el caso, entonces en la interpretación y aplicación de estas prescripciones, tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de aquí resulta"[894].

Respecto del segundo nivel, hallamos emplazada en él la eficacia entre sujetos privados desenvuelta por los Derechos Fundamentales frente al Estado (derechos de defensa y derechos a protección). Para el autor, el hecho de que, en la interpretación y aplicación de las normas de Derecho Privado, como ya hemos apuntado, el órgano judicial deba tener en cuenta el orden objetivo de valores fundamentales para resolver conflictos entre particulares, nada dice todavía acerca de si viola este deber lesiona ya enunciados iusfundamentales bajo la forma de derechos subjetivos del individuo[895]. No obstante, esa conexión ha de existir para

[892] *Ibídem*, p. 516.

[893] *Ibídem*, p. 516.

[894] *Ibídem*, p. 516.

[895] *Ibídem*, p. 516.

que sea coherente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán respecto del efecto entre particulares de los Derechos Fundamentales para los supuestos de relaciones jurídicas estatuidas *ínter privatos*. Pues de insistir esa conexión, el *Bundesverfassungsgericht* no hubiera podido constatar, en la decisión del caso *Lüth*, que la resolución del órgano judicial de instancia violaba el Derecho Fundamental del recurrente. Y debería haber rechazado por insuficiente el recurso, algo que no hizo, lo cual presupone admitir la posibilidad de la vulneración de Derechos Fundamentales bajo la forma de derechos subjetivos. El interrogante entonces, es el siguiente: ¿en qué puede consistir un Derecho Fundamental que puede violar un órgano judicial ordinario a través del contenido de su fallo? Esta cuestión, apunta, justamente, a la relación entre el primero y el segundo nivel[896].

Prosiguiendo esta línea de ideas, Robert ALEXY recuerda que un Derecho solo puede ser lesionado por aquel frente al que existe (aunque cabe recordarle la existencia de lesiones contra sí mismo). Con lo cual, si los juzgados y tribunales de justicia pueden vulnerar mediante el contenido de sus decisiones Derechos Fundamentales de los ciudadanos, en ese caso los derechos violados tienen que ser derechos del particular frente a la Administración de Justicia, o sea, derechos frente al Estado[897]. Podrá pensarse, como hace Jürgen SCHWABE, que esos derechos solo son derechos de defensa, o sea, derechos de *status* negativo, pero esta construcción, que apunta a un punto correcto, adolece, como vimos, de insuficiencias impeditivas de su aceptación a modo de respuesta general válida. Y ello, porque tal afirmación no se extiende a la totalidad de la problemática[898], y de este modo el derecho frente a la Administración de Justicia del que hablábamos, habrá de comprender, al mismo tiempo, un

[896] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos..., op. cit.*, pp. 516-517.

[897] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos..., op. cit.*, p. 517.

[898] *Ibídem*, p. 517.

derecho de defensa ante el Estado y un derecho a protección frente a afectaciones por parte de otros sujetos privados.

Conforme mantiene Robert ALEXY, el pronunciamiento que resolvió el caso *Lüth,* pone de manifiesto cómo la construcción referida a los derechos de defensa frente al Estado es correcta en lo concerniente a un aspecto específico. El órgano judicial ordinario había prohibido a *Lüth* realizar determinadas declaraciones, prohibición jurídica esta, que estaría eliminando una parte de su libertad de expresión, consistente justamente en un espacio de libertad negativa. Mas la decisión judicial recurrida ante el *Bundesverfassungsgericht*, en ese caso, no deja de ser un acto del poder público que interviene en la libertad de opinión del individuo, significando por eso la aplicación de la construcción teórica basada en los derechos de defensa[899].

Sin embargo, una teoría anclada solamente a partir de los derechos de defensa, válida cuando se trata de mandatos y prohibiciones, muestra su insuficiencia, cuando el titular de un Derecho Fundamental se dirige en contra de permisiones explícitas o implícitas a otros titulares de derechos subjetivos iusfundamentales. A modo de ejemplo, la sentencia del caso *Blinkfüer* puede demostrar esa aseveración.

Así, hemos de recordar que la editorial *Springer* había convocado a los comerciantes de diarios y revistas a la realización de un boicot del semanario *Blinkfüer* amenazando con sanciones comerciales a aquellos que no lo secundasen. El *Bundesgerichtshof* rechazó la demanda de indemnización presentada por el editor de *Blinkfüer*, al entender que la llamada al boicot estaba autorizada. En cualquier caso, la permisión y no sanción por parte del poder judicial (Estado) no significa, como asevera Jürgen SCHWABE, que se haya de imputar a los poderes públicos la apelación al boicot como una violación estatal de la libertad de expresión.

[899] *Ibídem.*, p. 517.

Con el rechazo de la demanda, el *Bundesgerichtshof* no vulneró el Derecho Fundamental del demandante, sino que hizo algo totalmente distinto: no otorgar a *Blinkfüer* ninguna protección estatal frente a una acción privada dirigida contra su Derecho Fundamental. Por lo tanto, la vulneración cometida, que el Tribunal Constitucional Federal alemán debió constatar, por parte de los órganos judiciales ordinarios, no pudo ser de un derecho de *status* negativo (derecho de defensa), sino, en todo caso, de un derecho de *status* positivo frente al Estado, es decir, un derecho a protección ante violaciones de Derechos Fundamentales atribuibles a sujetos privados[900].

Así, como hemos constatado anteriormente, la construcción referida únicamente a derechos de defensa propuesta por Jürgen SCHWABE, no basta para abarcar completamente los efectos de los Derechos Fundamentales en el ámbito privado a través de la mediación del Estado. Por lo tanto, debe completarse esta construcción con una teoría referida a derechos a protecciones jurídicas[901]. Como consecuencia, cuando un tribunal civil, laboral o mercantil, lesiona a un ciudadano por no valorar "en la debida medida" un Derecho Fundamental que apoya la posición jurídica pretendidamente a realizar por el particular, dependiendo de las circunstancias del caso, viola un derecho de defensa o un derecho de protección[902].

5.5.2.2. La interconexión del nivel tercero de eficacia con el resultado de la complementariedad entre los dos primeros niveles.

De cualquier forma, una vez realizada esa complementariedad, la mera conjunción de las dos construcciones sigue sin ofrecer un

[900] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos..., op. cit.*, pp. 518-519.

[901] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos..., op. cit.*, p. 519.

[902] *Ibídem*, p. 519.

postulado unitario. Un postulado de ese carácter solamente será posible si fuera aceptado un derecho del ciudadano frente al poder judicial, en el sentido de que este considere debidamente, por medio de sus decisiones, los Derechos Fundamentales en los que apoyan sus posiciones jurídicas los ciudadanos.[903].

Referido al tercer nivel identificado por el autor, se alude mediante el mismo a la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales para reglamentar las relaciones jurídicas entre sujetos privados. Según Robert ALEXY, a efectos de delimitar el concepto de eficacia inmediata, deben ser excluidas dos hipótesis. La primera, viene referida al extremo de que una eficacia iusfundamental inmediata no puede consistir en el hecho de ser los Derechos del ciudadano frente al Estado, al mismo tiempo y con arreglo a idénticos parámetros, Derechos del ciudadano frente a otros ciudadanos, aspecto que, en puridad, es conceptualmente insostenible. En segundo lugar, tampoco estima factible alcanzar un efecto inmediato en terceros, modificando simplemente el destinatario de los Derechos frente a los poderes públicos. Y ello, principalmente, porque las normas iusfundamentales poseen en las relaciones ciudadano–ciudadano una eficacia distinta de la desenvuelta para los supuestos de relaciones particular–Estado.

Efectivamente, en atención a su planteamiento, por eficacia inmediata se debe entender que para las relaciones jurídico-privadas "existen determinados derechos y no derechos, libertades y no libertades, competencias y no competencias que, sin estas razones, no existirían". O, expresado con arreglo a otros términos, "los principios iusfundamentales conducen a derechos y deberes en relaciones entre iguales que, debido a la vigencia de estos principios relativa a la Constitución, son necesarios, pero que, sin su vigencia, no lo serían."[904]. Consecuentemente, de

[903] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos..., op. cit.*, pp. 519-520.

[904] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos..., op. cit.*, pp. 520-521.

definirse "de esta manera el concepto de efecto inmediato en terceros, de la teoría de los efectos mediatos en terceros y de los efectos en terceros a través de la mediación del Estado", surge un efecto inmediato "en el contexto de las relaciones jurídico–privadas, cuando los particulares que intervienen en las mismas tienen con fundamento en los Derechos fundamentales, un mandato, una prohibición o una permisión"[905].

Lo anterior puede ser demostrado en la referenciada decisión del conocido caso *Blinkfüer*. Como se expuso, el Tribunal Constitucional Federal alemán consideró que el *Bundesgerichtshof* había lesionado el derecho del editor a su protección en la relación entre iguales, por no haber tomado en cuenta, con arreglo a la debida medida, la existencia de un derecho del editor de *Blinkfüer* a que fuese omitida la obligación de no apelar al boicot por parte de la editorial *Springer*. No obstante, eso presupone la existencia de un Derecho Fundamental definitivo de *Blinkfüer* frente a la editorial *Springer*, lo que revela un efecto inmediato del Derecho Fundamental en esa relación privada. Por lo tanto, la teoría del efecto mediato en terceros, dentro de estas coordenadas, alcanza como consecuencia lógica y necesaria, un efecto inmediato entre sujetos privados[906].

5.3.3. Valoración crítica de la propuesta.

Así las cosas vistas, el modelo de los niveles de eficacia propuesto por Robert ALEXY, permite la percepción de varios ámbitos de incidencia de las normas definidoras de los Derechos Fundamentales en la esfera privada. E, igualmente, de las relaciones que se manifiesten entre los diversos niveles de eficacia, pues no resume los tres niveles en el último, ya que cada uno conserva su independencia y viene referido a un aspecto

[905] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 521.

[906] *Ibídem*, p. 521.

de la problemática. Al crear un modelo que conjuga las diversas construcciones teóricas, en cierta medida, trata de cerrar la polémica acerca de cuál construcción ensayada soluciona mejor el problema planteado respecto de cómo inciden los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas privadas.

La pretensión de complementariedad entre las construcciones teóricas está clara también en el modelo de Robert ALEXY. Destaca el autor, como hemos insistido, que todas las construcciones, en la práctica, son equivalentes por sus resultados, no existiendo primacía de las unas sobre las otras. En el mismo sentido, la eficacia *inter privatos* de los Derechos Fundamentales será, en última instancia, siempre una eficacia inmediata. No queriendo con eso decir, sin embargo, que las otras no existan, pues en la fundamentación de cada caso, será elegida una u otras por razones de funcionalidad[907].

Eficacia mediata, inmediata y eficacia desenvuelta por los derechos a protección frente al Estado se refieren, cada una a su manera, a un determinado aspecto de la incidencia de las normas iusfundamentales en el ámbito jurídico privado. Son niveles observados a partir del efecto de irradiación de las normas constitucionales a todo el ordenamiento jurídico. A este respecto, la eficacia mediata se presenta cuando el Estado ejerce su tarea de observar los principios objetivos del ordenamiento jurídico en la concretización del Derecho Privado, sea por medio del Legislador, o por medio del Poder Judicial. En un segundo nivel, se comprueba el desenvolvimiento de efectos de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas privadas por medio de los derechos de defensa y protección ante el Estado, que está obligado a no intervenir en la esfera de libertad privada de los ciudadanos, así como a protegerlos de violaciones de Derechos llevadas a efecto por terceros. En un tercer ámbito, se verifica, en las relaciones jurídicas entre sujetos

[907] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 522.

privados, el surgimiento de derechos subjetivos directamente de las normas constitucionales que establecen los Derechos Fundamentales, revelándose entonces la eficacia inmediata.

Se trata efectivamente de una construcción dogmática aparentemente novedosa, pero de considerable complejidad cara a su aplicación práctica, que presenta "el gran peligro de la ambigüedad, y obliga además a utilizar otros elementos de su construcción jurídica como son la teoría de la argumentación y el entendimiento de los derechos fundamentales como un todo"[908]. A lo cual se une su ambivalencia, por la que "opta deliberadamente", al enfrentarse con "los aspectos más candentes de la cuestión, como son las difíciles relaciones entre el ordenamiento constitucional y el derecho privado"[909].

[908] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre.., op. cit.*, p. 137

[909] *Ibídem.*, p. 137.

5.6. Una aportación en parte de similares pretensiones a la previa: la Teoría de los grupos de eficacia apuntada por *José Joaquím Gomes Canotilho.*

5.6.1. Las posiciones diferenciadas conforme a los Derechos en cuestión.

De una opinión en alguna medida similar a la anterior participa José Joaquím GOMES CANOTILHO, cuando afirma que el problema de la eficacia de los Derechos y Libertades para el orden jurídico privado tiende hoy a una superación de la dicotomía eficacia mediata–inmediata, y toda vez resulta inviable encontrar soluciones uniformes, se decanta en favor de soluciones diferenciadas. Afirma que esta eficacia, para ser comprendida con rigor, siguiendo a Konrad HESSE, debe tener en consideración la multifuncionalidad o pluralidad de funciones de los Derechos Fundamentales, y de esta forma posibilitar soluciones diferenciadas y adecuadas, ante la insuficiencia de los modelos tradicionales adoptados desde los ámbitos de la doctrina científica y la jurisprudencia[910]. Además, habrá de hacerse en consonancia o referente a las posiciones jurídicas iusfundamentales que entren en la causa, teniendo en cuenta al respecto las circunstancias concurrentes para el caso concreto a resolver[911].

Reclama asimismo soluciones diferenciadas, por demás, desde la consideración de que no todas las normas de Derechos Fundamentales presentan el mismo grado de homogeneidad y estructura normativa, prevaleciendo asimismo las de naturaleza eminentemente principiológica, y de las que dimanan con frecuencia los conflictos entre Derechos, o, por lo menos, situaciones de tensión. Todo ello, reclama a su vez soluciones

[910] En lo que concuerda con Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…*, *op. cit.*, p. 1563.

[911] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2007, p. 1154.

distintas, de acuerdo con las circunstancias del caso y los Derechos Fundamentales que entran en conflicto, tratándose en último término de un problema de ponderación[912]. Consecuentemente, propone un modelo que aúne las varias constelaciones de eficacia frente a particulares de los Derechos y Libertades Fundamentales[913].

José Joaquím GOMES CANOTILHO explica, a propósito de la eficacia inmediata, que los Derechos Fundamentales no se hallan en condiciones de "aspirar a una fuerza conformadora de las relaciones privadas dado que ello significaría un conflicto substancial con la autonomía individual"[914]. Ahora bien, una eficacia inmediata tampoco considera que deba implicar que hayamos de prohibir a los ciudadanos aquello cual está vedado al Estado. En este sentido, considera es indispensable "la concordancia práctica de los varios principios e intereses relevantes para la solución justa del caso concreto". Una eficacia inmediata debe conducir a la interpretación de los conflictos privados conforme a los Derechos Fundamentales, pero ello no pretende expresar la posibilidad de llevar a cabo la absolutivización de la eficacia irradiante de esos Derechos, con la correspondiente capitulación de los principios del orden jurídico iusprivado. En realidad, significa tan solo que las soluciones diferenciadas a encontrar han de abstenerse actualmente de despreciar el valor de los Derechos Fundamentales como elementos de eficacia conformadora inmediata del Derecho Privado, y que

912 José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, pp. 1208 y ss. Y en la misma doctrina científica lusitana, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 9ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 325 y ss; Paulo MOTA PINTO, *O direito ao libre desenvolvimento da personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 237 y ss. Y clásico en esta dirección Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, pp. 510 y ss.

913 José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, pp. 1208-1209.

914 José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, p. 1212.

deben tenerse en cuenta la multiplicidad de relaciones jurídicas privadas y el diverso contenido de estas mismas relaciones[915].

5.6.2. La clasificación en grupos de las varias constelaciones de eficacia.

A efectos de un mejor desenvolvimiento de la problemática, propone la clasificación en grupos de las varias constelaciones de eficacia entre sujetos privados de los Derechos Fundamentales. Este "arreglo" supera la dicotomía eficacia mediata–eficacia inmediata, esclareciendo las diversas fases reveladas por los efectos de las normas constitucionales cara al orden jurídico privado[916].

En el grupo primero, se encuentra situada la eficacia entre particulares de Derechos Fundamentales expresamente establecida por la Constitución. Según el autor, las disposiciones normativas "mediante las que se establecen derechos, libertades y garantías pueden, ellas mismas, estatuir la eficacia de estos derechos en el orden jurídico privado. Lógicamente, a los particulares les está facultado, en sus relaciones con otros sujetos privados, apelar inmediatamente a las normas constitucionales que, de forma expresa, vinculan los actos de los entes sujetos a los Derechos Fundamentales"[917].

Dentro del segundo grupo, encuentra acomodo la eficacia entre sujetos privados de los Derechos Fundamentales, que se lleva a término a través de la mediación del Legislador en el ámbito del orden jurídico privado. El Poder legislativo, así como todos los poderes o entidades

---

915 José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, pp. 1212-1213.

916 José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, p. 1209.

917 *Ibídem*, p. 1209.

públicas, se halla vinculado a los Derechos Fundamentales, motivo por el cual debe, en la regulación legal del Derecho Privado, cumplir y aplicar esos Derechos cuando procede al desarrollo de su tarea concretizante[918].

Referido al grupo tercero, incluye el mismo la eficacia horizontal inmediata y la mediación del órgano judicial. Para el autor, "la función de protección jurídica de los derechos y la consideración de las normas mediante las que se establecen los Derechos fundamentales como disposiciones garantizadoras de bienes jurídicos, apunta no solo al deber del legislador de conformar una ordenación adecuada de las relaciones jurídico-privadas bajo el punto de vista de los derechos, libertades y garantías, sino también a la responsabilidad de los tribunales de encontrar una solución justa para los casos de conflictos de posiciones fundamentales". De cuanto antecede, se sigue que el poder judicial debe considerar los Derechos Fundamentales como "medidas de decisión de los casos concretos". Lo cual significa que los órganos judiciales, "aunque vinculados en primera línea por la mediación legal de los derechos, libertades y garantías, deben también conceder operatividad práctica a la función de protección (objetiva)"[919], de aquellas.

José Joaquím GOMES CANOTILHO presenta, a tales efectos, un orden de actividades a desarrollar por el órgano judicial en la aplicación de los Derechos Fundamentales a las relaciones iusprivadas, como sigue:

> a) en primer lugar, el juez debe hacer una aplicación del Derecho Privado legalmente positivizado de conformidad con los Derechos Fundamentales, por la vía de la interpretación conforme a la Constitución.

[918] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, pp. 1209-1210.

[919] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, p. 1210.

b) en segundo término, si la interpretación conforme de los Derechos Fundamentales fuera insuficiente, cabe siempre en atención a la competencia de los jueces y tribunales, la no aplicación de la Ley (por inconstitucional) vulneradora de los derechos públicos subjetivos o de los bienes constitucionalmente garantizados por las normas que establecen los Derechos Fundamentales y los bienes aludidos.

c) por lo referido a la tercera cuestión, en la interpretación conforme a los Derechos Fundamentales de las normas de Derecho Privado, se empleará como instrumentos metódicos no solo las clásicas cláusulas generales o los conceptos jurídicos indeterminados (*ad exemplum* buena fe, abuso del derecho), sino también las propias normas que establecen y garantizan constitucionalmente bienes jurídicos absolutos (vida, libertad). Se trata, pues, de una concretización de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos a través de normas de decisión judiciales captadas extrínsecamente por medio de la interpretación–integración desarrollada por el derecho de creación judicial.

Los grupos cuatro y cinco hacen referencia a problemas específicos, como la sumisión de los "poderes sociales o privados" a las normas definidoras de Derechos y garantías fundamentales en el orden jurídico privado (grupo IV), y la cuestión del núcleo irreductible de la autonomía privada (grupo V)[920].

[920] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, pp. 1211-1212, puede verse más desarrollo en estas páginas.

CAPÍTULO SEXTO.

La teoría de los deberes de protección a cargo del Estado (correlativamente, derechos a protección de los particulares), en el marco de las relaciones intersubjetivas

CAPÍTULO SEXTO.

La teoría de los deberes de protección a cargo del Estado (correlativamente, derechos a protección de los particulares), en el marco de las relaciones intersubjetivas.

6. 1. Ideas previas.

En términos aparentes, la discusión acerca de la influencia de la Constitución, específicamente por medio de su orden objetivo de valores supremo, referente al sector del Derecho Privado, venía siendo mayoritariamente entendida resuelta en Alemania, con la consolidada aplicación de la tesis de los efectos indirectos desplegados por los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desenvueltas entre particulares. Y más, después de haberse visto apoyada esta precomprensión por un importante número de obras y publicaciones más cortas a cargo de la literatura jurídica, así como por una constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [BVerfG] y del Tribunal Supremo Federal [BGH], cuyos pronunciamientos de manera expresa fueron resueltos y favorables a la aplicación mediata de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico-privado; línea jurisprudencial a la que terminó uniéndose el Tribunal Laboral Federal [BAG] desde 1984, quien venía hasta esa fecha admitiendo sin controversia la teoría de la eficacia inmediata. Con lo cual, parte de los

mismos defensores de la opinión doctrinal dominante y de la jurisprudencia sostenida, entendían ahora sí esta espinosa peliaguda como ya solventada[921]. Sin embargo, de otro lado, cada vez en superior medida, venía siendo cuestionada la endeblez concluyente de la teoría de la eficacia indirecta y la falta de claridad de la misma, a lo que se uniría la aporía planteada a la hora de resolver algunos casos al propio Tribunal Constitucional Federal, de ahí los intentos de su superación llevados a cabo durante los últimos decenios por medio de la construcción dogmática nombrada como teoría de los deberes de protección estatal, a cuyo análisis vamos a dedicar las próximas páginas.

6.2. Planteamiento general realizado por la teoría de los deberes de protección estatales.

Efectivamente, dentro del ámbito de los defensores de la teoría de la eficacia mediata, pionera y esencialmente edificada en Alemania, con innegables repercusiones jurisprudenciales durante años, ha emergido una tendencia cada vez más fuerte, que persigue ofrecer respuesta adecuada en superior medida a la problemática de la eficacia *inter privatos* de los Derechos Fundamentales, a partir de la consideración de estos como derechos a protección de los particulares, y, correlativamente, deberes de protección a cargo del Estado, como más habitualmente es conocida[922]. La tesis, es indudable, ha adquirido autonomía y especial

[921] Por ejemplo, Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Grundrechte als Grundsatznormen", en *Der Staat*, Band. 29, 1990, p. 10; o Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 192, Heft 1/2, 1992, p. 43.

[922] El término *Untermaßverbot* fue empleado en la primera ocasión, según todo hace suponer, por Claus–Wilhelm Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band, 184, Heft 3, 1984, p. 228, y se acogió por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán a partir de la BVerfGE 88, 203 (245). Una entretenida y matizada respuesta a la contribución científica precitada, se encuentra en las muy finas páginas de la aportación de Thilo RAMM, "Drittwirkung und Übermaßverbot — Eine Erwiderungauf den Aufsatz von Canaris in JZ 1987, S. 933 ff", en *Juristen Zeitung,* 43, Heft. 10, 1988, pp. 489-493.

importancia práctica, hasta el punto de permitir afirmar a su principal exponente, caso de Claus–Wilhelm CANARIS[923], que se trata del planteamiento actualmente predominante de modo amplio dentro de la propia doctrina científica alemana (afirmación ya un tanto cuestionable, y, a nuestro modo ver, no respaldada con esa mayoría por la doctrina civilista), así como subyacente y reconocible en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional Federal alemán[924], habiendo sido asimismo con posterioridad acogido, conforme indicamos con carácter previo, por el mismo Tribunal Federal de Trabajo[925].

---

[923] En esta consideración es tenido, por ejemplo, por Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2001, p. 21.

[924] Acerca de la efectiva consolidación de esta teoría en la jurisprudencia constitucional alemana, se ha pronunciado, fundamentalmente, Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung…, op. cit.*, pp. 2 y ss, entre otros momentos. Asimismo, Stefan OETER detecta en la jurisprudencia constitucional alemana el progresivo afianzamiento de la teoría del deber de protección, incluso en los supuestos en que entran en cuestión los límites del principio de autonomía privada en el ámbito de la libertad contractual, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie. Ein Beitrag zu den funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 119, 1994, p. 534. Por su parte, autores como Günter KINGEENS, sostienen que los deberes de protección derivados de los Derechos fundamentales van ganando en importancia a medida que se extiende el fenómeno de la privatización, citado por Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 117.

[925] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht– eine Zwischenbilanz*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1999, p. 17. A la difusión de la teoría acuñada por el primero contribuyó, ampliamente, el libro de Josef ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitliche Verfassungstaates*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1983; una apreciación que mantiene el propio Claus–Wilhelm CANARIS en su aportación, "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha", en *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, 3ª ed., edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, pp. 58-59. Y es que avanzado en esta línea, desde principios de los años ochenta, la literatura científica acompaña a la innegable contribución de Claus–Wilhelm CANARIS de manera intensa, en cuanto la teoría del derecho-deber de protección se profundizaría y matizaría desde el punto de vista dogmático-científico, particularmente en la referida monografía de *Josef Isensee* (1983), y en las de Gerhard Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht* (1987); Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten* (1993), y Peter Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten* (1996).

Ciertamente, su construcción dogmática, tiene en consideración parte de los presupuestos recogidos por las corrientes ya examinadas de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas intersubjetivas, de forma particular los sustentados a cargo de la tesis de la *mittelbare Drittwirkung*. Y ha justificado la eficacia mediata de las normas iusfundamentales a través de la ya denominada "teoría de los deberes de protección" a cargo del Estado y los correlativos derechos a protección de los sujetos privados, por resultar obligaciones dimanantes de los preceptos constitucionales integrantes del contenido de los enunciados iusfundamentales y del resto de los bienes constitucionalmente amparados; los cuales se encuentran insertos en un texto constitucional que despliega fuerza normativa a través de todos sus preceptos.

El deber de protección estatal, parte asimismo como presupuesto de la teoría de los Derechos Fundamentales como sistema objetivo de principios y valores supremos[926], e impone a los poderes públicos la obligación de tutelar a los particulares frente a las vulneraciones dimanantes de terceros a sus bienes jurídicos iusfundamentales garantizados *secundum constitutione*, esencialmente de carácter privado, pero asimismo los provenientes también de otros Estados. Esto es, el deber de protección estatal opera en los supuestos de lesiones de naturaleza iusfundamental, causadas por actuaciones imputables a por personas o poderes que no son los destinatarios tradicionales de los Derechos Fundamentales del individuo, así como frente a las amenazas o

[926] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos Fundamentales", en *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans–Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Editoriales Instituto Vasco de Administración Pública–Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 103.

riesgos reales valorados objetivamente, con independencia de que puedan llegar o no a materializarse como actos lesivos en términos hipotéticos[927].

6.3. El punto de arranque de la teoría del deber de protección.

Conforme hemos tenido la oportunidad de hacer breve alusión, la teoría del deber de protección estatal, despega en el inicio de su construcción dogmática a partir de la proposición de que los Derechos Fundamentales vinculan inmediata, directa y plenamente a los Poderes legislativo, ejecutivo y judicial; con lo cual, no puede tener cabida la discusión entre la eficacia directa o la eficacia indirecta a desarrollar por los Derechos Fundamentales, porque la Ley Fundamental de Bonn se refiere con carácter exclusivo a la vinculación inmediata de los poderes estatales (artículo 1.3 de la *Grundgesetz*). Sin embargo, como bien sabemos, esa disputa ha estado siempre presente desde que se suscitara la problemática de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas estatuidas entre sujetos privados. Es más, un defensor clásico de la postura de la eficacia indirecta, caso de Konrad HESSE, en la última edición de sus *Grundzüge*, parece decantarse, a la hora explicar el significado de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas donde el Estado no participa inmediatamente, por la posición favorable a aceptar los términos planteados por la construcción dogmática del deber de protección, considerando que el citado deber impone a los órganos estatales una actuación positiva para la garantía de esos Derechos[928].

[927] Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 28 de febrero de 2002, extiende el deber de protección frente a peligros y riesgos. Y, por su parte, la STC 221/2002, de 25 de noviembre, ha mantenido: "para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE aducida no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que lesión pueda llegar a producirse".

Para otros sectores doctrinales, el aspecto esencial de la teoría de los deberes de protección estatales, viene a concluir en que la eficacia de las disposiciones iusfundamentales para los casos de relaciones jurídicas desenvueltas entre sujetos privados, conforme los términos a ver más detenidamente, es el correlato dimanante de la vinculación inmediata de los poderes públicos a los Derechos Fundamentales dada su naturaleza de derechos públicos subjetivos constitucionalmente protegidos[929]. Así, el Estado, de igual suerte a lo que sucede en el planteamiento clásico de los Derechos Fundamentales desde su consideración de derechos de defensa, deviene sujeto pasivo de la obligación, e interviene de modo excepcional, y en casos debidamente justificados desde el plano constitucional, en las relaciones jurídicas desarrolladas entre sujetos privados o de estos con Estados extranjeros. El objetivo es, como hemos visto, garantizar los Derechos Fundamentales frente las vulneraciones unilaterales o recíprocas producidas por otros particulares, lo que constituye un tratamiento claramente diferenciado de estos enunciados en el sector del Derecho Privado. Y ello, naturalmente, a partir del reconocimiento a favor de los sujetos privados de un derecho a protección, o al desarrollo de una competencia normativa (*Rechtssetzungskompetenz*) que implique la actuación positiva del Estado de carácter preventivo o represivo[930]; protección esta última que adquiere naturaleza absoluta, pues se extiende a todos los Derechos y bienes constitucionalmente tutelados[931].

---

928 Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, pp. 155 y ss.

929 Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 513.

930 Jörg NEUNER, *Privatrecht und Sozialstaat*, C.H. Beck Verlag, München, 1998, especialmente, pp. 160-161.

931 Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* Band III/1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, C.H. Beck Verlag, München, 1988, pp. 1573 y ss.

De este modo, el Estado puede vulnerar los Derechos Fundamentales, bien porque su acción directa suponga una injerencia arbitraria e injustificada en la esfera privada garantizada por el Derecho concernido, o bien, a mayor abundamiento, porque aquel no tutele dicho espacio, o lo haga insuficientemente frente a la acción lesiva achacable a un tercero[932]. Expresado mediante otros términos, en un platillo de la balanza se colocan las exigencias constitucionales provenientes de los Derechos de quien provoca la vulneración de la Libertad Fundamental, y en el otro se sitúan los Derechos de la víctima protegidos por las demandas del mínimo inviolable[933].

Por consiguiente, conforme a lo señalado, lo que para el Estado son deberes de protección o mandatos de tutela, desde la perspectiva de los sujetos privados se presentan, ciertamente, como derechos a protección[934]. Derechos Fundamentales a protección, caracterizados, como insistimos, por imponer al Estado la obligación de salvaguardar los bienes fundamentales frente a las amenazas provenientes de terceros[935]. Consecuentemente, les resulta así posible a los poderes estatales, en primer término al Poder legislativo[936], y de manera subsidiaria tanto a la

[932] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 145.

[933] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 191.

[934] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2010, p. 248.

[935] Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktions grundsatzder Grundrechte*, 2ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 2007, p. 237.

[936] Que los deberes de protección de los Derechos Fundamentales se dirigen en primer término al Poder legislativo dada su condición de órgano inmediatamente legitimado por períodos temporales, es cuestión pacífica en la literatura jurídica, por todos, Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als…", *loc. cit.*, en *op. cit.*, p. 223. En el mismo sentido se posiciona la jurisprudencia constitucional alemana desde la relativamente temprana BVerfGE, 39, 1, (44). Con todo, no está de más reparar en la advertencia de carácter general efectuada por Walter LEISNER, en el sentido de que, sin menosprecio alguno de la importancia que tiene la legitimación democrática inmediata

jurisdicción ordinaria como a la constitucional, la garantía de los Derechos Fundamentales frente a las vulneraciones de estos últimos cuya titularidad corresponde a sujetos privados, causadas por otros particulares, con fundamento, eso sí, en la función desarrollada por dichos poderes, y atendida sea su calidad de derechos a protección para las relaciones intersubjetivas. Por consiguiente, en términos correlativos, surge el deber de protección (*Schutzpflicht*) o mandato de tutela dirigido al Estado, que actúa no solo ante la efectiva lesión de un Derecho Fundamental sino cuando es altamente previsible que la misma pueda llegar a desencadenarse, siendo extensible, por demás, a todos los ámbitos del ordenamiento, incluido el Derecho Privado, y, de esta suerte, las normas iusfundamentales deberán intervenir en las relaciones intersubjetivas a través de las disposiciones de cuño iusprivatista.

Concretamente, el Tribunal Constitucional Federal alemán, ha expresado en diversas oportunidades que los deberes de protección de los Derechos Fundamentales vinculan a "todos los órganos estatales, de acuerdo con las tareas específicas de cada uno"[937]; y, por su parte, el Tribunal Constitucional español, ha declarado la misma idea, con mayor o menor claridad en algunos pronunciamientos, al venir a sostener que la "sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos (fundamentales) en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas"[938].

---

del Poder legislativo, tampoco resulta conveniente hiperbolizarla, algo que a su juicio se hace con insistencia, porque, de ese modo, el papel del pueblo queda aún más en las tinieblas de lo que ya está actualmente como colectivo, ética y socialmente disuelto; lo que realmente sucede, se mire como se mire, ante la franca impasibilidad de los denominados "pensadores", *Das Volk – Realer oder fiktiver Souverän*?, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2005, *passim.*

[937] BVerfGE 46, 160, (164).

[938] STC 18/1984, de 7 de febrero.

6.4. El sujeto del deber de protección estatal, y la principal consecuencia dogmática derivada: el carácter autónomo de la construcción teórica.

Congruentemente con lo destacado, tocante a la cuestión de la eficacia de los Derechos Fundamentales para el supuesto las relaciones jurídicas *inter privatos*, el Estado es el sujeto destinatario de los derechos a protección, mientras los sujetos perturbados, no son, *prima facie*, los propios particulares. Todo lo cual, como puede observarse y seguiremos viendo, permite legítimamente adelantar que, respecto de la teoría del deber de protección estatal, se está ante una construcción autónoma en relación con la tesis de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, con la que, en todo caso, vendría a tener más puntos de confluencia[939]. De esta opinión

[939] Josef ISENSEE es así partidario de abandonar las teorías de la *Drittwirkung* por su incompatibilidad con el principio de autonomía privada, pues en la medida en que el deber de protección de los Derechos Fundamentales sea por el afectado, sea por el perturbador, se dirigen exclusivamente al Estado, ello permite dejar a un lado las relaciones jurídicas entre sujetos privados. Por otra parte, considera que la teoría del deber de protección no significa un cambio respecto del significado original de los Derechos Fundamentales, sino más bien un redescubrimiento de su significado primitivo como Derechos preestatales, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 218 y 225-227 respectivamente. Por demás, el autor se muestra partidario de acogerse a esta teoría y abandonar la *Drittwirkung* debido a su incompatibilidad con el principio de autonomía privada, además de que este postulado, al propugnar la protección de los Derechos Fundamentales exclusivamente a través del Estado, permite no ocuparse de la problemática de las relaciones jurídicas entre particulares, *ibídem*, p. 218. De igual modo, son partidarios de efectuar esta sustitución, Ino *AUGSBERG–Lars VIELLECHNER, "*Die Drittwirkung der Grundrechte als Aufbauproblem", en *Juristische Schulung, 2008,* p. 412; Claus–Wilhelm CANARIS, "Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten", en *Umwelt, Wirtschaft und Recht – Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, 16-17. November 2001*, edición de Hartmut *Bauer /* Detlef C*zybulka/* Wolfgang K*ahl /* Andreas Voßkuhle, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2002, p. 32; y Hubertus GERSDORF, "Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange II-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 119, 1994, p. 421. Y más matizadamente aceptarían ese cambio, Eckehard KLEIN, "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, p. 1640; Georg HERMES, "Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? – Das BVerfG zu Schutzpflicht und mittelbarer Drittwirkung der Berufsfreiheit", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, pp. 1767 y ss; Christian STARCK, *Praxis der*

participa obviamente Claus–Wilhelm CANARIS, quien no alberga duda alguna acerca del carácter autónomo de la teoría, sin perjuicio de admitir algunas coincidencias con la tesis de la eficacia indirecta, propugnando inclusive arrumbar el empleo del término *Drittwirkung* a fin de evitar confusiones, para dejarlo abandonado como una mera categoría histórica[940].

Asimismo, según aludimos, es la postura defendida por Konrad HESSE en la última edición de su manual[941]. Y la mantenida por Christian STARCK, quien ve en el recurso a los deberes de protección a cargo del Estado y en las garantías institucionales, el camino correcto a fin de soslayar los problemas planteados por la *Drittwirkung*[942]. En fin, decididamente entusiasmado se muestra Stefan OETER, autor defensor fervoroso del deber de protección, por considerar la aplicación de esta teoría la mejor forma de fundamentar y de resolver la problemática, así como la vía más idónea para la superación de los viejos recelos frente a las teorías clásicas de la eficacia mediata e inmediata de los Derechos Fundamentales entre actores no estatales. Y ello al desaparecer el choque

Verfassungsauslegung, *Nomos Ver*lagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, p. 67; Hans D. JARASS, "Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik", en *Archiv des öffentlichen Recht*, Band 120, 1995, pp. 352 y ss; Peter UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1996, pp. 72 y ss; Thomas GROß, "Die Schutzwirkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses nach der Privatisierung der Post", en *Juristen Zeitung*, 54, Heft. 7, 1999, p. 331; Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung…, op. cit.*, p. 253; Peter SZCZEKALLA, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2002, pp. 254 y ss; Lichun TIAN, *Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich –Eine Untersuchung anhand des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2012, p. 176; Elke GURLIT, "Grundrechtsbindung von Unternehmen", en *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Band. 15, Helf 7, 2012, p. 251. Y Bodo PIEROTH–Bernhard SCHLINK–Thorsten KINGREEN–Ralf POSCHER, *Grundrechte – Staatsrecht* II, 29ª ed., C. F. Müller Verlag, 2013, p. 198, pues atendiendo a las funciones modernas de los Derechos Fundamentales, con el concepto del deber de protección se supera la comprensión de las funciones clásicas.

940 Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 227.

941 Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…, op. cit.*, pp. 146 y ss.

942 Christian STARCK, *Das Bonner Grundgesetz*, Franz Vahlen Verlag, München, 1985, p. 133.

con el principio de autonomía privada, con el de separación de poderes y con el peligro derivado del activismo judicial, ante lo cual, se inclina a favor de la sustitución de cualquiera de las teorías previas de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas por esta construcción menos problemática del deber de protección[943]. Además, su estructura constituye, para el reputado iuspublicista, una especie de freno inmanente a la primacía del Legislador y a su destacada función en el cumplimiento de la obligación de protección, que entiende con buen criterio, postula esta construcción. De este modo, mantiene, allí donde el Poder legislativo no haya establecido aún la forma de dar cumplimiento al deber constitucional de protección, únicamente cabe el recurso ante la jurisdicción constitucional, no para que colme directamente la laguna existente, sino a la finalidad de conminar al Legislador a los efectos de obligarle a la ejecución de su deber de protección[944].

Igualmente, constituye para Josef ISENSEE una construcción diferenciada, y se remonta el autor al propio Günter DÜRIG en la búsqueda de precedentes para fundamentar la teoría, toda vez le atribuye la condición de auténtico precursor de la tesis del deber de protección, pues encuentra en la elaboración doctrinal de este último, la aparición de la referencia a un deber del Estado en orden a la garantía de los Derechos Fundamentales por medio del Derecho Privado[945]; en la bien entendida comprensión de que cuando Günter DÜRIG utiliza el concepto de *Schutzauftrag*, lo hace en sentido próximo a mandato de protección, formulación luego transformada con el devenir de los años en el término *Schutzpflicht*[946]. Ahora bien, si en el punto anterior puede vislumbrarse

[943] Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 549.

[944] Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 549 y ss.

[945] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 181.

alguna coincidencia, entiende ciertamente Günter DÜRIG injustificable la contraposición juzgada consolidada por la teoría de los deberes de protección entre derechos de defensa y derechos a protección, por la sencilla razón de haber sostenido que, realmente, la acción positiva de tutela consiste asimismo en un acto del poder estatal de naturaleza defensiva, en lugar de entenderlo como una acción de configuración positiva[947]. Sin embargo, discrepa parcialmente de esta postura Robert ALEXY, al participar su posición de los derechos de defensa como derechos frente al Estado, esto es, derechos con la pretensión de que este último se abstenga de realizar injerencias arbitrarias en los ámbitos iusfundamentales garantizados, mientras los derechos a protección son prototípicamente constitutivos como derechos frente al Estado, pero al objeto, obvio es, de que los poderes públicos se ocupen de frenar intervenciones en el contenido de las Libertades Fundamentales por parte de terceros[948]. Y aún con mayor firmeza y dando un paso más, se pronuncia sobre este aspecto y sentido Hans–Jürgen PAPIER, para quien la teoría del deber de protección es una consecuencia del impacto inevitable de los Derechos Fundamentales_sobre el Derecho Privado, y la búsqueda de la forma más eficaz de integrarlos; ahora bien, bajo ningún punto de vista debe entenderse tal construcción comprendida dentro del marco conceptual dibujado desde la teorización de la *Drittwirkung*[949].

Por consiguiente, en el actual marco del Estado constitucional, los poderes públicos desarrollan una doble función relativa a los Derechos

---

946 Günter DÜRIG, "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", en *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, edición de Theodor Maunz, Isar Verlag, München, 1956 p. 183.

947 Günter DÜRIG, "Artikel 1", en *Grundgesetz Kommentar*, edición de Theodor Maunz / Günter Dürig / Roman Herzog, C.H. Beck Verlag, München, 1997, pp. 4-5.

948 Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, pp. 441-442.

949 Hans–Jürgen PAPIER, "Drittwirkung der Grundrechte", en *Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I*, Band II, edición de Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, p. 1335.

Fundamentales, la de "no interferir y, paralelamente, la de protegerlos frente a los ataques de terceros"; cometido, el segundo, en virtud del cual, los Derechos, todos ellos, "tienen dos dimensiones, una como derechos de defensa y otra como derechos a protección"[950]. La dimensión negativa de los Derechos determina el espacio de libertad en favor del ciudadano "frente al Estado, y garantiza que no actúe sin una base jurídica"; por su parte, la materialización del derecho a protección se concreta a través de "la actuación del Estado a favor del Derecho fundamental frente al ataque de un tercero", si bien, es perfectamente admisible la facultad de ambas dimensiones a fin de "velar por el mismo bien jurídico"[951]. No obstante, conforme mantiene y matiza Matthias RUFFERT, la teoría del deber de protección no pone en cuestión que la función de los Derechos Fundamentales, en su consideración de derechos de defensa subjetivos, es el punto de partida indiscutible de cualquier construcción dogmática de los Derechos constitucionales al amparo de la Ley Fundamental de Bonn[952], de ahí que la deducción y la evolución de esta función de las normas iusfundamentales no sea problema dentro del orden constitucional. Es más, los derechos de defensa pueden definirse, sostiene, como los derechos del ciudadano ante un poder, a fin de impedir la obstaculización a cargo de este de determinadas actuaciones o el quebranto de ciertas características reales o posiciones jurídicas del ciudadano, porque el individuo aspira a conseguir determinadas omisiones del Estado o de otros poderes, dependiendo, lo que ha de omitirse, claro está, del concreto bien protegido constitucionalmente[953].

---

[950] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Editorial Thomson Reuters-Cívitas, Cízur Menor, 2010, p. 43.

[951] *Ibídem*, p. 43.

[952] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung…*, *op. cit.*, p. 88.

[953] *Ibídem*, p. 88.

Concerniente a la verificación del menoscabo constitucional de los derechos de libertad, ha cristalizado una clara línea dogmática en la forma de la estructuración de la injerencia ilegítima concretada por medio de tres niveles. De una parte, estamos, pues, ante una violación constitucional iusfundamental en el caso de que (considerando la función de la naturaleza específica del bien tutelado) una actuación, característica o posición jurídica afectadas por un acto del poder corresponda al ámbito de protección de uno de los Derechos Fundamentales recogidos por la Constitución; en segundo lugar, esta actuación debe constituir una intromisión en el ámbito de protección; y, por último, la intromisión debe carecer de justificación[954].

Con todo, no ha faltado la discusión al efecto, pues es fácil detectar el eco de sectores doctrinales que siguen considerando a la teoría del deber de protección una variante de la tesis de la eficacia mediata, esto es, sin la consideración en sí misma de construcción autónoma. Es el caso, por ejemplo, de Klaus STERN, quien no ve en la cuestión algo distinto de una renovación terminológica y la prolongación del ámbito de la eficacia indirecta, pues los Derechos Fundamentales se emplearían como parámetros interpretativos de todas las normas de Derecho Privado, al tiempo que entiende la derivación del deber de protección del efecto irradiación, en virtud del cual, los enunciados de naturaleza iusfundamental despliegan eficacia tanto en el Derecho Público como en el Derecho Privado, por lo que de esta validez jurídico-objetiva deviene la protección absoluta de los bienes jurídicos tutelados por los Derechos

[954] *Ibídem*, p. 88.

Fundamentales, incluso cuando los mismos sean lesionados por actuaciones de actores no estatales[955].

De cualquier modo, no es convincente, a nuestro modesto parecer, el rechazo a la compatibilidad entre el Derecho de defensa frente a intervenciones y una regulación establecida del Deber de protección del mismo Derecho Fundamental, a pesar de los intentos llevados a cabo por algunos autores, recurriendo a ejemplos extraídos de normas de Derecho Privado para oponerse radicalmente a semejante compaginación, lo cual, conforme postulamos, no termina ni pueden convencer[956]; de tal suerte que no se concluye por saber muy bien si, en el fondo, su pretensiones defensora de la tesis buscan con la intervención de sujetos privados el relevo rápidamente del Estado en su quehacer protector de los Derechos Fundamentales.

Posición de rechazo del intento de compatibilidad referido, aun así con tendencia a revitalizarse en sectores doctrinales de cuando en cuando, a pesar de las reiteradas advertencias del Tribunal Constitucional Federal alemán acerca de que la autonomía privada depende necesariamente del Estado tanto en su realización como en la definición sus límites[957], lo cual se reputa igualmente válido para el caso

---

955 Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…,* pp. 1572-1573. Argumentos parecidos emplea, particularmente, Annette GUCKELBERGER, "Die Drittwirkung der Gundrechte", en *Juristische Schulung*, 2003, pp. 1151 y ss, especialmente, p. 1156.

956 Lo pretenden, entre otros, Georg HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1987, p. 204; o Jost PIETZCKER, "Drittwirkung — Schutzpflicht — Eingriff", en *Das Akzeptierte Grundgesetz – Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, edición de Hartmut Maurer / Peter Häberle / Walter Schmitt–Glaeser / Wolfgang Graf Vitzthum, C.H. Beck Verlag, München, 1990, pp. 358 y ss.

957 Como recuerdan, principalmente, Jürgen SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, Wilhelm Goldmann Verlag, München, 1971, pp. 70 y ss; Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 217; Dietrich MURSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1985, pp. 88 y ss; Gertrude LÜBBE–WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte: Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich*

de contratos referidos, sobre todo en su contenido, a los Derechos Fundamentales individuales[958].

6.5. El objeto para la teoría del deber de protección.

Atendida sea la vertiente del objeto, es de apreciar de entrada una innegable cierta similitud entre derechos a protección y derechos de defensa. En ambos casos suponen tanto la restricción injustificada o arbitraria del contenido del Derecho Fundamental, como la imposibilidad de supresión de un derecho subjetivo constitucionalizado perteneciente al titular del mismo, por parte de terceros o del propio Estado, vulnerándose consecuentemente cuando se manifiesta la intervención estatal[959]. De este modo, el Estado puede provocar violaciones en los Derechos Fundamentales, sea porque interfiere en la esfera privada del individuo, sea porque omite protegerla o lo hace insuficientemente[960].

Por lo tanto, conforme acepta esta construcción dogmática, las normas de Derechos Fundamentales se direccionan, ante todo, hacia la disciplina de las relaciones jurídicas a desarrollar entre sujetos privados y poderes estatales. Ahora bien, sobre estos últimos recae asimismo el deber jurídico de respetar y garantizar los Derechos Fundamentales absteniéndose de cualquier intervención lesiva del contenido iusfundamental, lo que se traduce asimismo en la exigencia de no omitir, sino de crear las condiciones jurídicas y fácticas necesarias para su

staatlicher Leistungen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 1988, pp. 169 y ss; Wernen HEUN, *Funktionellrechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit: Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 1992, p. 71.

958 Johannes HAGER, "Grundrechte im Privatrecht", en *Juristen Zeitung*, 49, Heft. 8, 1994, p. 381.

959 *Ibídem*, p. 381.

960 Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 145.

efectividad, y, en fin, la obligación de proteger esos Derechos frente a cualquier agresión, incluyendo los supuestos en los cuales los particulares reciben tales ataques provenientes de la acción de otros sujetos privados[961]. Por consiguiente, si los derechos de defensa demandan del Estado su abstención de realizar injerencias arbitrarias en el haz de facultades garantizado por el correspondiente Derecho Fundamental, y de ellos no se derivan siempre obligaciones de protección a cargo de los poderes públicos, los deberes de protección requieren la garantía por parte de estos de que los sujetos privados se abstengan de llevar a término, mediante sus acciones, intervenciones lesivas en los Derechos Fundamentales de otros particulares[962].

Como de todo lo anterior, los derechos de defensa constituyen para sus destinatarios prohibiciones de destruir o afectar negativamente el contenido de los Derechos Fundamentales, en tanto los derechos a protección, por su parte, se erigen a modo de mandatos indeterminados dirigidos a proteger o promover algo –siempre si existe claro la necesidad de ello– prestando atención al alto valor dispositivo por sí mismas de las normas de relevancia iusfundamental y en la amenaza que para ellas puede suponer el comportamiento de un particular[963]. Lo previo significa que si se ha ordenado la prohibición de destruir o perjudicar algo, están asimismo prohibidas el grueso las acciones constitutivas u ocasionales de una destrucción o afectación de ese bien; sin embargo, si lo resultado

[961] Luis PRIETO SANCHÍS se ha mostrado crítico frente a la construcción que postula hacer pasar las vulneraciones de Derechos Fundamentales a cargo de los particulares como omisiones del deber de protección que incumbe a los poderes públicos, pues "aun cuando seguramente no es la construcción hermenéuticamente más forzada que ofrece la jurisprudencia constitucional, no cabe duda que tampoco resulta del todo satisfactoria: en suma, quien viola el derecho fundamental es un sujeto ajeno a la jurisdicción, en este caso un particular, y el tribunal ordinario lo único que hace es no ofrecer remedio, pero en modo alguno ser causa u origen de la lesión, menos aún origen inmediato y directo", *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 217.

[962] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, p. 441.

[963] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 225-226.

como obligatorio consiste en proteger o salvar algo, de ello no se deriva, correlativamente, la orden de llevar a cabo todas y cualesquiera acciones dirigidas a esa tutela o salvamento del bien correspondiente[964]. Precisamente por esta razón, los derechos de defensa exigen de los poderes públicos, por su finalidad y contenido, un cierto comportamiento reparador una vez haya sido vulnerado el Derecho, sin embargo, en cuanto al deber de protección, en razón de su consustancial indeterminación, los poderes estatales disponen de un amplio margen de discrecionalidad acerca del modo de dar cumplimiento al mismo. Por consiguiente, la forma cómo los órganos del Estado han de satisfacer tal deber, se realiza de conformidad a lo decidido por ellos bajo su propia responsabilidad, algo que, por ejemplo, ha mantenido el Tribunal Constitucional Federal alemán en diversas oportunidades[965], graduando proporcionalmente la protección dispensada, en atención a los bienes jurídicos a considerar, la intensidad de la amenaza y las posibilidades de defenderse a cargo de sus titulares[966].

De cualquier manera, de acuerdo con el concepto forjado a cargo de Robert ALEXY, por derechos a protección solo pueden entenderse los correspondientes al "titular del derecho fundamental ante el Estado para que este los proteja de intervenciones provenientes de terceros"[967]. Con lo cual, como es fácil deducir, aquí puede vislumbrarse una nueva diferencia entre el deber de protección, acerca del cual no es absolutamente imprescindible el requerimiento de la existencia de una

[964] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, pp. 446-447.

[965] BVerfGE 96, 56, citada por Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 93.

[966] Johannes DIETLEIN, "Das Untermaßverbot. Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur", en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, Band 10, 1995, pp. 131 y ss.

[967] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, p. 435, para quien, en condición de terceros, pueden comparecer particulares, individuos o grupos, Estados extranjeros y organizaciones supraestatales.

relación jurídica entre particulares (puede establecerse la relación entre sujetos privados y Estados extranjeros u organizaciones supraestatales de Derecho Público), respecto de la cuestión de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, pero en cuya hipótesis siempre ha de tratarse de una relación jurídica material establecida entre sujetos privados. E incluso, desde otra conceptualización asimismo debida a Robert ALEXY, puede leerse con más claridad: "los derechos a protección son derechos subjetivos constitucionales ante el Estado para que este realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen por objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía, así como también la imposibilidad y la imposición de esta demarcación"[968].

6.6. La distinción llevada a cabo por la teoría de los deberes de protección, en cuanto a las funciones a desarrollar por los Derechos Fundamentales.

El objetivo principal del imperativo de tutela o deber de protección dentro de la esfera las relaciones jurídicas entre particulares es, como hemos visto, la garantía de los bienes jurídicos-fundamentales frente a intervenciones fácticas llevadas a cabo por parte de otros sujetos de Derecho Privado (ocasionalmente de Derecho Público), y de asegurar su efectiva capacidad funcional[969].

Desde la teoría de los deberes de protección, es considerada necesaria, a efectos dogmáticos, en la medida que terminamos de aludir, realizar la diferenciación entre Derechos Fundamentales, atendida sea su condición de prohibiciones de injerencia en lo referido a los poderes estatales, y Derechos Fundamentales comprendidos como deberes de protección (*Schutzpflichten*) o mandatos de tutela, los cuales, de entrada,

[968] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 436.

[969] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…, op. cit.*, p. 108.

y diversamente de la prohibición de intervención, no requerida de fundamentación alguna, presuponen, por el contrario, algún tipo de justificación específica[970]. En efecto, adicionalmente a la función clásica de defensa frente a las intervenciones arbitrarias del poder estatal en la garantía de un ámbito de libertad al ciudadano, se derivan de las disposiciones constitucionales consagradoras de los Derechos Fundamentales, mandatos de tutela dirigidos a los poderes públicos, los cuales comportan, cuando menos, la protección de niveles mínimos de eficacia de los derechos subjetivos constitucionalizados y necesarios para el disfrute por su titular, fortaleciendo la garantía del Derecho Fundamental concernido en el caso[971].

Realmente, de partida, un imperativo de tutela solo es a considerar, dice Claus–Wilhelm CANARIS, si el correspondiente Derecho Fundamental fuera verdaderamente aplicable en la hipótesis normativa, previamente averiguada la cuestión acerca de la existencia de un mandato de protección; evidencia, sostiene el autor, que no siempre constituye una trivialidad, sino más bien de lo deseado, da lugar a frecuentes controversias, por lo cual ha de actuarse con cautela para estar prevenidos frente a falsos frentes argumentativos conducentes, de forma cada vez más frecuente, a una hipertrofia ponderativa, de modo que solo después de una respuesta afirmativa a la aplicabilidad en el caso del Derecho Fundamental correspondiente, podrá ser tratada verdaderamente la pregunta acerca de la existencia de un deber de protección[972].

---

[970] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…, op. cit.*, p. 104.

[971] Joaquín DE SOUSA RIBEIRO, "Constitucionalização do Direito Civil", en *Boletim da Facultade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIV, 1998, p. 742.

[972] Walter LEISNER, citado por Claus–Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht…, op. cit.*, p. 106. Y es que para este último autor, un criterio elemental a los efectos del reconocimiento del deber de protección, debe residenciarse en una necesidad poderosa de garantía del Derecho Fundamental en causa, y se trata, en primera línea, de los fundamentos fácticos del bien asegurado por el Derecho Fundamental y no de su

Considerados desde la perspectiva de la función a desarrollar, hay una clara diferencia entre los Derechos Fundamentales entendidos como derechos a protección y los Derechos Fundamentales en su dimensión de derechos de defensa. Así, desde su consideración de derechos a protección, postulan de los poderes públicos un hacer positivo, sea de carácter normativo, sea de orden fáctico, al efecto de la garantía del Derecho Fundamental de un particular frente a vulneraciones genuinas o altamente potenciales producidas por medio de acciones imputables a otros sujetos privados; función tuitiva de los Derechos Fundamentales frente a las injerencias privadas adquisitiva de una gran importancia actual, pues se vulnera, justamente, cuando hay una omisión de disciplina regulativa por parte de los poderes estatales[973]. Desde la perspectiva de su vertiente como derechos de defensa, exigen del Estado una acción negativa, una abstención; esto es, implican la obligación de los poderes públicos al mantenimiento de un comportamiento omisivo por su parte, en el sentido de abstenerse de cualquier intervención arbitraria o injustificada dentro del ámbito protegido por el Derecho Fundamental[974], dimensión que por no pocos autores sigue recibiendo la consideración de la función clásica a desarrollar por los Derechos

dimensión jurídica, lo que puede ser reconocido, sobre todo, ante intervenciones ilícitas, en el ámbito de las intervenciones físicas en la vida, en la salud, en la libertad de circulación y en la propiedad (así Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…, op. cit.*, pp. 139-141)**;** aunque la doctrina constitucionalista se muestra menos exigente. Además de los criterios de ofensa ilícita, de peligro y de dependencia, acude Claus–Wilhelm CANARIS a otros criterios justificativos de la existencia de un deber de protección, como son la naturaleza y la jerarquía del bien jurídico–constitucionalmente tutelado (empleado en ocasiones por la jurisprudencia constitucional), el peso de la intervención y la intensidad de la amenaza, así como la posibilidad de una eficiente autoprotección del Derecho Fundamental, del peso, de los intereses y de los Derechos Fundamentales en su caso contrapuestos, *ibídem*, pp. 113-114.

973 Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 160.

974 João José NUNES ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas a os Direitos fundamentais*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1990, pp. 96 y ss.

Fundamentales por "tradición, perfección formal y normatividad"[975], (como podemos observar, matiza bien acerca de ello).

La diferencia dogmática de los dos aspectos del efecto de los Derechos Fundamentales viene caracterizada, esencialmente, por la cuestión de que el Estado, *prima facie*, se encuentra obligado a abstenerse de una intervención ilegal y, por lo tanto, esa función de las Derechos Fundamentales es obvia, mientras para el supuesto de producirse denegación –es decir, de una renuncia a cumplir con el deber de protección– existe un importante número de alternativas constitucionales a disposición[976]. En el primer supuesto, simplemente es necesario suprimir el acto ilegal, mientras para el segundo caso, no se pueden definir detalladamente todos los procedimientos jurídicos a seguir[977]. Efectivamente, esto es verdad, pero no significa ello admitir la posibilidad de un Legislador quedado en inactividad de evidenciarse una escasez de medidas en orden a regular el deber de protección, pues el hecho de que con medios equivalentemente protectores se le permita la elección entre los mismos, no tiene influencia en la intensidad de la tutela, a mantenerse con unos o con otros[978].

Además, parece muy poco viable la asimetría denunciada por los críticos acerca de la intensidad del efecto del Derecho Fundamental a protección que, preferentemente, proporcionaría ventaja a quien interviene en el área del otro, pues el primero se podría defender mediante el derecho de defensa frente al Estado, mientras el perjudicado desde el punto de vista de la función de la normativa del deber de protección solo se podría apoyar en la tutela eventualmente de menor

[975] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 155.

[976] Gertrude LÜBBE–WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte…*, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

[977] *Ibídem,* pp. 40 y ss.

[978] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 381.

alcance establecida por parte del Legislador[979]. Esto sería aún más evidente teniendo en cuenta que la relación jurídica entre personas privadas ha de caracterizarse por el hecho de que todos los implicados deben formar parte de la misma manera en la protección de los Derechos Fundamentales, tal y como postulan los defensores de la teoría del efecto directo en las relaciones intersubjetivas[980]. Un aspecto contrapuesto a la diferenciación entre la perspectiva del Derecho de defensa o de protección respecto a su medida, porque muchas veces pueden interpretarse las mismas circunstancias tanto bajo el aspecto de la defensa frente a la intervención, e igualmente mediante la consideración del deber de protección. Por lo tanto, carece de fundamento si en una serie de decisiones no se diferencian las dos dimensiones claramente, sin poder reprochar de ello a una ponderación insuficiente. Al fin y al cabo, también se ha concluido, tampoco es factible desligar nítidamente con frecuencia, por la propia naturaleza de las cosas, el aspecto de defensa y el de protección en el caso del derecho contractual[981].

6.7. Primacía del Legislador en orden al cumplimiento del deber de protección: diversidad de medios a su disposición para desarrollar tal tarea.

Claus–Wilhelm CANARIS y el resto de autores defensores de la teoría, atribuyen al Legislador ordinario la tarea de conformar un "ordenamiento iusfundamentalmente adecuado a las relaciones de Derecho privado", en tanto únicamente de esta forma quedará garantizada "la autonomía privada y la seguridad y predictibilidad jurídicas"[982]. De esta guisa, dentro de la esfera del Derecho Privado actúa

[979] *Ibídem*, p. 381.

[980] *Ibídem*, p. 381.

[981] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 383.

[982] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 230.

la función de protección de los Derechos Fundamentales, y, de tal modo, en primer término, el Poder Legislativo ha de cumplir ese deber inmediatamente a través de una producción normativa de conformidad con "los Derechos Fundamentales, mientras que, por regla general, para el juez actúa solo de modo mediatizado a través del Derecho legislado, que viene obligado a aplicar en las relaciones jurídicas privadas"[983].

De acuerdo a lo sostenido por el Tribunal Constitucional Federal alemán, aun cuando el resto de los poderes del Estado, particularmente el Poder judicial, intervienen para hacer efectivo el deber de protección, sin embargo, la decisión acerca de cómo el Estado debe cumplir con ese deber corresponde, básicamente, y desde luego en primer lugar, al Legislador, mediante la producción de normas jurídicas delimitadoras del ámbito de protección del respectivo Derecho Fundamental[984]. En todo caso, de acuerdo con la teoría de los deberes de protección, los individuos no van a encontrarse directamente vinculados a los Derechos Fundamentales en la regulación de sus relaciones jurídicas por medio del Derecho Privado. Sin embargo, cuando esas relaciones jurídicas concluyen abriendo un litigio planteado ante la jurisdicción, la solución pasa por una composición del conflicto a través de la interpretación valorativa de las normas constitucionales, como consecuencia de la vinculación inmediata del Poder judicial a los Derechos Fundamentales. Ante ello, la pregunta a formular ya desde estos momentos, viene determinada por saber cuál es la hipotética ventaja de esta construcción teórica, al defender, de un lado, la inexistencia de una vinculación inmediata de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales, y postular, de otra parte, que la vinculación de los actos desarrollados en el

[983] Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…*, *op. cit.*, p. 1579.

[984] BVerfGE 46, 160. El Estado satisface ese deber de protección principalmente por la vía legislativa, mantiene Paul KIRCHHOF, citado por María Venegas Grau, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomia privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 150.

ejercicio de la autonomía privada a esos Derechos es establecida a cargo de la jurisdicción de un modo mediato, lo cual supone, de facto, una limitación de la libertad de acción en la medida en la cual el sujeto privado procurará obedecer las exigencias de los Derechos Fundamentales a la hora de formalizar el negocio jurídico[985]. Al mismo tiempo, también cabe preguntarse cuál es el auténtico valor del margen privado de configuración autónoma de las relaciones intersubjetivas en un Estado de Derecho, toda vez esa hechura puede en todo momento cuestionarse mediante el planteamiento de un conflicto jurisdiccional.

Con todo, cuando el Legislador ha omitido el deber de protección o ha elaborado leyes amenazadoramente lesivas de los Derechos Fundamentales, se producirá una potenciación de la obligación de protección a desarrollar por los órganos judiciales, pues, dada la hipótesis de leyes deficientes, estos deberán llevar a cabo una interpretación conforme a la Constitución, todo ello, naturalmente, en el marco de la teoría del deber de protección, la cual es considerada aun llegando esta hipótesis, la construcción más adecuada al objeto de dar solución a la problemática de la eficacia de los Derechos Fundamentales para el orden jurídico-privado[986]. Porque, para los supuestos de omisión legislativa, Claus–Wilhelm CANARIS ve un vicio de inconstitucionalidad, y parece encaminarse hacia la dirección de buscar la solución en la inconstitucionalidad por omisión[987], mientras si es el órgano judicial el inobservador los Derechos Fundamentales de las partes, produciría una

[985] Uwe DIEDERICHSEN, "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 198, 1998, Heft. 2/3, p. 205.

[986] Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…*, *op. cit.*, pp. 1633 y ss.

[987] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 229.

lesión de estos por omisión, cara al cumplimiento del deber de protección que le incumbe[988].

Sin embargo, Eckart KLEIN, a partir del énfasis puesto por esta construcción en la primacía del Legislador al objeto de desarrollar el deber de protección, sostiene que, cuando este último, a juicio del órgano judicial, ha descuidado indebidamente "el deber fundamental de protección en la regulación de las relaciones de Derecho Privado", la jurisdicción ordinaria "no puede recurrir directamente a los Derechos Fundamentales, y, con base en ellos, admitir o rechazar la pretensión del demandante; el artículo 100 de la GG se lo impide. Solamente el Tribunal Constitucional Federal es competente frente al Legislador (de Derecho Privado) y dispone de potestad a fin de confirmar el incumplimiento del deber de protección y, con ello, la defectuosa garantía de los bienes iusfundamentalmente protegidos, de estricta observancia en el ordenamiento jurídico privado"[989]. Postura esta última análoga a la bosquejada por Stefan OETER, quien asimismo expresa para los supuestos de incumplimiento a cargo del Legislador ordinario del deber de protección, la no correspondencia al juez de la función integradora ese vacío normativo sino su deber de acudir directamente a la jurisdicción constitucional, quien tampoco se ocupará de colmar la laguna existente, pero, dado su monopolio de recusación de normas con rango de Ley, estará autorizada a la finalidad de apelar al Legislador para que colme él la laguna o perfeccione las deficiencias legislativas detectadas[990].

---

[988] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 225 y ss. En el mismo sentido, Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…*, *op. cit.*, pp. 1571 y ss.

[989] Eckart KLEIN, "Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 27, 1989, p. 640.

[990] Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 549 y ss.

En fin, de modo más coherente con toda la construcción dogmática de la teoría, Peter KRAUSE plantea que sean los órganos judiciales los encargados de colmar directamente las lagunas del ordenamiento jurídico de Derecho Privado, acudiendo para ello a los principios valorativos extraídos del fondo material axiológico-valorativo de los Derechos Fundamentales[991]. Posición, la terminada de referir, coincidente básicamente con la abogada por Matthias RÜFNER, al avalorar la amplitud de espacio para la decisión, sobre todo, cuando el Legislador no ha concretizado las medidas protectoras o lo ha hecho deficientemente[992]. En sintonía con lo anterior, también respalda que la tarea de velar por el cumplimiento del deber de protección recae, en tales supuestos, esencialmente sobre los órganos de la jurisdicción ordinaria, por converger los jueces ordinarios "especialmente comprometidos a resolver las controversias para las cuales son competentes, de conformidad con esos Derechos (Fundamentales). Como también expresa, ello deriva del especial deber de protección que todos los poderes públicos están obligados a desarrollar a partir del carácter objetivo de los Derechos Fundamentales"; y en lo atañente a la postura del Tribunal Constitucional Federal, solo intervendrá en los escasos supuestos de violaciones flagrantes de los Derechos Fundamentales por déficits de protección a cargo del Poder judicial[993], aplicándose el principio de

[991] Peter KRAUSE, "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zum Privatrecht – Teil 1", en *Juristen Zeitung*, 39, Heft. 14, 1984, p. 661.

[992] Matthias RÜFNER, "Grundrechtsadressaten", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. V, 2ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, p. 559.

[993] Matthias RÜFNER, "Grundrechtsadressaten…", *loc. cit.* en *op. cit.* pp. 560-561.

proporcionalidad a todas las específicas conductas o "medios *prima facie* ordenados, que favorezcan la realización del derecho a protección"[994].

Asimismo, el deber de protección a cargo del Estado, tiene a disposición medios de carácter diversificado para su debida observancia, con independencia de cuál sea la naturaleza, a propósito de dar cumplimiento adecuadamente a ese mandato de tutela, con el fin de conseguir el grado de protección iusfundamental suficiente; la normas protectoras pueden ser de Derecho Civil y Derecho Procesal civil, o bien normas de Derecho Penal y derecho procesal penal, normas de Derecho del Trabajo y de Derecho procesal laboral, normas de Derecho administrativo y de Procedimiento administrativo, y están autorizadas acciones de policía preventivas y represivas, prestaciones y acciones jurisdiccionales especiales, así como actuaciones fácticas muy diversas[995]. El aludido amplio margen de discrecionalidad de configuración puesto a disposición de los poderes públicos para la elección de medios adecuados a los efectos de dar complimiento al deber de protección, especialmente por parte del Legislador dado su carácter de primer encargado a fin de patrocinar dicho deber, corolario de su legitimidad inmediata (a través de la definición y la transposición normativas que bajo su propia responsabilidad entienda convenientes y efectivas para garantizar una protección eficiente) reforzado por la naturaleza pública de su actividad, ha sido considerado en varias decisiones por el Tribunal Constitucional Federal alemán; si bien también apercibe, en orden al desarrollo de esa función, que los órganos estatales están sujetos a ciertos límites, obviamente, incluido el propio Legislador a la hora del ejercicio de esa su libertad constitutiva[996]. La sujeción de

[994] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 162.

[995] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 212.

[996] A modo de ejemplo, BVerfGE, 77, 170, (214), y 88, 203, (262). Asimismo, Georg HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit…*, *op. cit.*, p. 57. Y Peter

todos los poderes a la Constitución como deber indiscutible y apremiante, reputa mediante sus testimonios nuestro Tribunal Constitucional, no solo posibilita concluir la "obligación del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al Legislador, quien recibe de los Derechos fundamentales <<los impulsos y las líneas directivas>>, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa"[997].

Y por citar alguna otra resolución delo Tribunal Constitucional español acomodada al mismo curso, nos referiremos a su afirmación de que, partiendo de la significación adquirida por los Derechos Fundamentales dentro del orden constitucional, es imposición para los poderes públicos "el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivizados y formalizados en el ordenamiento, reconociendo, en su caso, las titularidades y las obligaciones subjetivas que repute a tal fin necesarias"[998]. Exigencia, esta última, la de llegar incluso al reconocimiento de obligaciones subjetivas, que ya había sido identificada por el Alto tribunal español a través de su jurisprudencia previa, semejante la cual, se insistía precisamente acerca del especial compromiso del Legislador de tutelar los Derechos Fundamentales, no solo por el hecho de informar todo el ordenamiento jurídico, sino también por erigirse "en componentes estructurales básicos del mismo, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por

UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen…*, *op. cit.*, pp. 83-84. Sobre la amplia discrecionalidad del poder ejecutivo, BVerfGE 49, 89, (137).

[997] STC 53/1985, de 11 de abril.

[998] STC 136/1996, de 23 de julio.

decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política". A partir de este prominente significante agenciado por estos Derechos "dentro del orden constitucional, impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivizados y formalizados en el ordenamiento, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que repute a tal fin necesarias"[999].

6.8. Recapitulación: la fundamentación, en sentido amplio, de la teoría del deber de protección estatal.

El deber de protección a cargo del Estado quedaría sin realizar, para esta teoría, si únicamente pretendiera cumplirse a partir, estrictamente, de los mandatos establecidos de forma explícita por el texto constitucional. Así, ya lo hemos anotado, el Estado es el destinatario de los Derechos Fundamentales como derechos a protección, pero se sostiene que estamos ante un deber de carácter más general, dimanante del principio estructural del Estado de Derecho así como del pertinente monopolio estatal de la coerción y de la violencia física legítima, habida cuenta la manca de legitimidad de los sujetos privados, excepto en situaciones excepcionales jurídicamente delimitadas, para protegerse de manera directa frente a las vulneraciones afectantes a sus Derechos Fundamentales provenientes de otros particulares o Estados extranjeros, únicamente estarán en condiciones de evitarlas o repararlas en el supuesto de que los poderes estatales prohíban, prevengan o repriman tales acciones imputables a aquellos[1000]. Con todo, determinados autores cual es el caso de Ingo Wolfgang SARLET, consideran perfectamente

[999] Así, la STC 129/1989, de 17 de julio.

[1000] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 185-186. También, João José NUNES ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas…, op. cit.*, pp. 96-97. Mientras que Peter UNRUH, considera también que el Tribunal Constitucional Federal alemán presenta apenas estas dos fundamentaciones para los deberes de protección, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen…*, *op. cit.*, pp. 31-37.

legítimo mantener que la vinculación directa de los órganos estatales en el ámbito de los deberes de protección referidos a los Derechos Fundamentales no excluye la posibilidad de vinculación de los particulares asimismo por determinados deberes de protección (obviamente, no estatales), y que en la esfera de las relaciones entre particulares, al menos, no exista una exigencia de respeto y tolerancia respecto de las posiciones iusfundamentales de los demás sujetos de Derechos; con independencia, claro está, de los deberes fundamentales del ciudadano, lo cual, evidentemente, es algo distinto[1001]. Sin perjuicio de todo lo apuntado con prelación, nos parecen demasiado extremas posiciones como la adoptada por Reinhard SINGER, al estimar que el deber estatal de protección se activa, fundamentalmente, para aquellos supuestos en los cuales "la autoprotección privada no es posible o no es aceptable"[1002].

Ahora bien, así como para los supuestos de vulneraciones de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desenvueltas entre sujetos privados, la característica de estas últimas estriba en que la totalidad de los intervinientes tienen de su parte e igual forma, la protección brindada por los enunciados iusfundamentales[1003], pudiendo llegarse a dar lugar al correspondiente conflicto jurídico de estas normas, planteado como un problema de colisión a resolver mediante la pertinente operación ponderativa, contrariamente, por lo concernido a los conflictos surgidos referentes a los derechos de protección, no se está en todos los casos ante la presencia de una colisión de Derechos.

[1001] Ingo Wolfgang SARLET, "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira", en *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 25.

[1002] Reinhard SINGER, "Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sichselbst", en *Juristen Zeitung*, 50, Heft. 23, 1995, p. 1138.

[1003] La relación de privados entre sí Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…, op. cit.*, pp. 139-141; Robert ALEXY, *Teoría de los derechos…*, *op. cit.*, p. 511.

Esta fundamentación del deber de protección a cargo de los poderes públicos en el principio estructural del Estado de Derecho, es la posición, entre otros muchos, de Ingo VON MÜNCH, quien, por ejemplo, mantiene que toda vez en un "Estado de Derecho este posee el monopolio de la violencia, los ciudadanos no pueden defenderse violentamente de las agresiones de otros particulares (excepción hecha de la legítima defensa en Derecho penal), situación ante la cual, el Estado no puede permanecer inactivo observando cómo los Derechos Fundamentales son vulnerados mediante agresiones"[1004], a cargo de terceros, sin que les proporcione la debida protección, justificativa, por demás, de la prohibición del empleo de la violencia para autodefenderse[1005]. Monopolio estatal para el uso de la coerción y la violencia física legítima, según Josef ISENSEE, unido a la función del Estado de asegurar la paz social entre los ciudadanos, que constituye el fundamento del deber general de protección de las posiciones jurídicas iusfundamentales propio del Estado de Derecho[1006], con base en lo cual el poder estatal aparece doblemente obligado cara a la garantía de los Derechos Fundamentales: de una parte, a respetarlos, y, de otra, a protegerles[1007].

[1004] Ingo VON MÜNCH, "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania", en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, edición de Pablo Salvador Coderch, Editorial Cívitas, Madrid, 1997, p. 47.

[1005] Christian CALLIES, *Rechtsstaat und Umwelstaat– Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmenmehrpoliger Verfassungsrechts verhältnise*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2001, p. 441. Para Peter UNRUH, el deber de protección no es cosa distinta de la recuperación de una idea que estuvo presente en los inicios del constitucionalismo, como era la de que los poderes públicos debían desarrollar una función activa en la garantía de los derechos de los ciudadanos, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen…*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

[1006] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 83 y ss.

[1007] Josef ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaat*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin–New York, 1983, pp. 3 y ss.

Los poderes públicos, consecuentemente, tienen el deber de protección del orden objetivo de valores integrante del contenido sustancial de los Derechos Fundamentales, siempre que los mismos resulten vulnerados por la acción de sujetos privados, porque, de lo contrario, la permisión de una conducta lesiva a cargo de ese otro sujeto privado, sería equivalente a una intervención estatal activa en el dominio de ese Derecho vulnerado[1008]. La teoría moderna de los Derechos Fundamentales expresa, de esta manera, que, al objeto de satisfacer los intereses y bienes de la mayor dignidad e importancia en el conjunto del ordenamiento jurídico, los propios Derechos Fundamentales facultan al Estado con la finalidad de llevar a cabo su protección activa en la toda extensión[1009], y de estos deberes de protección proclives a la realización de acciones estatales positivas surgen correlativamente derechos subjetivos a tutela en favor del ciudadano, reforzándose subsecuentemente la realización objetiva de los valores e intereses representados por los Derechos Fundamentales[1010]. E incluso algunos autores, como es el caso de Klaus STERN, dan un paso más, y sostienen que de los deberes estatales de protección dimanan asimismo obligaciones de promoción asimismo favorables para los particulares[1011].

Toda vez hablamos de contenidos concretos, es rehuida mayoritariamente, sin embargo, su fundamentación en el principio estructural del Estado Social. Y es que, el principio del Estado Social,

---

[1008] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 228 y ss. Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…*, *op. cit.*, p. 1573.

[1009] Christian CALLIES, *Rechtsstaat und Umwelstaat…*, *op. cit.*, p. 316.

[1010] Peter UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen…, op. cit.*, p. 63. Hans–Hugo KLEIN, "Die grundrechtliche Schutzpflicht", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994, pp. 489 y ss

[1011] Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…*, *op. cit.*, p. 932.

obliga a los poderes públicos, "ante todo al Legislador, a procurar justicia y seguridad social por medio del reparto material de recursos"; sin embargo, la finalidad perseguida a cargo de "la doctrina de los mandatos de protección consiste, por el contrario, en la garantía y conservación de los bienes jurídicos existentes y no en la mejora de las condiciones de vida en el sentido de los derechos prestacionales"[1012]. Y, registrando la línea seguida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, mantiene Matthias RUFFERT, en resumidas cuentas, el principio del Estado Social no ha servido para razonar los deberes de protección estatal-constitucionales, de ahí que, se mire como se mire, en el contexto de la acción social del Estado, no cabe hablar aún de deberes de protección[1013]. Mas, como mantiene muy acertadamente, sabiendo lo previo, sin embargo, se gana menos de lo que cabe *apriorísticamente* esperar[1014], para proseguir afirmando que la simple asociación terminológica de Estado de Derecho y Estado Social abre, sin lugar a dudas, algunas posibilidades dentro del marco del Estado constitucional, tal y como la incluida, por ejemplo, a través de la formulación del texto de la Ley Fundamental Bonn mediante su artículo 28.1, pues, aun cuando la idea de seguridad en el Estado de Derecho constituya hasta el momento el punto de partida de la teoría de los deberes de protección, es posible haya podido apartarse –al menos parcialmente– de este paradigma histórico-concreto, dadas las exigencias del presente, lo que deberíamos reconsiderar[1015].

La base de los deberes de protección constitucionales son los mandatos de protección expresa y parcialmente consagrados a través del texto de la Constitución, reforzados por la exigencia de seguridad que

[1012] Así, Peter UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen…*, *op. cit.*, p. 49.

[1013] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung…*, *op. cit.*, p. 164.

[1014] *Ibídem*, p. 164.

[1015] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung…*, *op. cit.*, p. 165.

corresponde y es obligatoria para Estado, a la vez que profundizados y ampliados temáticamente por medio de la dimensión ínsita en el contenido de los Derechos Fundamentales al amparo del Derecho objetivo[1016]. No obstante lo cual, cambiando el tercio, si un gran número de ciudadanos no estuviera en condiciones de hacer un uso real de las libertades que les garantiza la Constitución durante el despliegue de sus relaciones jurídicas mutuas, cabe deducir de la naturaleza institucional también contenida por los Derechos Fundamentales un deber del Estado, y combinado con el compromiso del Estado social, un deber de carácter compensatorio, por ejemplo, mediante leyes prohibitivas de comportamientos abusivos en la vida económica[1017].

Es por ello que la argumentación del Tribunal Constitucional Federal alemán, aludiendo a "situaciones de desequilibrio estructural", admite Matthias RUFFERT, insinúa, desde luego, un pensamiento similar[1018]. Por esta razón, "muchos autores" afirman que el *Bundesverfassungsgericht* tiene una visión institucional en este tema, aunque este órgano no recurra expresamente a la expresión garantías institucionales para referirse con la misma al complejo normativo iusfundamental[1019], quizá, se nos ocurre, por razones de evitar equívocos en alguna medida históricos.

De otra parte, es obvio para la mayoría de los autores, que la teoría de los deberes de protección dispone asimismo, como premisas, la configuración de los Derechos Fundamentales en cuanto sistema de valores supremos y la dimensión objetiva de los mismos, presupuestos ya esbozados, conforme hemos indicado, desde la sentencia del caso *Lüth*. Así, la considerada mayoritariamente como la primera sentencia del

[1016] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung...*, *op. cit.* p. 166.

[1017] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung...*, *op. cit.* p. 82.

[1018] *Ibídem*, p. 82.

[1019] *Ibídem*, p. 82.

Tribunal Constitucional Federal alemán –25 de febrero de 1975– que propiamente recoge la teoría del deber de protección, mantuvo el Tribunal de *Karlsruhe* que la norma de Derecho Fundamental garante del Derecho a la vida y a la integridad física (artículo 2.2 de la Ley Fundamental Bonn), conlleva, es evidente, un derecho de defensa, pero incluye de manera correlativa una decisión constitucional de carácter valorativo que comporta un deber estatal de protección[1020]. Y, entre otros pronunciamientos, como por ejemplo la sentencia del caso *Schleyer*, el *Bundesverfassungsgericht* emplearía la expresión "decisión de valor jurídico-objetiva" conectada con el deber de protección[1021]; pronunciamiento este, así como otros posteriores[1022], por medio de los cuales el Tribunal Constitucional Federal alemán daría un paso más, admitiendo la existencia de un derecho subjetivo a protección incluso frente al propio Legislador, posición, esta última, defendida por amplios sectores de la doctrina científica con más o menos precauciones[1023].

El derecho a protección como *status* del ciudadano frente al Estado, parte de que su postulado inicial es la existencia de un riesgo para el derecho de la víctima, puesto que, en cuanto los Derechos Fundamentales se configuran como mandatos de optimización[1024], ello

[1020] BVerfGE 39, 1, (41-42).

[1021] BVerfGE, 46, 160, (164-165).

[1022] Por ejemplo, la BVerfGE 77, 170, (214), entre las más citadas por la literatura jurídica.

[1023] A modo de ejemplos, Peter UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen…*, *op. cit.*, pp. 64-65. En cambio, Josef ISENSEE defiende un derecho por así decirlo "atenuado" frente al Poder legislativo y plenamente eficaz frente a la Administración, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 238-240.

[1024] La tesis de los principios como mandatos de optimización, ha sido construida, básicamente, por Robert ALEXY como ya vimos, y quiere referirse a aquel tipo de normas que exigen la realización de algo "en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes", *Teoría de los derechos…, op. cit.*, p. 86. Ahora bien, al establecerse que la optimización supone lograr la mayor medida posible en la que un principio debe ser cumplido, "es necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario, o con los principios que dan fundamento a reglas que juegan en sentido contrario", Carlos BERNAL PULIDO "La racionalidad de la

entraña la obligación de realizar y salvaguardar un interés determinado en la mayor medida posible dentro del contexto de las posibilidades jurídico-fácticas realmente existentes, e imponen al poder estatal el deber de tutelarlos *prima facie* frente a cualquier tipo de riesgos[1025]. Y no hay necesidad, por ejemplo, de esperar a la consolidación de determinados avances y conocimientos científicos, por ser eventualidades que podrían dejar desamparados determinados Derechos por un indeterminado espacio temporal, pudiendo llegar hipotéticamente a suceder que, llegado el momento de poder dispensar en términos convenientes la protección a desplegar, no se estuviera ya a tiempo de evitar los daños irrogados[1026].

Así las cosas, cuando existan bienes y derechos en conflicto, deberá implementarse el deber de protección simplemente mediante resolución motivada una vez realizada la ponderación pertinente de los Derechos colisionantes[1027]; diagnóstico inicialmente, fácil de hacer, pero cuya operación ponderativa requiere ya, se nos antoja, de un poco más de tiempo de "quirófano". De hecho, el ciudadano tiene derecho, pues, a ser libre mediante la seguridad, función protectora resultante, con toda la inseguridad dogmática dimanante del postulado que conecta a los Derechos Fundamentales con un orden objetivo de valores[1028], de un aspecto subrayado en apoyo a esta tesis, claro está, dimanante de la

---

ponderación", en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2007, p. 60. En consecuencia, la "ponderación representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*", si bien no alcanza a ofrecer ni a garantizar "una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos y todas las posibles incompatibilidades entre las normas que *prima facie* fundamentan", *ibídem*, pp. 60-61.

[1025] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 199.

[1026] Christian CALLIES, *Rechtsstaat und Umwelstaat…*, *op. cit.*, pp. 319 y ss.

[1027] Entre otras, la STC 25/2000, de 31 de enero.

[1028] La primera sentencia que acoge la teoría del deber de protección en Alemania data de 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1, 41).

función del Estado orientada a la tutela de ese valor[1029]. Pero, conforme puntualiza el mismo Josef ISENSEE, a lo que no existe derecho es, precisamente, a "no a ser libre del miedo, en tanto en cuanto, el individuo, no puede reclamar protección frente a su propia histeria", ni el deber de protección debe extenderse, por demás, a meras molestias o incomodidades[1030]. Para decirlo con uno de nuestros autores, es imposible un Estado de ausencia de riesgo, toda vez la contingencia cero se revela inexistente; con lo cual, la tarea primera a desempeñar por los poderes públicos consiste en el acuerdo y decisión acerca del riesgo que resulta inaceptable, y, obviamente, semejante fijación requiere conocimiento y valoración del mismo[1031].

Adicionalmente, estará siempre en el aire el equilibro propio del Estado "*als Grundrechtsstaat*", a recomponer continuamente entre libertad y seguridad, aunque para Josef ISENSEE el dilema termina estribando fundamentalmente en la posibilidad de alcanzar el logro del bien común superando los condicionamientos impuestos por los Derechos Fundamentales, por cuanto el poder estatal solo puede parcialmente, dado el carácter limitado de sus medios, regular o sustituir las prestaciones autónomas derivadas de los Derechos Fundamentales[1032]**.** Y, con esta línea, es con la que enlaza el Auto de 28 de febrero de 2002 del Tribunal Constitucional Federal alemán, mediante el cual declarara la inexistencia por parte del Estado de una obligación de adoptar precauciones frente a simples amenazas hipotéticas. Según los

[1029] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 199 y ss.

[1030] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 223.

[1031] José ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2011, pp. 361-362.

[1032] Josef ISENSEE, "Das Dilemma der Freiheit im Grundrechtsstaat. Grundrechte zwischen Privatwillkür und Gemeinwohlerwartung", en *Festschrift für Martin Heckel zum. 70 Geburtstag,* edición de Karl–Hermann Kästner / Knut Nörr / Klaus Schlaich, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1999, p. 739.

mismos defensores de la existencia de un derecho a protección han puesto de manifiesto, este "no puede conllevar una disminución de la protección de las libertades del individuo frente al Estado"[1033], lo que ha conducido a sectores doctrinales a extremar esta figura, extendiéndola a todo daño o peligro para los Derechos Fundamentales cualesquiera sea su intensidad[1034]. Pero ello implicará, correlativamente, el deber de seguimiento de las medidas adoptadas para la garantía de los Derechos frente a todo tipo de riesgos, ante la propia inseguridad de que algunas protecciones incorporadas resulten desacertadas y terminen por perjudicarlos. Precisamente por esta razón, la problemática de la no disminución de la libertad en ningún caso, viene a ser complicada de sostener, porque el Derecho, realmente, pretende "hacer compatibles la seguridad y la libertad con base en peligros concretos y no en riegos difusos", ahora bien, si ello es así, también es preciso tener en cuenta que "el aumento de seguridad no es gratuito en términos de libertad"[1035].

Pues bien, relativo a esta última toma de posición aludida del Tribunal Constitucional Federal alemán, entre las diversas críticas que también ha merecido, destaca, la muy articulada, aunque no necesariamente compartida por nosotros, debida a Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, a través de la cual son esgrimidos tres argumentos fundamentales: 1º) en primer término, hace referencia a la presencia de una disfunción "jurídico-dogmática", procedente de la propia indeterminación de los principios-valores, que únicamente podrían llegar a concretizarse por medio de un acusado activismo judicial; 2º) como segunda cuestión, nos relata el autor la que denomina disfunción "teórico-estatal", producto del orden total a configurar por los principios-

[1033] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 170.

[1034] Por ejemplo, Christian CALLIES, *Rechtsstaat und Umwelstaat…*, *op. cit.*, pp. 304 y 318, entre otros momentos.

[1035] Wolfgang HOFFMANN–RIEM, "Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Band. 35, 2002, p. 498.

valores, en cuanto constituyen fines a realizar mediante la actividad política, ante lo cual, de admitirse la justiciabilidad del deber de protección, estaría produciéndose con ello, al mismo tiempo, la también justiciabilidad de la acción política, con la correspondiente sobreconstitucionalización aparejada; 3º) referente al tercer aspecto, apunta la que sustantiviza con el nombre de disfunción "teórico-constitucional", considerada la consecuencia lógica de las dos anteriores, esto es, el tránsito de un Estado legislativo a un Estado prototípicamente jurisdiccional[1036].

Con todo, existen diferencias dogmáticas de fundamentación entre la problemática de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares y la teoría de los deberes de protección a cargo del Estado, toda vez la segunda se infiere compatible con la teoría liberal clásica de los Derechos Fundamentales como derechos de defensa a diferencia de cualquiera de las construcciones de la eficacia de las disposiciones iusfundamentales en las relaciones *inter privatos* que, conforme hemos expuesto, no resultan susceptibles de ser fundamentadas con base en esa concepción y devienen, por ende, inconciliables a su asimilación con la teoría unidimensional de los Derechos Fundamentales forjada por los liberales de segunda generación. Sin embargo, a la conclusión de los procedimientos seguidos para la protección, ambas construcciones teóricas garantizan la eficacia

[1036] Ernst–Wolfgang BÖCKENFÖRDE, "Grundrechte als Grundsatznormen…, *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 21 y ss, quien ha llegado a hablar de un "Estado jurisdiccional Pretoriano Constitucional". En sentido similarmente crítico por el paso del Estado legislativo al Estado jurisdiccional, Erhard DENNINGER, "Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot", en *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit, Festschrift für Ernst–Gottfried Mahrenholz*, edición de Herta Däubler–Gmelin / Klaus Kinkel / Hans Meyer / Helmut Simon, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 1994, pp. 567 y ss. Sin embargo, estas objeciones que terminamos de sintetizar, y otras similares, deberían complementarse con las contracríticas que se las han dirigido, entre las que nos permitimos recomendar la debida a Peter LERCHE, "Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung", en *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*, edición de Reinhard Böttcher / Götz Hueck / Burkhard Jähnke, Walter de Gruyter Verlag, Berlin–New York, 1996, pp. 223 y ss.

(protección) de los Derechos Fundamentales de un particular frente a otro u otros sujetos privados. Estamos así en presencia de la semejanza fundamental entre ambas teorías, esto es, la identidad de resultados obtenidos a partir del cumplimiento del deber de los poderes estatales (sobre manera del Poder legislativo y del judicial) al objeto de proteger a los particulares frente a las violaciones o amenazas de vulneración de sus Derechos Fundamentales, dimanantes de por la acción imputable a otros sujetos privados.

De acuerdo es posible constatar, la teorización de los Derechos Fundamentales en su calidad de derechos a protección y la elaboración dogmática de la vinculación de los particulares a estos, mediata o inmediatamente, son construcciones teóricas, sea propugne lo que sea propugnado al respecto, parcialmente convergentes. Sin embargo, tal como hemos venido destacando, existen suficientes diferencias cualitativas para poder concluir que, a la postre, estamos frente a la presencia de dos planteamientos dogmáticos autónomos y diferenciados[1037]. No olvidemos, fundamentalmente, que los deberes de protección vienen inicialmente referidos a relaciones jurídicas que no son intersubjetivas, sino establecidas entre el particular lesionado en su Derecho Fundamental y el Estado, y de este modo los derechos correspondientes se dirigen únicamente frente al segundo, mientras la *Drittwirkung* tiene por objeto, ya lo hemos expresado, el modo y manera de hacer eficaces los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas forjadas entre sujetos no estatales.

[1037] Así, Ingo VON MÜNCH, "Drittwirkung de derechos fundamentales…," *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 49, quien señala que es posible la existencia de otras convergencias y otras diferencias entre ambas construcciones dogmáticas, pero aquí interesa enfatizar que, no obstante las semejanzas, son teorías perfectamente diferenciables.

6.9. Reconocimiento-elaboración jurisprudencial de la construcción dogmática del deber de protección.

6.9.1. La inicial jurisprudencia constitucional alemana sobre la teoría del deber de protección: la "primera sentencia acerca de la interrupción del embarazo", de 25 de febrero de 1975.

6.9.1.1. El argumentario de la Sentencia empleado para el acogimiento y perfilado de la teoría del deber de protección.

La génesis y desenvolvimiento de la teoría de los derechos a protección y el correlativo deber de defensa exigible al Estado como función derivada de los Derechos Fundamentales, ha discurrido, a partir de su inicio, a impulsos fundamentalmente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán[1038].

Partiendo de estos mimbres, se viene considerando que la teoría del deber de protección fue incorporada de manera consciente por la

[1038] Wilhelm HENKE, "Juristische Systematik der Grundrechte", en *Die öffentliche Verwaltung*, Band. 37, 1984, p. 7. Asimismo, subraya que la construcción del deber de protección es de "creación eminentemente jurisprudencial", Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales..., op. cit.*, p. 193, quien hace alusión a la BVerfGE 33, 303, (333) y también a la BVerfGE 35, 79, (114), en las que el Tribunal Constitucional Federal alemán se refiere al deber del Estado de conjurar "protectora y activamente" las lesiones sufridas por las garantías a libertad. Sin embargo, se trataba de ejemplos en los que aquel concurría en su doble dimensión de protector y vulnerador de los Derechos Fundamentales, por lo que habría de esperarse para el acogimiento de la teoría a aquellos supuestos en los que el Estado apareciese solo como protector de los Derechos Fundamentales ante las amenazas que proviniesen de terceros, *ibídem*, p. 194. No obstante lo anterior, Günter Dürig puede ser considerado el precursor de la idea de deber de protección, toda vez hace alusión en sus publicaciones relativas a la eficacia mediata, acerca de la existencia de un deber del Estado de tutelar a los Derechos Fundamentales a través del Derecho Privado, y en tal sentido se manifiesta Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 181, nota 155. Con todo, Günter Dürig considera carente de justificación la contraposición entre derechos de defensa y derechos de protección, habida cuenta que para él la acción positiva de tutela es también una actividad estatal defensiva y no una configuración positiva, ver "Artikel 1", en *Grundgesetz Kommentar*, edición de Theodor Maunz / Günter Dürig / Roman Herzog / Rupert Scholz, C.H. Beck Verlag, München, 1997, pp. 4-5. Critica esta posición Robert ALEXY, por considerar que los derechos de defensa son derechos frente al Estado para que este omita intervenciones, mientras que los derechos a protección son derechos frente al Estado para que este último se encargue de que terceros omitan intervenciones, *Teoria de los derechos..., op. cit.*, pp. 441-442.

jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* (Sala primera) dentro del contexto de la primera ocasión en la que hubo de enfrentarse con el problema de la constitucionalidad de la legislación que recogió la despenalización de la práctica del aborto, realizada por un médico y con el consentimiento de la gestante durante los tres primeros meses (12 semanas) de gestación (sentencia dictada el 25 de febrero de 1975). Sin embargo, para determinados autores, la idea del deber de protección ya había sido puesta de manifiesto a través de decisiones jurisprudenciales anteriores[1039], si bien, la denominada sentencia primera sobre el aborto[1040], suele ser entendida mayoritariamente como la inicial manifestación particularmente clara y consciente de esta teoría del deber de protección (correlativamente, derecho a protección)[1041]. Y es que conforme a la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal alemán desde el pronunciamiento resolutorio del caso *Lüth*, las disposiciones de Derechos Fundamentales, realmente, contienen sí, derechos subjetivos constitucionales de defensa frente al Estado, pero incorporan, al mismo tiempo, un orden de objetivo de valores que irradia sus efectos a todos los sectores del ordenamiento jurídico en cuanto decisión fundamental de Derecho constitucional, y ofrece orientaciones e impulsos para el Legislador, la Administración y la Jurisdicción. El efecto irradiación de los Derechos Fundamentales, hace así su aparición en la

[1039] Así, Klaus STERN, "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. IX, 3ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2011, p. 68. Por su parte, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL recuerda que el Tribunal Constitucional Federal alemán BVerfGE 1, 97, (104), derivó ya una obligación positiva para los poderes públicos, en virtud del artículo 1.1 de la Ley Fundamental, a los efectos de proceder a una "protección contra los ataques a la dignidad humana llevados a cabo por otros", *Derechos fundamentales*..., p. 77; y alude en las páginas posteriores a algunas otras resoluciones en las que merodea la idea del deber de protección, aun cuando reconoce que es en la decisión de 25 de febrero de 1975 en la que el *Bundesverfassungsgericht* se detiene por primera vez a formular y a argumentar ampliamente desde la doctrina del deber de protección, *ibídem,* p. 78.

[1040] Abtreibungsurteil I, BVerfGE 39, 1.

[1041] Este reconocimiento, por ejemplo, en Peter UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen..., op. cit.*, pp. 29-30.

referenciada decisión del caso *Lüth*[1042], y a la postre, fue precisado por medio, principalmente, de la sentencia del caso *Soraya*, concretando el *Bundesverfassungsgericht* la inadecuación de "examinar la interpretación y aplicación del Derecho civil como tal. El orden objetivo de valores contenido en las normas de Derechos Fundamentales de la Constitución influye, sin embargo, en el Derecho Privado; el mismo rige en cuanto decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del Derecho. Por eso, examinará él si las sentencias de los Tribunales civiles se basan en una concepción fundamentalmente injusta del alcance y eficacia de un Derecho Fundamental o si el resultado de la sentencia misma lesiona los Derechos Fundamentales de un interesado"[1043].

Para dictar referenciada resolución sobre la interrupción del embarazo, según el *Bundesverfassungsgericht*, no era inicialmente necesario entrar a resolver el espinoso tema de si el *nasciturus* era o no titular de un Derecho Fundamental, o si, a consecuencia de su falta de capacidad jurídica, se le podía proteger en su derecho a la vida solo en virtud de las normas objetivas de la Constitución; esto es, la determinación de si el Estado resulta constitucionalmente obligado a la protección jurídica de la vida en formación correspondiente al *nasciturus* y, en el supuesto de respuesta afirmativa, en qué medida lo está, puede extraerse de la vertiente de derecho jurídico-objetivo también incorporado por el contenido de los Derechos Fundamentales[1044].

Durante el desarrollo de la sentencia, realmente, el Tribunal Constitucional Federal alemán mantiene que el deber del Estado de proteger la vida de cualquier ser humano, inclusive la del *nasciturus*, deriva directamente del artículo 2, núm. 2, párrafo primero, en conexión

[1042] BVerfGE 7, 198, (207).

[1043] BVerfGE 34, 269, (280).

[1044] BVerfGE 39, 1, (141). En sentido crítico por la escasez de motivación de la sentencia, Peter UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen..., op. cit.*, pp. 31 y ss.

con el artículo 1. núm. 1 (la dignidad Del hombre es intangible, respetarla y protegerla es obligación de todos los poderes públicos) de la Ley Fundamental de Bonn[1045], y es de "considerable envergadura", sin que resulte posible realizar "ninguna distinción entre los estadios específicos de la vida en desarrollo antes del nacimiento o entre la vida nacida o no nacida (vida en gestación)", pues con el término "todos" ha de comprenderse "todo viviente que posee vida humana". De esta forma, vincula el deber de protección con el derecho a la vida humana, y, en segundo término, estima innecesario para la resolución de la *litis* la adopción de una posición clara respecto de la cuestión controvertida de precisar si el *nasciturus* es titular de Derechos Fundamentales o bien si su vida está solo protegida por medio de los principios objetivos de la Constitución, recordando, a tal efecto, su jurisprudencia constante sobre el doble carácter de los Derechos Fundamentales, toda vez estos "contienen no solo derechos defensivos del individuo frente al Estado, sino que, al mismo tiempo, incorporan un orden objetivo de valores que vale como decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del Derecho y proporcionan líneas directivas e impulsos al Legislador, a la Administración y a la Jurisdicción".

En congruencia con lo apuntado *ut supra*, y volviendo sobre el deber de protección, se estaba ante un deber de trascendental importancia, hemos dicho reconoce expresamente el Alto Tribunal alemán, y de él dimana la proscripción de "las intervenciones estatales en la vida en gestación", imponiendo adoptar asimismo al Estado "una postura protectora y activa ante esa vida", por tratarse de un bien jurídico autónomo bajo la protección de la Constitución, lo que le imponía tanto la prohibición de intervención directa en el desarrollo de esa vida, como una actuación protectora y estimuladora de la misma. Obligación del Estado de proteger el desarrollo de esa vida que se impone también frente

[1045] BVerfGE 39, 1, (41).

a la madre, y constituye un mandato que han de "cumplirlo los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico, según su cometido". Por consiguiente, esta exigencia de "protección del Estado debe ser tomada más en serio cuanto más alto sea el rango de los bienes jurídicos amenazados dentro del orden de valores de la GG", y, de este modo, la "vida humana representa, como no requiere de mayores explicaciones, un valor supremo dentro del orden constitucional, esto es, es la base vital de la dignidad humana y condición previa de todos los otros Derechos Fundamentales"[1046]. Por lo tanto, el deber de protección a cargo del Estado, "no solo prohíbe –evidentemente– las injerencias del Estado en la vida que se está gestando, sino que también le ordena que proteja y favorezca esa vida"[1047].

El Tribunal Constitucional Federal alemán mantiene que no cabría la despenalización absoluta del aborto, pues ello significaría la desatención por el Estado del derecho a protección de la vida del *nasciturus*, toda vez que el deber de protección le obliga no solo a abstenerse de lesionar la vida sino a proteger o promover esa vida en formación y desarrollo durante todo el desarrollo de la gestación, lo cual impone, ante todo, la salvaguarda de tal bien jurídico frente a intervenciones ilegales de terceros, incluso frente al libre desarrollo de la personalidad de la propia madre, para cuyos supuestos el Legislador está llamado, en primer lugar, a resolver el conflicto planteado "ponderando los valores fundamentales contrapuestos según la medida del ordenamiento constitucional y de acuerdo con el principio de proporcionalidad"[1048].

[1046] BVerfGE 39, 1, (42).

[1047] BVerfGE 39, 1, (42).

[1048] BVerfGE 39, 1, (47).

Estamos, pues, para el supuesto de la interrupción del embarazo, ante una hipótesis en la cual, los ciudadanos intervienen sobre un bien jurídico que el Estado debe proteger incluso a través del Derecho Penal, en este caso la vida de la criatura no nacida, y no frente a la intervención del Estado acerca del contenido de un bien jurídico por medio de sus órganos. Ahora bien, habida cuenta que sobre el Poder legislativo recae en primer término la obligación constitucional de tutelar el derecho a la vida del *nasciturus*, estableciendo las medidas necesarias para garantizar este bien jurídico elemental, lo que puede hacer también mediante medios distintos de los proporcionados por el Derecho penal, siempre que la totalidad de las medidas aseguren el hecho de la protección del bien jurídico tutelado[1049], el Tribunal Constitucional Federal alemán sostuvo que la despenalización de la interrupción del embarazo, sopesando la relevancia del bien jurídico en cuestión, supone la violación de un deber de protección al cual el Legislador se encuentra vinculado[1050]. O dicho de otro modo, la interrupción del embarazo es un acto antijurídico, respecto del que se admite, no obstante, la posibilidad de exonerar de responsabilidad quien lo realice, de concurrir determinadas circunstancias.

Como consecuencia de lo esbozado, la Ley penal condicionando a un plazo la interrupción del embarazo, suponía que el Legislador no había cumplido con su obligación dimanante del deber de protección[1051]. Se ponía así de relieve la existencia de un deber de protección de la vida del *nasciturus*, como hemos dicho, respecto a la madre e igualmente relativo a terceros, y llegado el caso, el Estado puede implementar incluso

[1049] BVerfGE 39, 1, (44).

[1050] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2004, p. 163.

[1051] BVerfGE 39, 1, (66).

medidas de naturaleza penal al objeto de dar cumplimiento a ese deber, a cuyo fin, el Legislador dispone de un margen de apreciación que el Tribunal Constitucional ha de respetar, pero respecto del cual le recuerda al órgano legislativo, ello no puede significar el otorgamiento de validez a cualquier medida acuñada legislativamente, tratando mediante la misma de entender satisfecha la obligación jurídica dimanante del deber de protección[1052].

6.9.1.2. La disensión en el seno del Tribunal Constitucional Federal, expresada por la magistrada Wiltraut Rupp-Von Brüneck y por el magistrado Helmut Simon.

La sentencia contó con dos votos particulares de los magistrados Emmi Agathe Karola Margarete Wiltraut RUPP-VON BRÜNECK y Helmut SIMON, frecuentemente traídos a debate por los detractores de la teoría. Ambos sostuvieron que la admisión del deber de protección invertía por completo el sentido y la función de los Derechos Fundamentales como derechos de defensa, utilizándolos, a su vez, a modo de instrumentos al servicio de la restricción de la libertad individual. Asimismo, como segunda cuestión, se mantuvo desde la posición disidente, el Tribunal Constitucional Federal alemán había usurpado la función que corresponde desarrollar al Legislador ordinario, al precisar cómo han de protegerse efectivamente algunos Derechos Fundamentales, vulnerando de ese modo el margen de discrecionalidad constitucionalmente atribuido al segundo.

Acertada o desacertadamente, junto con otra serie de críticas recibidas desde fuera, de mayor calado político que técnico-jurídico, sendos votos particulares influyeron, a buen seguro, en la decisión del Tribunal de extremar su actuar con suma cautela referente a sus

[1052] En dos sentencias de 26 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha declarado que el Legislador no había protegido el derecho de propiedad como constitucionalmente era debido.

decisiones posteriores, respecto a la cuestión del eventual reconocimiento de un posible incumplimiento del deber de protección a cargo de los poderes públicos. Prueba de ello, lo muestra el hecho de que sentara luego una renovada doctrina jurisprudencial, a la hora verse abocado a proclamar el incumplimiento del deber de protección, limitándolo a los casos en los cuales el poder público concernido no haya "tomado absolutamente ninguna disposición protectora, cuando resulte evidente que las regulaciones y medidas adoptadas son totalmente inadecuadas o completamente insuficientes para alcanzar el fin de protección"[1053] legítimamente perseguido; con independencia de que, como veremos, el propio Tribunal Constitucional Federal alemán haya ido ampliando de manera paulatina, con el paso del tiempo, ese estrecho ámbito de tutela, de una forma prudente y gradual.

6.9.2. El deber de protección construido desde la premisa del principio de prohibición de insuficiencia (*Untermaßverbot*).

6.9.2.1. El punto de partida, la "segunda sentencia acerca de la interrupción del embarazo", de 28 de mayo de 1993, dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán: líneas esenciales a destacar de su fundamentación jurídica.

La "segunda sentencia sobre el aborto" dictada por el *Bundesverfassungsgericht*, conforme vamos a exponer seguidamente, amplía la construcción jurisprudencial, redondea la evolución y complementa el deber de protección del Estado, incluyendo, sobre todo, el principio de prohibición de "acción insuficiente de protección", desarrollado con carácter previo desde la literatura jurídica.

A partir de esta sentencia, el deber de protección deviene asociado a un imperativo de garantía suficiente, formulado mediante términos negativos, como principio de prohibición de omisión, insuficiencia o

[1053] BVerfGE 77, 170, (215), entre otras.

defecto de protección (*Untermaßverbot*)[1054]. Y es que, a diferencia de una eficacia externa inmediata, no debe examinarse la intervención de terceros con arreglo a la prohibición de exceso de tutela o exceso de restricción (*Übermaßverbot)*, cuyo fundamento se localiza esencialmente en el ámbito de los Derechos Fundamentales[1055], sin perjuicio de que venga desarrollándose, asimismo, como regla de resolución de conflictos en todos los sectores del ordenamiento jurídico, incluido el propio Derecho Privado[1056]. Dicho con otras palabras, el tercero no necesita justificar su comportamiento, antes bien, son los mismos órganos estatales quienes deben observar los deberes de protección conexos a los Derechos Fundamentales, de acuerdo con las exigencias provenientes del deber de proporcionalidad, pero, en todo caso, brindando una tutela nuclear de los bienes vitales básicos afectados[1057].

Esta segunda sentencia acerca de la interrupción del embarazo (de 28 de mayo de 1993), el Tribunal Constitucional Federal alemán[1058], a la

---

[1054] Expresión empleada e inicialmente teorizada, como ya se dijo, por Claus–Wilhelm CANARIS y adoptada después por el Tribunal Constitucional Federal alemán, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 228. Por su parte, reconoce Laura CLÉRICO el escaso desarrollo que afecta aún a este mandato, utilizado por primera vez por el Tribunal Constitucional federal alemán en 1993 con ocasión de la segunda sentencia sobre interrupción del embarazo (BVerfGE 88, 203, (253)), "Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad", en *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan–R. Sieckmann, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 170.

[1055] Sobre esta estrecha conexión, por todas la BVerfGE 81, 310, (338).

[1056] Una panorámica crítica por lo que supone de quiebra de la larga construcción jurisprudencial en el Derecho Privado pacientemente llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria, puede verse en Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 35 y ss.

[1057] Jörg NEUNER, "O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental", en *Constituiç**â**o, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, 3ª ed., edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, p. 234.

[1058] Abtreibungsurteil II, BVerfGE 88, 203. En ella se refiere al deber de protección en los siguientes términos: "*Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, Menschliches Leben zu Schützen. Zum Menschlichen Leben gehört auch das Ungeborene. Auch ihmgebührt der Schutz des Staates. Die Verfassung untersagt nicht nurun mittelbare staatliche Eingriffe in das ungeborene Leben, siegebietet dem Staat auch, sichschützend und fördernd vor*

hora de precisar el alcance de los deberes de protección tanto del *nasciturus* como de la madre, recurre a la aludida concepción de prohibición de insuficiencia[1059], institución previamente teorizada en alguna medida por determinados sectores de la doctrina científica, caso de autores de la categoría de Claus–Wilhelm CANARIS, Josef ISENSEE o Arno SCHERZBERG[1060]. Y lo común la jurisprudencia constitucional acogedora del mandato del *Untermaßverbot*, estriba en el hecho de que la afectación para el contenido del Derecho Fundamental, es constitutiva de una "omisión o una acción estatal insuficiente o defectuosa", debiendo "ser examinada para determinar si se respetó el mandato de prohibición por omisión, defecto o acción insuficiente"[1061].

A juicio de Claus–Wilhelm CANARIS, la función del imperativo de tutela referido a los Derechos Fundamentales, conjugado con la prohibición de insuficiencia, verdaderamente, constituye una categoría dogmática autónoma, y, desde luego, se revela sustancialmente más suave de lo que ha resultado se la categoría conceptual integrada por la función de los Derechos Fundamentales como prohibiciones de intervención ligada con la prohibición de exceso[1062]. De importancia

---

dieses Leben zustellen, d.h. vor allem, esauch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zubewahren […]. Ihren Grund hat diese Schutzpflichtin Art. 1 Abs. 1 GG, der den Staat aus drücklichzur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet; ihr Gegenstand und – von ihm her – ihr Maßwerden durch Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt", BVerfGE 88, 203, 251.

[1059] Peter UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen…, op. cit.*, p. 18.

[1060] Claus–Wilhelm CANARIS, en el citado artículo "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, especialmente p. 228. Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 168. Y Arno SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität" – Das Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetentielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit; im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1989, pp. 208 y ss.

[1061] Laura CLÉRICO, "Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 170-171.

[1062] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…, op. cit.*, pp. 61 y 66.

central para justificar este postulado, no solo es el hecho de venir a referirse a una problemática de omisión del Estado en la que no se trata, estrictamente, de la fundamentación de un deber jurídico de actuar, sino también en la correlativa consideración de la imposibilidad de imposición al Estado, dentro del interior de las omisiones de actuar, de la misma carga de argumentación y de legitimación que en el dominio de las actuaciones de intervención, entre otras razones, porque una protección absolutamente comprensiva de los derechos de los ciudadanos resulta rotundamente insustentable e imposible desde plano netamente fáctico[1063]. Y ello, claro está, con independencia de que para este contexto, esté asimismo plenamente justificada la exigencia, en el estricto cumplimiento del deber de protección, de la obligación de tomar en serio, especialmente a cargo del Derecho Privado, la habitualmente proclamada libertad de conformación del Legislador ordinario[1064].

Posición correspondida, dice Claus–Wilhelm CANARIS, con la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal alemán desde la BVerfGE 39, 1, (44 y ss), y confirmada, con distintos términos, por precedentes posteriores, destacando muy enérgicamente a partir de la BVerfGE 96, 56, (64); de ello asimismo deriva, entiende, que una trasposición sin modificaciones para la concretización de la prohibición de insuficiencia, tomando como referencia el principio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, de conformidad a la medida en que resulta desenvuelto dentro del contexto de la denominada prohibición de exceso, no es a su juicio aceptable[1065], lo cual, al menos en sede doctrinal, no tenemos nosotros por pacífico. Si bien, según es

[1063] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts", en *Juristische Schulung*, 1989, p. 163; *ibídem.*, p. 66. De modo semejante, Eckart KLEIN, "Grundrechtliche Schutzpflichten…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 1639.

[1064] Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit…", *loc. cit.* en *op. cit.* p. 60.

[1065] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…, op. cit.*, p. 68.

evidente, desde los sectores doctrinales partidarios de compartir esa diferenciación, no dejan de reconocerse también en relación con el principio de prohibición de insuficiencia, las consideraciones dimanantes de la proporcionalidad material como criterio a tener en cuenta, pues desempeñan una función relevante, como lo hacen, obviamente, en todas las soluciones de ponderación, dada su condición de método de solución de controversias[1066]. Esta postura por él mantenida, dice Claus–Wilhelm CANARIS, es susceptible de su traducción práctica tanto en el respeto del principio de la autonomía del Derecho Privado como, con carácter fundamental, cara a la salvaguarda del principio de la autonomía privada[1067].

Sin embargo, consideramos más ponderado y adecuado a la actual situación histórico-concreta, el argumentario construido por quienes, a partir del mismo, entienden situada la posición del Estado "entre Escila y Caribdis, esto es, entre una prohibición de exceso (*Übermaßverbot*) y otra de insuficiencia (*Untermaßverbot*), prohibiciones que constituyen las dos caras de la misma moneda: el mandato de proporcionalidad"[1068]; obviamente, el postulado, desde luego, no significa la identidad de ambos imperativos, de manera que el cumplimiento del primero implique la inobservancia del segundo[1069]. Desde el trazado de bisectrices conceptuales parcialmente semejantes, observan con superior agrado la fórmula del *Untermaßverbot*, por ejemplo Oliver KLEIN, así como Andreas VOßKUHLE y Anna-Bettina KAISER, y, principalmente el primero, detalla en términos pormenorizados las posibilidades ofrecidas por la fórmula

[1066] Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 52 y ss.

[1067] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*…, *op. cit.*, p. 68.

[1068] Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales*…, *op. cit.*, p. 163.

[1069] Karl–Eberhard HAIN y Hans–Uwe ERICHSEN, citados por Gabriel Doménech Pascual, *Derechos fundamentales*…, *op. cit.*, p. 163.

para su control judicial, con apoyo siempre en el principio de proporcionalidad[1070].

Para el supuesto que estábamos considerando, el Tribunal Constitucional Federal alemán, partiría de la afirmación referida a la disponibilidad a cargo de la norma constitucional referente a la protección como objetivo a lograr, pero sin establecer la configuración concreta del deber y, por lo tanto, considerará la determinación de la forma y el alcance de "la protección en el supuesto específico", como una competencia correspondiente al Legislador, quien deberá realizar para su cumplimiento la ponderación pertinente de los intereses en conflicto[1071]. Esto es, el Legislador está obligado a respetar las exigencias de la prohibición de insuficiencia, a la hora de la configuración de los deberes de protección estatal, pero la forma y extensión de la protección fue considerada tarea del Legislador, pues la Constitución impone la protección con fin, pero no su conformación concreta. Sus mediadas deben ser adecuadas y eficaces a fin de producir una protección suficiente. Con lo cual, las obligaciones que sean expedidas por este, vienen obligadas al ofrecimiento de "una protección adecuada y eficaz, y deben poder fundamentarse en cuidadosas investigaciones fácticas, así como en valoraciones plausibles"[1072], pues toda vez la "prohibición de protección insuficiente no puede vulnerarse, la configuración de la protección mediante el orden jurídico, debe corresponderse a unas

[1070] Oliver KLEIN, "Das Untermaßverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichterfüllung", en *Juristische Schulung*, 2006, pp. 960 y ss; Andreas VOßKHULE-Anna Bettina KAISER, "Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte", en *Juristische Schulung*, 2011, pp. 411-412

[1071] BVerfGE 88, 203, (254); control por analogía del *Untermaßverbot* con el control de proporcionalidad llevado a cabo del *Übermaßverbot* que sostiene la propia sentencia más arriba citada. Defiende asimismo esta analogía en los controles de ambos principios Erhard DENNINGER, *"Vom Elend des Gesetzgebers zwischen* Übermaßverbot und…", *loc. cit.* en *op. cit.,* pp. 561 y ss.

[1072] BVerfGE 88, 203, (254).

exigencias mínimas"[1073]. Una vez adoptadas las pertinentes medidas protectoras, es obligado verificar sus efectos, de cara a su hipotética revisión, y, en su caso, eventual modificación[1074], pues el Legislador está obligado a "no perder de vista los efectos de su nuevo sistema de protección (deber de observar y corregir)"[1075].

Como hemos indicado, el Poder legislativo dispone, *apriorísticamente*, de un amplio margen de desarrollo referente a la concretización del mandato de tutela o deber de protección en su cualidad de función a desarrollar por los Derechos Fundamentales, con libertad de elección de medios siempre que sean efectivos y suficientes. De cualquier manera, ha de tener en cuenta para ello, la prohibición de insuficiencia actuante a modo de límite constitucional mínimo que no puede rebasar por defecto, adoptando medidas de naturaleza tanto normativa como fáctica capaces de lograr una tutela eficaz y suficiente[1076], dentro naturalmente del respeto de las exigencias dimanantes de la Constitución. Precisamente por esta razón, la más arriba referenciada segunda sentencia sobre la interrupción del embarazo, mantiene el deber de protección como elemento esencial de su *ratio*, y a la vez hace inflexión en las medidas de información y ayuda a la madre sin obviar los derechos del *nasciturus*. Por consiguiente, el *Bundesverfassungsgericht* terminaría por admitir para el caso analizado,

[1073] BVerfGE 88, 203, (254).

[1074] BVerfGE 88, 203, (254).

[1075] BVerfGE 88, 203, (269). Además de este pronunciamiento, acentúan la importancia de la primacía del Legislador en la concreción del deber de protección estatal, esencialmente, las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE 39, 1, (51); BVerfGE 96, 56, (64); BVerfGE 114, 1, (34) y BVerfGE 121, 317, (356); y dentro la literatura jurídica, entre otros autores, ponen especial énfasis en la cuestión, Claus–Wilhelm CANARIS, "*Grundrechtswirkungen* und Verhältnismäßigkeitsprinzip…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 161 y 163; Georg HERMES, "Grundrechtsschutz durch Privatrecht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 1764-1765 y 1767; Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung…*, *op. cit.*, pp. 202 y ss y Jörg IPSEN *"Verfassungsprivatrecht?", en Juristen Zeitung*, 69, Heft. 4, 2014, pp. 157 y ss, especialmente p. 161.

[1076] BVerfGE 88, 203, (261).

que corresponde a la mujer decidir acerca de la interrupción del embarazo, al considerar el derecho de esta a la vida, a su integridad física y al libre desarrollo de su propia personalidad[1077], de condición y peso preferente frente al también derecho a la vida del concebido no nacido. Necesitándose, asimismo, que el establecimiento por el Legislador de la posibilidad de interrupción del embarazo vaya inserto siempre en una regulación encargada de remarcar la diferencia entre el aborto con causa justificada y sin ella, además de prever un asesoramiento para utilidad de la mujer orientado a proteger la vida del no nacido y hacerla desistir, eventualmente, de su intención de abortar. De este modo, a fin de no vulnerar la prohibición de insuficiencia, la determinación de la protección debe corresponderse, al menos, con las razonablemente consideradas exigencias mínimas extraídas del ordenamiento constitucional. Para lo cual, y en este supuesto de hecho, solo se reivindicó que el Derecho infraconstitucional, conjuntamente considerado, ofreciese una protección eficiente, por demás, dejando diversas posibilidades de variación abiertas en cuanto al modo de conformación específica de ese Derecho, y desde la aceptación de que, justamente, es imposible llegar a la absoluta certeza de haber logrado determinar la forma de protección óptima exigible[1078]. Aclararía el Tribunal que no le bastaba al Legislador con la aprobación de la Ley inclusiva de las medidas protectoras, sino que debería estar pendiente de los eventuales déficits o dificultades producidos con su aplicación, a fin de proceder en su caso a corregirlos.

Más recientemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha venido abundando sobre la misma idea, al establecer que en el cumplimiento de las obligaciones de protección de los Derechos

[1077] BVerfGE 88, 203, (254).

[1078] Johannes DIETLEIN, "Das Untermaßverbot…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 131. En sentido contrario, Martin BOROWSKI, para quien el deber de protección, en principio, obliga al Estado a implementar todas las acciones positivas encaminadas a la garantía de los Derechos fundamentales, y la omisión de cualquier acción protectora constituye una intervención en el Derecho, *Grundrechte als Prinzipien*…, *op. cit.*, p. 314.

Fundamentales, el Estado tiene a su disposición "un amplio margen de valoración y configuración". Y es que, contrariamente a lo acontecido "con la perspectiva subjetiva de los Derechos Fundamentales como derechos de defensa del individuo frente al Estado, las obligaciones estatales de protección que derivan de la vertiente objetiva de dichos Derechos tienen contornos potencialmente indefinidos. Corresponde a los órganos estatales, cada uno en su ámbito competencial, decidir cómo ha de prestarse ese deber de protección, lo que también se predica del Derecho a la vida. Ciertamente, con respecto a este concreto bien constitucional, en casos determinados, puede reducirse la mencionada elección de los medios de protección a uno preciso, cuando de otro modo no fuera posible alcanzar una protección efectiva de la vida. Pero la elección de medios solo puede recaer sobre aquellos que sean compatibles con la Constitución"[1079].

A este respecto, de acuerdo a lo mantenido por Gertrude LÜBBE–WOLFF, *prima facie*, para el ámbito del Derecho Civil el problema queda por sí mismo aliviado, toda vez los operadores jurídicos pueden encontrar a su disposición elementos normativos adecuados en los § § 138 y 242 BGB, sin perjuicio de también llegar a la tutela de los ciudadanos, por ejemplo, con cargo a las normas sobre la responsabilidad derivada de actos ilícitos si, realmente, la aspiración se concreta en dar cumplimiento al mínimo constitucionalmente exigido al que, en su caso, solo habrá de rendirse cuentas de conformidad[1080]. Sin embargo, relativo al principio de prohibición de insuficiencia de protección, en sí mismo considerado, entiende no tiene ningún contenido normativo propio, sino que sirve exclusivamente de tapadera para realizar a partir de ahí las

[1079] BVerfG, 1 BvR 357/05, de 15.2.2006.

[1080] Gertrude LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte…, op. cit.*, pp. 175 y ss.

ponderaciones correspondientes[1081]. Con todo, a nuestro juicio, antes de llegar a semejante conclusión, se ha de tratar acerca de la cuestión previa respecto si el Estado debe ceñirse solo a cumplir con requisitos reducidos a su función de protección en sentido mínimo, lo cual ya hemos dicho que en modo alguno tiene por qué ser así.

6.9.2.2. Primacía del Legislador para dar cumplimiento al deber de protección, margen amplio de disponibilidad al efecto, y respeto del principio de reserva de Ley.

En el marco de esa amplia libertad de conformación a la disponibilidad del Legislador ordinario para la realización de la función de los Derechos Fundamentales en su actuar como deberes de protección, puede este, eventualmente, reducir un nivel de garantía ya alcanzado, pero sin rebajar aquel umbral de tutela que resulte constitucionalmente impuesto, pues, de lo contrario, vulneraría la prohibición de insuficiencia, poniéndose de relieve, de algún modo, las flaquezas de esta última[1082]. Ahora bien, el alcance y forma acerca del cumplimiento del deber de protección debe establecerse, *prima facie*, por medio de una Ley parlamentaria (reserva de Parlamento), lo que se adecúa a los principios fijados por la jurisprudencia constitucional alemana, referidos a exigir para los espacios "normativos fundamentales", la obligación del Legislador de corresponderle a "él mismo, adoptar todas las decisiones esenciales"[1083].

Análogamente, la doctrina científica mayoritaria y la jurisprudencia constitucional española, han derivado dos garantías del principio de legalidad, recogido por el artículo 53.1 del texto constitucional, como son

[1081] *Ibídem,* pp. 175 y ss.

[1082] Así lo mantiene Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 120.

[1083] BVerfGE 49, 89, (126-127). En este sentido, entre otros, Eckart KLEIN, "Grundrechtliche Schutzpflichten…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 1638.

la reserva de Ley y el principio de tipicidad. Un precepto, el reseñado, que al establecer un concepto muy amplio, como es el de la regulación del ejercicio de las normas de contenido iusfundamental, incluye "cualquier afectación normativa"[1084] proyectada sobre estas últimas, comprendiendo, pues, las normas destinadas a dar cumplimiento al deber de protección, deviniendo imposible olvidar cómo, a falta de concretización legislativa, los Derechos Fundamentales tienen fuerza directa para la Administración y la Jurisdicción, sin necesidad del oportuno desarrollo legislativo[1085]. La reserva de Ley, dirá nuestro Tribunal Constitucional, pretende asegurar, como garantía esencial del Estado de Derecho de los Derechos Fundamentales, "que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes"[1086], lo cual viene a significar, desde cualquier óptica, una "autoimposición de la comunidad sobre sí misma", y, en último término, "una garantía de la libertad patrimonial y personal de los ciudadanos"[1087], establecida a través de un procedimiento público que la dota de un plus de legitimidad[1088].

Así vistas las cosas, el ejercicio de los Derechos Fundamentales, entre nosotros, debe regularse mediante leyes parlamentarias dotadas en sí mismas de contenido material, e impeditivas, conforme sostenida jurisprudencia constitucional, de una mera "habilitación a la Administración por norma de rango legal vacía de todo contenido

[1084] Javier JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 63.

[1085] Por todas, STC 15/1982, de 23 de abril, y en la doctrina, Javier JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

[1086] STC 83/1984, de 24 de julio.

[1087] ATC 185/1985, de 13 de marzo.

[1088] Luis VILLACORTA MANCEBO, *Reserva de Ley y Constitución,* Editorial Dykinson, Madrid, 1994, *passim.*

material propio"[1089]. En consecuencia, cualquier norma restrictiva de esos enunciados viene obligada a "expresar con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora"; de este modo, aun disponiendo de "un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una Ley", eventualmente, pueden llegar a "vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y en su modo de aplicación"[1090]. De otra parte, cuando los preceptos legislativos presenten dificultades referentes a la concretización de la norma para decidir sobre el caso, nuestro Tribunal Constitucional ha reiterado, siendo numerosas las oportunidades, la necesidad de interpretar la Ley en el sentido más favorable a la efectividad del Derecho Fundamental afectado[1091], entendida esta declaración, naturalmente, en términos de proporcionalidad, y prestando atención a los principios de concordancia práctica y unidad de la Constitución. Es más, varias decisiones jurisprudenciales dictadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán, han obligado al poder legislativo a modificar o suprimir una legislación vigente y plenamente respetuosa con los valores constitucionales al momento de su entrada en vigor, por haber sido

[1089] STC 29/1989, de 6 de febrero, en tanto las remisiones que la Ley haga al reglamento, deben restringir "el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o la Ley", según, entre otras, la más temprana STC 83/1984, de 24 de julio.

[1090] STC 292/2000, de 30 de noviembre; e incidiendo en el principio de seguridad jurídica la STC 36/1991, de 14 de febrero. Reconoce Gabriel DOMÉNECH PASCUAL que, entre nosotros, el mandato de tipicidad "ha sido estudiado y aplicado sobre todo en relación con el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE, lo que no quita que, indiscutiblemente, también rija respecto de los restantes derechos fundamentales", *Derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 190, y la jurisprudencia constitucional allí citada. Asimismo, recuerda que el Convenio de Roma, "responde claramente a esta concepción, al establecer que los derechos humanos no podrán ser objeto de más restricciones que las previstas por la Ley (arts. 2.1, 5.1, 5.3, 7.1, 9.2, y 10.2 CEDH) y que no podrá haber injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de los mismos sino en tanto en cuanto la injerencia esté contemplada por la propia Ley (art. 8.2 CEDH)", *ibídem*, p. 192.

[1091] A modo de ejemplo, las SSTC 14/1982, de 21 de abril, y 87/1999, de 11 de mayo.

desmentida a cargo de los hechos, o bien falle el pronóstico en el que se basara el Legislador, o bien como consecuencia de una alteración de las circunstancias relevantes y concurrentes en el tiempo de su producción y, en su caso, no tenidas en cuenta[1092]; e incluso le ha conminado a fin de observar y revisar "los efectos del Derecho vigente, con inclusión de las experiencias extranjeras"[1093].

Para aquellos supuestos de ausencia de regulación legal o ante las insuficiencias presentadas por esta, la Administración y los órganos del Poder Judicial están llamados, subsidiariamente, ante estos incumplimientos achacables al Legislador, a la adopción de medidas, *prima facie*, capacitadas para ofrecer cobertura a la obligación de observancia del deber de protección. El problema surge cuando la tutela de un Derecho Fundamental da lugar a la restricción del ámbito de protección de otros Derechos Fundamentales que tampoco está prevista por medio de una Ley, en cuyo caso, ha de estarse a lo declarado por la jurisprudencia constitucional, conforme a la cual, en virtud del "principio general de libertad", consagrado por la Constitución "en sus artículos 1.1 y 10.1, se autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas"[1094]; mandato traducido, desde el plano práctico, en la posibilidad para el Ejecutivo y para el Poder Judicial de poder dar cumplimiento al deber de protección de una norma iusfundamental, solo a falta de habilitación legal, y siempre que ello no

[1092] BVerfGE 65, 1, (55), entre otras. En nuestra jurisprudencia constitucional, pueden destacarse las SSTC 6/1983, de 4 de febrero y 66/1991, de 22 de marzo, las cuales se aproximan, en cierta medida, a esta jurisprudencia alemana.

[1093] BVerfGE 90, 145, (194).

[1094] STC 83/1984, de 24 de julio o 197/1996, de 28 de noviembre. No obstante, otra línea más condescendiente es la que deriva de las SSTC 49/1999, de 5 de abril, y 184/2003, de 23 de octubre; aunque, en el medio de ambas, encontramos resoluciones como la 292/2000, de 30 de noviembre, que vuelve a considerar el vaciado de sentido de la reserva de Ley, debido a la actuación restrictiva a cargo de alguno de los otros dos poderes contenida en el artículo 53.1 de la Constitución.

implique la limitación de otros Derechos o bienes constitucionalmente tutelados[1095]. En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha insistido respecto de la necesidad de motivación de las resoluciones administrativas y judiciales, fundamentadas previamente en una Ley, que sean restrictivas de los Derechos Fundamentales[1096]. Incluso, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, también los Derechos Fundamentales garantizados sin reserva pueden ser restringidos desde el momento y en la medida en que ello sea necesario

[1095] Sí admite la intervención de ambos poderes, aun a falta de la deseable intermediación legislativa, Joaquín BRAGE CAMAZANO, *Los límites de los derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 314. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán parece también proclive a su admisión excepcional, mediante una fórmula un tanto genérica e indeterminada, al considerarlas lícitas siempre "que se guardara un adecuado equilibrio en los derechos fundamentales afectados y se contemplaran suficientes precauciones constitucionales y garantías eficaces contra el abuso" BVerfGE 85, 386, (400). Lo cual, se mire como se mire, nos conduce irremediablemente de patas al principio de proporcionalidad y a la condena en tales supuestos del principio de reserva de Ley, y, por demás, a que los ciudadanos alemanes que se sientan perjudicados por la restricción efectuada les quepa aún el recurso de amparo ante la jurisdicción constitucional frente a las omisiones o insuficiencias legislativas.

De otra parte, desde *Karlsruhe* se han dictado en ocasiones disposiciones jurídicas provisionales de alcance general para aquellos supuestos de incumplimiento legislativo, cuyos casos más llamativos son las dos sentencias sobre el aborto con apoyo en lo dispuesto por el parágrafo 35 de su Ley reguladora que le habilita para regular "en el caso concreto la clase y manera de la ejecución" de sus resoluciones, a lo que unió luego el topos del "interés de la claridad jurídica". En este sentido, ¿dónde quedan declaraciones como la contenida en la BVerfGE 49, 89, (127)?, en la que se afirmara que "la decisión normativa de principio a favor o en contra de la admisibilidad jurídica del aprovechamiento de la energía atómica en el ámbito soberano de la República Federal de Alemania, es una decisión fundamental y esencial, en el sentido de la reserva de Ley, a causa de sus extensos efectos sobre los ciudadanos, en especial sobre su esfera de libertad e igualdad y sobre las condiciones generales de vida, y a causa del tipo e intensidad de la regulación necesariamente asociada". En lo que hace al Tribunal Constitucional español, en virtud de lo dispuesto por el artículo 55.1.c de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que le permite adoptar en las sentencias en las que se estime el amparo las medidas apropiadas a fin del restablecimiento y conservación del Derecho Fundamental lesionado, aquel se halla autorizado para establecer, él mismo, las medidas adecuadas tendentes a colmar la laguna correspondiente, algo que ha llevado a cabo en algunas ocasiones por medio de las denominadas sentencias interpretativas y aditivas, comenzando, según creemos, mediante la STC 15/1982, de 23 de abril. Puede verse al efecto el pulcro análisis de Héctor LÓPEZ BOFILL, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, especialmente pp. 265 y ss.

[1096] BVerfGE 90, 145, (194). Por ejemplo, en relación con las primeras, la STC 188/1999 de 25 de octubre, y, respecto de las segundas, la STC 207/1996 de 16 de diciembre.

para la garantía de otros Derechos de este rango[1097], lo cual también vale, por la misma razón, para los Derechos Fundamentales sujetos a reserva de intervención legislativa[1098].

Congruentemente con lo previo, de la dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales va a resultar siempre la garantía de un patrón mínimo de realización del deber de protección que, en el sentido considerado, significará el respeto de una prohibición constitucional de insuficiencia de actuación, vinculante jurídicamente para los órganos estatales[1099]. Ahora bien, teniendo siempre en cuenta el mandato de protección de los Derechos Fundamentales, frente, al menos, la garantía mínima constitucionalmente exigible de los poderes públicos. Es por ello que la legislación, en sí misma considerada, no tenga ninguna función propia en cuanto la Constitución no abra la posibilidad para un diseño legislativo autónomo acerca de la cuestión, en el bien entendido sentido que su función, y de igual manera la obligación de los órganos judiciales de proteger los Derechos Fundamentales es una función propia a partir de la Constitución, al margen de otorgarse al Legislativo primacía y un amplio margen de discrecionalidad a los efectos a dar cumplimiento al deber estatal de protección, pues tales facultades le vienen de la Constitución[1100].

[1097] BVerfGE 30, 173, (193).

[1098] BVerfGE 66, 116, (136). Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 127.

[1099] Jorge REIS NOVAIS, *As restrições dos Direitos fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2ª ed. reimpresión de Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 76-77.

[1100] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 378.

6.9.2.3. El Legislador ordinario, instalado relativamente cómodo entre los principios de prohibición de insuficiencia de protección (*Untermaßverbot*) y de prohibición de exceso de protección (*Übermaßverbot*); para nada "atrapado" entre ambos.

La prohibición de insuficiencia es diferente, claro está, del principio de prohibición de exceso, y tan solo exige del Derecho producido por el Legislador, el ofrecimiento claro, desde una valoración de conjunto, de una protección eficaz del Derecho Fundamental correspondiente. Ahora bien, tal y como se viene considerando, deja abiertas diversas posibilidades respecto del modo acerca de cómo ese Derecho deba ser específicamente concretizado[1101], pues solo cabe como exigencia de los poderes públicos, habida cuenta su amplia libertad de configuración (con contadas excepciones como puede ocurrir con el derecho a la vida cuando existe un medio para la protección efectiva del derecho), la adopción de "medidas que no sean completamente inadecuadas o insuficientes en amparo de los derechos fundamentales"[1102]. A tenor de la fórmula del *Untermaßverbot*, estamos frente a la presencia de una vulneración referida "al cumplimiento de una obligación de protección o de prestación iusfundamental, cuando: a) las reglamentaciones atacadas y las medidas estatales sean inidóneas o defectuosas para alcanzar el fin de protección exigido o queden muy por detrás de lo obligado; b) el poder estatal permanezca totalmente inactivo"[1103].

[1101] BVerfGE 66, 116, (136). Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*..., *op. cit.*, p. 127.

[1102] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos...", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 105, con apoyo en jurisprudencia constitucional allí citada.

[1103] Laura CLÉRICO, "Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto...", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 175, con sustento en varias resoluciones del *Bundesverfassungsgericht*. Por su parte, la BVerfGE 77, 170, (215), considera vulnerado el deber de protección cuando quepa demostrar que el poder público "no ha adoptado medida protectora alguna o cuando las adoptadas son manifiesta y absolutamente inadecuadas o insuficientes para lograr la finalidad de protección".

Por lo cual, el examen de la "prohibición de protección deficiente exige enjuiciar la proporcionalidad de todos los medios posibles", lo cual también sucede si el Estado "ha implementado un medio que favorece el derecho fundamental a protección, y se plantea el interrogante de si ese medio satisface las exigencias de la prohibición de protección deficiente"[1104]. Todo esto goza de validez, a su vez, naturalmente solo para el principio de protección mínima, pero el Legislador tiene las manos libres en cuanto a la asistencia más eficaz a la parte más débil, siempre y cuando no limite el derecho de defensa de la parte contraria.

Junto con un número ingente de autores, distingue Claus–Wilhelm CANARIS asimismo la prohibición de insuficiencia de protección (*Untermaßverbot*) de la prohibición de exceso (*Übermaßverbot*), toda vez la realización a cargo del Estado del deber de protección de los valores integrantes del contenido de los Derechos Fundamentales a través del derecho infraconstitucional, incluido el desarrollo de acciones positivas, de ordinario, no se limita a la concretización del mínimo de garantía constitucionalmente exigido, lo que validaría ya su constitucionalidad[1105], pues este es entendido como un principio orientador a respetarse inexorablemente, pero no como la imposición constitucional de un concreto nivel de tutela mínimo. Y variará en cada caso concreto, consistiendo sintéticamente, desde el plano de la constitucionalidad, en alcanzar un grado de protección suficientemente efectivo a través del correspondiente medio protector adoptado.

Pues bien, atendida la medida conforme a la cual el traspaso de la garantía mínima de protección es legítima en términos constitucionales, el Legislador tutelará los valores reconocidos por los Derechos

[1104] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos…*, *op. cit.*, pp. 174-175.

[1105] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 228.

Fundamentales frente a una vulneración procedente de cualquier sujeto privado a través de acciones positivas específicas, especialmente mediante la producción de leyes adecuadas; sin embargo, este no debe interferir en los Derechos del otro sujeto privado de forma excesiva, provocando, eventualmente, una lesión de sus bienes jurídico-constitucionales (*Übermaßverbot*)[1106], u otros valores comunitarios relevantes, y para ello habrá de prestarse particular atención al respeto del principio de autonomía privada[1107]. Esto es, el Legislador no debe intervenir en superior medida a aquella que sea idónea, adecuada y proporcionada en sentido estricto, y estamos ya situados ante la observancia de las exigencias comportadas por la observancia del principio de proporcionalidad[1108], pudiendo así, en estas condiciones, proseguir alcanzando los correspondientes fines protectores dentro de un amplio margen de posibilidades constitucionalmente legítimas, sin enredarse con ello "en las redes de la prohibición de exceso", a la que también está sometido, pues, al propio tiempo, debe tratar de lograr la intervención mínima del Estado en los entornos iusfundamentales[1109]. E

[1106] Klaus STERN, "Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots", en *Wege und Verfahren des Vesfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, edición de Peter Badura / Rupert Scholz, C.H. Beck Verlag, München, 1993, pp. 165 y ss. Acerca de la actuación y el real surtimiento de efectos del *Übermaßverbot*, entre otras, la BVerfGE 81, 242, (256).

[1107] Claus–Wilhelm CANARIS, "Zur Problematik von Privatrecht und verfassungsrechtlichem Übermaßverbot– Ein Schlußwort zu den vorstehend abgedruckten Erwiderungen von Ramm und Wieser", en *Juristen Zeitung*, 43, Heft 10, 1988, pp. 494 y ss; Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 143 y ss.

[1108] Claus–Wilhelm CANARIS, "Zur Problematik von Privatrecht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 494-497; "Grundrechtswirkungen und Verhalnismäßigkeitsprinzip…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 163. Georg HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit…*, *op. cit.*, pp. 253 y ss. En lo que nosotros conocemos, una de las construcciones dogmáticas más elaboradas del *Übermaß* como principio de rango constitucional, se debe inicialmente a Peter LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München-Bonn, 1961, donde puso de relieve, como ya se apuntó, que la prohibición de exceso tiene su hábitat natural en el Derecho constitucional, desplegando su eficacia normativa principalmente en el ámbito de los Derechos Fundamentales, en especial pp. 61 y ss.

incluso, caso de determinados momentos, puede tratarse de una abstención consistente en el deber de no derogar ni desmejorar una legislación suficientemente protectora[1110], estando contrariamente obligado, a procurar en cualquier caso su perfeccionamiento[1111]. La utilidad de la prohibición de exceso se pone de manifiesto observando su penetración constante en todas las ramas del Derecho positivo, lógicamente motivada por su aptitud de cara la consecución de la justicia del caso, sin perjuicio de que ello no haya sido óbice para criticar su empleo abusivo e injustificado en numerosos supuestos, si bien, atendiendo y respetando su indudable utilidad como "instrumento de igualación y de flexibilidad". De ahí no se haya solicitado en modo alguno su supresión, sino una "mayor ponderación en su aplicación"[1112].

Realmente, el Legislador se mueve dentro del espacio "libre" entre la prohibición de exceso y la prohibición de insuficiencia, y con ello actuar sin violar el deber de protección de los Derechos Fundamentales con un margen suficiente de maniobra, por lo que no es de considerar el lamento por su "asfixia" en una especie de pinza entre ambos[1113]. Ahora bien, podemos llegar a compartir en términos parciales, el cuestionamiento de que la prohibición de insuficiencia, al menos vista su configuración actual, difícilmente se encuentra en disposición de proporcionar criterios determinantes con la finalidad de delimitar el mandato legislativo a cumplir perentoriamente del que no deviene obligado observar y, por demás, tampoco fija una específica concreción del deber requerido al

[1109] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 83 y ss.

[1110] Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 70.

[1111] BVerfGE 49, 89, (144), entre otras.

[1112] Fritz OSSENBÜHL, citado por Winfried Kluth, "Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán", en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 234.

[1113] Un poco menos optimista, Karl–Eberhard HAIN, "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß– und Untermaßverbot?", en *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1993, pp. 982 y ss.

Legislador acerca de lo esperar de ella, en el caso concreto. De hecho, la Constitución impone la protección como resultado, pero no su conformación específica[1114], y quizá no quepa esperarse gran evolución tocante a este aspecto, debido a la propia naturaleza de las cosas. Pero, al propio tiempo, el texto constitucional tampoco fija cuándo se rebasa la prohibición de exceso, lo cual, entendemos, no ha recibido tal grado de intensidad en su cuestionamiento. Habiendo sido, en cada supuesto específicamente considerado, la aplicación necesaria del principio de proporcionalidad la encargada de ofrecer el resultado constitucionalmente adecuado, evitando así, por ende, cualquier finalidad arbitraria, porque, como bien sabemos, la eficiencia sí constituye un criterio graduable[1115].

Solo si el contenido del deber de protección, en estos casos, estuviera enteramente predeterminado por la Constitución, estaríamos ante la hipótesis en la que no cabría función autónoma a desarrollar por el principio de prohibición de insuficiencia, pero tal cosa solo ocurrirá muy raramente, por lo tanto, la realización del deber de protección se verifica, con carácter regla general, de una forma u otra, mediante el auxilio del Derecho infraconstitucional[1116]. En este sentido, la prohibición de protección insuficiente, ha podido definirse como un "criterio estructural para la determinación de los derechos fundamentales, con

[1114] BVerfGE 88, 203, (254 y ss). En este sentido, Johannes DIETLEIN, quien asimismo entiende que para la relación entre el principio de prohibición de exceso y de prohibición de insuficiencia vale lo siguiente: la prohibición de exceso aclara simplemente si el Legislador consigue la finalidad por él establecida a través de medios proporcionales, pero ya no esclarece en qué medida la prosecución de esta finalidad, así como el empleo del medio escogido son constitucionalmente permitidos o exigidos en los términos empleados; de la prohibición de exceso, estima, no resultan, consecuentemente, cualesquiera juicios previos para el control de la prohibición de insuficiencia, "Das Untermaßverbot…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 138 y ss. Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…, op. cit.*, p. 86.

[1115] Claus–Wilhelm CANARIS, "Zur Problematik von Privatrecht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 494-495.

[1116] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 125-126.

cuya aplicación puede establecerse si un acto estatal –por antonomasia una omisión– vulnera un derecho fundamental de protección"[1117].

Frente al "perturbador", el Estado tiene la obligación, relativo a la víctima, de no excederse en las injerencias sobre sus Derechos Fundamentales (*Übermaßverbot*), y asimismo de evitar la disminución de las garantías de estos últimos más allá de lo intolerable (*Untermaßverbot*), situaciones que pudieran venir determinadas por el respeto del contenido esencial del Derecho comprendido conforme a la teoría relativa del mismo, cuya garantía, en último extremo, terminaría reduciéndose de nuevo a la aplicación del principio de proporcionalidad[1118]. Una generalización del empleo del principio de proporcionalidad empleado por la jurisdicción constitucional contemporánea con carácter preferente respecto de la cláusula constitucional explícita relativa a la garantía del contenido esencial, a buen seguro, debido al hecho de que el primero está dotado, sin duda, de una mayor "superioridad racional"[1119]. Todo lo cual configura la reiterada teoría de la regulación triangular, conforme la cual el Estado está colocado en un vértice, en el otro se sitúa el ciudadano al que le corresponde la protección (la víctima), y desde el restante emerge el favorecido por la libertad negativa (el perturbador)[1120].

[1117] Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 799.

[1118] Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 357, entre otros momentos. Asimismo, Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien…*, *op. cit.*, pp. 227 y ss.

[1119] Joaquín BRAGE CAMAZANO, *Los límites a los derechos…*, *op. cit.*, p. 346.

[1120] Christian CALLIESS, "Der Grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechts verhältnis", en *Juristen Zeitung*, 61, Heft. 7, 2006, p. 326 (aunque consideremos, al menos por el momento, que el inspirador de la fórmula triangular es el propio Josef Isensee).

Dentro de este orden de ideas, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha definido en varias oportunidades la prohibición de exceso conforme a unos términos muy similares a los aquí recogidos: "De acuerdo con las exigencias de la <<prohibición de exceso>>, la limitación del Derecho Fundamental que aquí entra en consideración, debe ser idónea para la protección eficaz del bien jurídico. Esta limitación ha de ser además necesaria, lo que no sucederá cuando existan alternativas de actuación más suaves. Finalmente, la limitación debe ser proporcionada en sentido estricto, lo que significa encontrarse en una relación razonable con la importancia y significado del Derecho Fundamental"[1121].

De este modo, las actuaciones de los poderes públicos implicativas de una restricción del contenido de los Derechos Fundamentales, deben producirse a través de un determinado procedimiento tendente a garantizar el logro del justo equilibrio entre todos los intereses presentes, a efectos de lo cual, la jurisprudencia constitucional permite asimismo un amplio margen de decisión[1122], basado en la confianza de su legitimidad y en los buenos conocimientos por parte del Legislador. Y ello, obvio es, a propósito de adoptar las decisiones equilibradas de carácter procedimental que resulten necesarias, útiles y ponderadas, con la finalidad de lograr la tutela adecuada de todos los intereses garantizados *secundum constitutione*.

El procedimiento, a vez, constituye en sí mismo un importante mecanismo de protección activa, frente a los peligros que encierra la potestad de llevar a cabo la ardua y compleja tarea consistente en la

[1121] BVerfGE 67, 157, (173).

[1122] Respecto de cual deberá admitirse que será más amplio cuanto más compleja y abierta resulte la decisión que afecte a la restricción de los Derechos Fundamentales, y más relevantes sean los intereses concurrentes, puesto que, en mayor medida, pueden quedar afectados los primeros, Christian CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltstaat…*, *op. cit.*, pp. 463 y ss.

interpretación de los preceptos constitucionales marcadamente indeterminados, y en la precisión del alcance conferido a los Derechos Fundamentales. A tal efecto, el Tribunal Constitucional español declaró la inconstitucionalidad de un precepto que despenalizaba el aborto en determinados supuestos, porque el Legislador no había establecido ciertas garantías mínimas de procedimiento dirigidas a tutelar la vida del *nasciturus*, contra el peligro comportado por abortos producidos en supuestos distintos de los permitidos por la Ley[1123].

6.9.2.4. Apunte sobre la crítica doctrinal a la que se estima escasa fundamentación del deber estatal de protección por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que da acogida a la teoría del deber de protección, ha sido cuestionada, entre otras razones, desde la consideración de que sus resoluciones, a la hora de fundamentar este deber, lo hacen acudiendo, como primera premisa, al precepto garante de la Dignidad humana intangible, donde vienen considerando doctrina científica y jurisprudencia, puede encontrarse previsto expresamente un deber del Estado de proteger esa Dignidad; y, de otro lado, fundamentando asimismo el deber de protección sobre el orden objetivo de valores subyacente a la Constitución; crítica formulada por los detractores, por así decirlo, de carácter general y de entrada[1124].

Por lo referido al primer fundamento, la protección a otorgar por los poderes estatales a la Dignidad humana, según habitualmente es

[1123] STC 53/1985, de 22 de abril. Igualmente, para la apreciación de un vicio de procedimiento (asunto de las centrales nucleares) puede verse la sentencia alemana de 1979, BVerfGE 53, 30, (65 y ss).

[1124] En esta dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales basa Eckart KLEIN el deber protección, que para el autor forma parte de la personalidad del individuo y le protege de toda amenaza o lesión de sus Derechos Fundamentales, incluidas las provengan de sujetos privados, "Grundrechtliche Schutzpflichten…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 1633 y ss.

entendida a cargo de esas posiciones críticas, no tiene por qué referirse a otros Derechos Fundamentales o ser de idéntica intensidad, sobre manera para aquellos que tienen la naturaleza de derechos de defensa. Tocante al segundo postulado, recibe la consideración de excesivamente abstracto y demasiado nebuloso como para servir a los efectos de una fundamentación jurídica[1125], argumentos críticos que no compartimos, de manera particular, por lo referido al segundo. A juicio de Josef ISENSEE, en atención a lo visto, la *ratio essendi* del deber de protección ha de verse o encontrarse en la función de seguridad a garantizar por el Estado de los Derechos Fundamentales y demás bienes jurídicos del individuo, pues en defecto de este deber por sí mismo considerado, sin su protección la convivencia pacífica correría peligro[1126]. No obstante lo anterior, en otro momento, el propio Josef ISENSEE sintetiza cómo el Tribunal Constitucional Federal alemán ha empleado la teoría del deber de protección, básicamente, relacionado con los supuestos de responsabilidad extracontractual, mientras ha venido esquivando su utilización cuando se ventilaban asuntos respecto de los cuales entraba en liza la libertad contractual, pues, para estos casos, se fallaría siempre conforme a la teoría de la eficacia mediata[1127]; con lo cual, el autor hasta parece tácitamente mostrar su acuerdo con esta última construcción, quedándose en una posición entendemos minoritaria en este punto.

[1125] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 184-186.

[1126] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 156 y ss.

[1127] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 213 y ss.

6.9.2.5. Algunas sentencias paradigmáticas de la jurisprudencia constitucional alemana en las que se acoge la teoría del deber de protección.

6.9.2.5.1. Un par de breves ideas previas.

Desde la sentencia de 1975, oficialmente considerada como la primera en acoger la teoría del deber de protección estatal, buena parte de las posteriores resoluciones dictadas en esta materia, prosiguen haciendo referencia tanto a la problemática de la medida del alcance de la tutela constitucional, como a la cuestión de qué posiciones de Derechos Fundamentales pueden dar lugar a deberes de protección, en fin, a aspectos más específicos con el propósito de ir desarrollando el contenido dogmático de la teoría. Con carácter general, pudiera decirse que la construcción se encuentra bastante consolidada sin perjuicio de que esté siendo ampliada permanentemente en sus diversos aspectos[1128]; pero toda regla, como sabemos, tiene su excepción, y en la Ciencia Jurídica, con cierta frecuencia, las excepciones terminan por convertirse en reglas, mas en este caso no se ha llegado aún hasta tal extremo.

De otra parte, consideramos estar en condiciones de adelantar, una vez examinada bastante jurisprudencia, la existencia, sí, de resoluciones que establecen una referencia relativamente clara en materia de jurisdicción sobre deberes de protección. Pero al lado de las mismas, aunque sea en inferior número, podemos detectar otras cuya adscripción a esta línea jurisprudencial resulta cuando menos dudosa si no descartable, y que se atienen más (incluso alguna totalmente) al concepto tradicional del Tribunal Constitucional Federal alemán referido a los contenidos objetivos de los Derechos Fundamentales, incluido su efecto

[1128] Por ejemplo, BVerfGE 90, 145 (195), y 91, 335 (339).

de irradiación al Derecho Privado, situándose con bastante o total claridad bajo la égida de la teoría de la eficacia mediata.

6.9.2.5.2. La sentencia del caso *Schleyer*.

Una de las sentencias que adquiría pronto relevancia por acoger la teoría del deber de protección fue la sentencia del caso *Schleyer*, de 16 de octubre de 1977; el líder de la patronal *Hanns Martin Schleyer*. Secuestrado por una organización terrorista después de asesinar a su acompañante, esta exigía, para su liberación y no ejecución, el excarcelamiento de once integrantes de la banda, a los que, por añadidura, debía autorizarse el abandono de la República Federal de Alemania. Ante la no cesión por parte del Estado, con la consecuencia del correspondiente asesinato de *Schleyer*, y llegado el caso al Tribunal Constitucional Federal alemán, este trajo a colación la doctrina de la primera sentencia sobre la interrupción del embarazo, a fin de recordar que todos los órganos estatales, cada cual conforme a su cometido, tenían el deber de proteger la vida humana frente a intervenciones ilegales de terceros, conduciéndose conforme a esta especial tarea a fin de tratar de impedir intervenciones ilícitas en un valor superior como el que comporta la vida humana; y considerándose incapaz para establecer el deber de protección en el asunto, un gesto tildado luego de timorato por considerable doctrina científica, para prescribir a los órganos estatales competentes una concreta conducta al respecto, pues identificada una colisión de principios, optar por una u otra solución no era tarea del Poder judicial sino del Ministerio de justicia y de las fuerzas policiales, a quienes correspondería decidir según su propia responsabilidad la elección de unos u otros medios para proteger con eficacia la vida humana, pudiendo quedar reducido a un único medio,

cuando se considere imposible alcanzar la protección mediante el empleo de cualesquiera otro[1129].

De otra parte, se consideró al dilucidar el caso, era también incumbencia del Estado un deber de protección frente a la comunidad de asociados, y constitucionalmente no podía exigirse del primero que prefiriera o relegara a uno de los intereses en conflicto, esto es, el derecho a la vida humana frente al interés general de los riesgos por inseguridad pública y peligro para la vida de terceros que supondría la puesta en libertad de unos terroristas de pésimos antecedentes criminales; de modo que la incolumidad de la vida del secuestrado pondría en peligro la vida de muchas terceras personas. Resumiendo, la *Schleyer–Urteil*, fue la siguiente estación importante de esta línea jurisprudencial, y en ella el *Bundesverfassungsgericht* reiteró lo expuesto en la primera sentencia relativa al aborto, haciendo constar, quizá con más énfasis y posible superior claridad, que el deber de protección estatal es aplicable a todos los órganos del Estado en función de sus mandatos.

5.9.2.5.3. La sentencia acerca de las instalaciones potencialmente peligrosas.

Otro de los pronunciamientos de interés para la comprensión del deber de protección es el referido a las instalaciones potencialmente peligrosas para la vida y salud humanas a llevar a cabo por parte de particulares. Precisamente, el Tribunal Constitucional Federal alemán señaló que, por lo referido a la instalación de centrales nucleares, se revelaba necesario adoptar la decisión a través de una Ley marco (la reserva de ley actúa aquí como expresión del deber de protección) favorable o desfavorable a la libre explotación de la energía nuclear por parte de sujetos privados, sin perjuicio de que también profundizase en el análisis de si la Ley dictada y permisiva de esa posibilidad garantizaba

[1129] BVerfGE 46, 160, (164).

una tutela suficiente de los bienes protegidos en el caso, como son los Derechos fundamentales a la vida y a la salud, y ello con ocasión de aprobarse cualquier instalación en concreto[1130].

El *Bundesverfassungsgericht*, después de recordar el doble carácter de los Derechos Fundamentales, y a partir de la dimensión objetiva de los mismos, mantuvo que, teniendo en cuenta las decisiones valorativas jurídico-objetivas contenidas en la Constitución, "podrían resultar deberes de protección constitucional, que exijan de reglamentaciones por medio de las cuales resulte aminorado el riesgo de lesiones iusfundamentales. Si, cuándo y con cuál contenido se exige constitucionalmente tal creación legislativa, depende del modo, de la proximidad y de la extensión de los riesgos posibles, y de la índole y del rango de los bienes constitucionalmente protegidos en las disposiciones ya existentes". Unos deberes constitucionales de protección que pueden, naturalmente, ordenar la configuración de "las normas jurídicas de tal forma que también se evite el peligro de que se produzcan vulneraciones de los Derechos Fundamentales". De suerte, prosigue, el "Estado cumple con este deber de protección" al hacer "depender el aprovechamiento económico de la energía atómica de una previa autorización estatal, que a su vez depende del cumplimiento de requisitos procedimentales y jurídico-materiales detalladamente regulados", y esta reglamentación, "es por lo general un medio apropiado para la protección de terceros amenazados"[1131]. De hecho, en cuanto al contenido específico del deber de protección, considera la sentencia que el nivel de garantía dispensado por el Legislador deberá estar en función "del tipo de amenaza, de su incidencia y alcance, así como del rango del bien jurídico constitucionalmente protegido y de las normas ya existentes"[1132],

[1130] BVerfGE 49, 89, (126).

[1131] BVerfGE 49, 89, (142).

[1132] BVerfGE 49, 89, (142).

enfrentando así, en una situación que reconoce cargada de incertidumbre, una hipotética operación ponderativa, la forma y proximidad del riesgo a la importancia del bien jurídico tutelado.

Las resoluciones relativas a la fiabilidad en materia del derecho nuclear respecto a las plantas planeadas en *Kalkar* y *Mülheim-Kärlich*, la idea del deber de protección se extiende a peligros a causa de riesgos técnicos, a la resolución sobre armas químicas, a la problemática del almacenamiento de agentes químicos y decisiones sobre ruidos de tráfico, y a los peligros por inmisiones de aviones y/o vehículos de motor, tomando siempre como base la jurisprudencia y las informaciones disponibles relativas a los deberes de protección del Estado, que se cumpliría, considerando suficiente el cumplimiento de las previsiones de Derecho material y de procedimiento por lo referido a avalar la construcción[1133].

6.9.2.5.4. La sentencia sobre el ruido del tráfico aéreo (*Fluglärmentscheidung*).

Concerniente a otra de las sentencias que sobresalen por haber acogido esta perspectiva teórica, nos encontramos con la dictada en el caso del ruido del tráfico aéreo (*Fluglärmentscheidung*), considerada asimismo relevante desde la perspectiva de la distribución de competencias entre el Legislador y la jurisdicción constitucional en el ámbito del deber de protección, afirmando de nuevo la primacía del primero en orden a dar cumplimiento a este deber. Pues bien, el Tribunal Constitucional Federal alemán sostuvo que "el deber de protección inferible del artículo 2.2 GG también comprende el deber de hacer frente a los efectos del ruido aéreo peligrosos para la salud", en cuanto se trata de un "deber estatal positivo de protección y actuación, que solo por la

[1133] BVerfGE 49, 89, (142 y ss)

vía de la interpretación constitucional puede ser deducido de las decisiones valorativas materializadas en los Derechos fundamentales, para ser realizado a través de medidas legislativas positivas". Y al enraizarse con una decisión "que con frecuencia exige compromisos, le corresponde según el principio de división de poderes y el principio democrático al Legislador directamente legitimado por el pueblo, y en general, solo puede ser delimitada por el Tribunal Constitucional Federal en cuanto no estén en peligro bienes jurídicos de mucha significación. Estas ponderaciones entran en consideración cuando no solo se trata de si el Legislador ha lesionado un deber de protección deducible de los Derechos fundamentales, sino si, además, se debate si ha incurrido en esa lesión por medio de la omisión de disposiciones legislativas"[1134].

6.9.2.5.5. La sentencia del agente comercial (*Handelsvertreterentscheidung*).

Por parte de algunos sectores de la doctrina científica alemana, se señala que la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 7 de febrero de 1990[1135], conocida como la del caso del representante de comercio o agente comercial (*Handelsvertreterentscheidung*), es la primera en la que el supremo gendarme de los derechos y libertades en Alemania empleó en su fundamentación jurídica la construcción del deber de protección, con base en la cual declaró la inconstitucionalidad de una norma jurídico-privada, en concreto, el § 90a Abs. 2 S. 2 del *Handelsgesetzbuch* (Código de Comercio Alemán) a tenor del conflicto suscitado con el deber de protección del Derecho Fundamental a la libertad de profesión ante autolimitaciones contractuales[1136]. El Tribunal Constitucional Federal

[1134] BVerfGE 56, 54, (81).

[1135] BVerfGE 81, 242, (252).

[1136] Esta es la opinión mantenida por Georg HERMES, quien sostiene que la aplicación de esta teoría por la jurisprudencia constitucional alemana en el ámbito de las

alemán estimó que las resoluciones de los órganos judiciales ordinarios, en cuanto no le habían prestado el deber de protección suficiente, habían limitado al demandante su Derecho Fundamental a la libertad de elección de profesión u oficio[1137].

Si nos atenemos a la muy matizada síntesis realizada por Matthias RUFFERT[1138], lo que vamos a tratar de efectuar las próximas líneas, en el análisis de la "espectacular" decisión sobre la fianza y la de la resolución sobre el asunto del agente comercial, la asociación a la jurisprudencia previa en materia de deberes de protección resulta, sin embargo, mucho más débil que en pronunciamientos anteriores, es más, parece, estamos plenamente de acuerdo, que se está comenzando a desarrollar una nueva línea de jurisdicción. De entrada, llama la atención que, en estas resoluciones, haya ausencia de citas a los precedentes judiciales dogmáticos que acogen la teoría de los deberes de protección. Es más, ni siquiera se habla explícitamente de los mismos, ya que resulta hasta difícil toparse con el término "protección" en ambas sentencias.

La resolución del agente comercial hace mención a un "mandato constitucional de protección" que correspondería al juez, en el sentido de que este, para los casos de "paridad contractual alterada" causada por las disposiciones de derecho privado, debe encargarse de que se tengan en cuenta las decisiones objetivas constitucionales que garantizan el

relaciones jurídicas privadas se ha llevado a término de modo considerablemente tímido y en términos aislados, "Grundrechtsschutz durch Privatrecht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 1764 y ss.

[1137] BVerfGE 81, 242, (253). En la También sobresaliente sentencia sobre el aval bancario, el Tribunal Constitucional Federal alemán, precisaría en el sentido de que en el tráfico jurídico-privado, las partes, siendo igualmente titulares de los Derechos Fundamentales, persiguen intereses distintos, y a menudo fines opuestos, y toda vez, la totalidad de participantes en el tráfico jurídico-privado merecen la protección del artículo 2.1 de la Constitución, y todos pueden apelar a la protección fundamental de su autonomía privada, ha de evitarse que rija únicamente el Derecho del más fuerte, BVerfGE, 89, 214 (232).

[1138] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung…*, *op. cit.*, pp. 150 y ss.

orden objetivo de valores consagrado por la Norma Fundamental. Por su parte, el pronunciamiento sobre las fianzas, postula que todos los participantes en el tráfico jurídico privado, disfrutan de la protección establecida por el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn. Ahora bien, en la sentencia del agente comercial se hace referencia de las garantías dispensadas por la protección constitucional para compensar paridades contractuales estructurales, así como de las normas de protección establecidas por el ordenamiento jurídico privado, citando un ensayo que, respecto al punto indicado, expone, entre otras cosas, la teoría de los deberes de protección recomendando su ampliación paulatina a una "protección social". De este modo, la referencia a la dimensión de los Derechos Fundamentales de "protección" se limita, con carácter exclusivo, a estas insinuaciones puntuales y hasta crípticas.

Un análisis del ponente de ambas sentencias señala, además, que los deberes constitucionales de protección "incluso podrían desdeñarse" en el contexto del establecimiento de la paridad contractual, ya que, de lo que se trata, es de configurar la autonomía privada garantizada por la Constitución. Los precedentes reseñados recurren más bien a la línea jurisprudencial iniciada con la resolución del caso *Lüth* sobre los efectos de irradiación de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado, deduciendo de la misma barreras para la autonomía privada destinadas a impedir heteronomía en la vida judicial, de ahí que, para su fundamentación, se recurra expresamente más de una vez al principio del Estado Social, aunque no sea a este con carácter exclusivo.

6.9.2.5.6. La sentencia sobre los contratos matrimoniales.

El Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia respecto al § 611a BGB, se refiere de manera expresa a un precedente atribuible a

esta jurisdicción, concretamente a la resolución *Mülheim-Kärlich*[1139]. Según el *Bundesverfassungsgericht*, tratándose de normas para el cumplimiento de deberes constitucionales de protección se vulneraría el Derecho fundamental correspondiente en el caso de que un objetivo de protección quedara "fundamentalmente incumplido" a causa de la ausencia de interpretación y aplicación por parte de los órganos judiciales ordinarios[1140].

El artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn, sigue diciendo el Tribunal, contiene el correspondiente mandato de protección destinado a armonizar, debidamente, las condiciones de vida de los géneros para lograr una tutela eficaz contra discriminaciones[1141]. Desde el punto de vista del *Bundesverfassungsgericht*, esta protección ha quedado totalmente incumplida en el caso concreto del § 611a BGB[1142].

6.9.2.5.7. La sentencia sobre la antena parabólica.

La literatura jurídica destaca, como otra de las decisiones paradigmáticas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las que se acoge la teoría del deber de protección, la sentencia dictada por la Sala Primera el 9 de febrero de 1994, conocida como la *Parabolantennen* (antena parabólica). Este precedente del *Bundesverfassungsgericht* tiene como hecho de fondo la oposición de un arrendador a que el arrendatario instalase una antena parabólica con el propósito de acceder a programas de radio y televisión de su país de origen (Turquía). Los órganos de la jurisdicción ordinaria desestimaron la pretensión del arrendatario

[1139] BVerfGE 89, 276, (286).

[1140] BVerfGE 89, 276, (286); Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung...*, *op. cit.*, pp. 146-147.

[1141] BVerfGE 89, 276, (286).

[1142] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung...*, *op. cit.*, p. 147.

demandante, esgrimiendo, como argumento fundamental, la no pertenencia de la instalación de este tipo de antenas a los usos habituales de las viviendas alquiladas, con apoyo, esencialmente, en lo dispuesto por los §§ 535, 536 y 242 del *Burgerlichesgesetzbuch*. Interpuesto recurso de amparo por el arrendatario ante el Tribunal Constitucional Federal alemán, este órgano entendió que, efectivamente, la legislación civil carecía de disposiciones normativas que regulasen de manera expresa la instalación de antenas parabólicas en viviendas de alquiler. Sin embargo, admitió que la jurisprudencia había venido consintiendo la instalación, con carácter general, de instrumentos de recepción de emisiones, en aplicación de lo dispuesto por los §§ 535, 536 y 242 del BGB, y, en este sentido, "una pretensión de instalación de recepción de emisión puede hacerse valer al amparo de estas disposiciones, en cuya interpretación y aplicación debe tomarse en cuenta el Derecho fundamental a la libertad de información"[1143].

El supremo intérprete de la Ley Fundamental de Bonn, consideró que la jurisdicción civil había desatendido los intereses informativos especiales del demandante, desconociendo con ello su Derecho Fundamental a la libertad de información, por haber omitido el deber de tener en consideración este Derecho Fundamental del recurrente en la interpretación de los considerados preceptos de la legislación civil, sin que existiesen razones para postergar la aplicación del Derecho Fundamental frente a las normas de Derecho Privado, en otras palabras, por haber omitido el deber de protección impuesto por este Derecho Fundamental[1144]. A juicio de Claus–Wilhelm CANARIS, la sentencia se apoya en dos presupuestos básicos: en primer lugar, en la constatación de la existencia de un deber de protección y, en segundo término, en el examen de si, en el caso concernido, la ponderación de los intereses

[1143] BVerfGE 90, 27, (33).

[1144] BVerfGE 90, 27, (34).

contrapuestos es adecuada o, por el contrario, implica la postergación de los de alguna de las partes[1145].

6.9.2.5.8. La sentencia sobre la pensión alimenticia.

A pesar de los antecedentes citados y reconocidos por el autor, Matthias RUFFERT considera que la primera decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán que acoge en puridad y completamente formulada la tesis del deber de protección, mencionándose este último de una manera diáfana con habitualidad, hay que retrasarla hasta la dictada el 6 de febrero de 2001[1146]. Se trata, concretamente, de la sentencia conocida como la de la renuncia a la pensión alimenticia (*Unterhaltsverzicht*).

Por consiguiente, en términos explícitos, la conectividad entre el efecto de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico privado, de una parte, y la jurisdicción sobre deberes de protección, de otra, no se llegó a establecer hasta muy tarde, precisamente en la resolución sobre el control de los contenidos de los contratos matrimoniales relativos a las pensiones alimentos. Luego el cambio de paradigma postulado en la literatura jurídica y, en todo caso, por la jurisdicción constitucional, no se había llevado a cabo nítidamente para

[1145] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 60 y ss.

[1146] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung…*, *op. cit.*, p. 146. No obstante, un gran constructor de la teoría del deber de protección como es Claus–Wilhelm CANARIS, no ha albergado duda alguna acerca de que la decisión de la *Parabolantennen* acoge ya en plenitud la teoría del deber de protección, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 60 y ss. En este caso, y después de examinadas las sentencias, desde nuestra humilde opinión, compartimos más la fijación de postura establecida por Matthias RUFFERT; quizá, eso sí, esté redactada con inferior claridad que la *Parabolantennen*. No es ocioso recordar que cuando se pronuncia Claus–Wilhelm CANARIS en 1999 no había sido dictada, por razones evidentes, este pronunciamiento de 2001, pero también es lo cierto que, en publicaciones posteriores centradas sobre la cuestión o colindantes, tampoco ha rectificado ese su criterio.

el autor reseñado hasta este pronunciamiento[1147]. En él, Tribunal Constitucional Federal alemán estimaría el recurso de amparo planteado, por considerar que los órganos de la jurisdicción ordinaria habían desconocido "el deber de protección (*Schutzpflicht*) derivado del artículo 2 párrafo 1, en concordancia con el artículo 6 párrafo 4, de la Ley Fundamental de Bonn". Según el propio *Bundesverfassungsgericht*, los Derechos Fundamentales "desenvuelven su eficacia en el tráfico jurídico privado como decisiones valorativas constitucionales por medio de las disposiciones que dominan inmediatamente las respectivas ramas del Derecho, así como, sobre todo, a través de las cláusulas generales del Derecho civil (…) En esa medida, también el Estado tiene que proteger los Derechos Fundamentales de los individuos y preservarlos ante lesiones de los demás". Por ello, "es obligado para los Tribunales garantizar esta protección del Derecho Fundamental (*grundrechtlichen Schutz*) a través de la interpretación y aplicación del Derecho y de concretizarle en el caso particular. A estos juicios y ponderaciones sobre las posiciones de Derechos Fundamentales en la relación entre sí, el Tribunal Constitucional Federal puede oponerse, solo si la decisión impugnada manifiesta errores de interpretación que se basan en una concepción injusta sobre el significado de un específico Derecho Fundamental, en especial, sobre el alcance de su ámbito de protección, y que son también de importancia en su significado material para el caso jurídico"[1148].

Por consiguiente, según la doctrina constitucional más reflexiva, este precedente relativo al contrato matrimonial hace claramente referencia a la teoría del deber de protección en su línea evolutiva hasta el presente, observándose solo a partir de ahí muy leves matizaciones que no alteran ni añaden algo verdaderamente a notar, así como más de una decisión que abandona la línea mayoritaria para volver hacia atrás, es

[1147] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung…*, *op. cit.*, p. 147.

[1148] BVerfGE 103, 89.

decir, a la aplicación de la versión clásica de la eficacia mediata[1149]. Pues bien, si nos centramos de nuevo de manera específica en esta última resolución, los Derechos Fundamentales se desarrollan en Derecho Privado en la forma de decisiones sobre valores supremos, en particular sobre las cláusulas generales, porque "el Estado tiene el deber de proteger los Derechos Fundamentales del individuo, salvaguardando a este contra vulneraciones a cargo de terceros". En justicia, esta protección contra los contratos matrimoniales manifiestamente onerosos para una de las partes, es consecuencia, según el *Bundesverfassungsgericht*, de lo expresado por el artículo 2.1, en estrecha conexión con el artículo 6.4 de la Ley Fundamental de Bonn, lo que se refuerza por la conexión sistemática del artículo 6.2 del texto constitucional, dando lugar en el caso a la apreciación de un mandato de tutela del bien perteneciente al niño. El Estado, según el Tribunal Constitucional Federal alemán, estaría obligado a intervenir si un convenio de alimentos acabara, fácticamente, por desposeer a uno de los hijos de los medios para cubrir los gastos de su subsistencia, uno de los padres, al menos, incumpliese la responsabilidad contraída en el convenio.

No obstante al recurso a la teoría de los deberes de protección en la relación básica de los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado, el fallo del 6 de febrero de 2001 sí parece obviar una tendencia en este sentido. Y es que en la medida en que el Tribunal Constitucional acepta, sin embargo, los deberes de protección al amparo de la Constitución, la tutela los mismos por medio del deber de protección parece limitado a determinados Derechos Fundamentales; es más, el Tribunal deduce deberes de protección no solamente de derechos de libertad sino también de derechos de igualdad[1150].

[1149] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung..., op. cit.*, pp. 146-147.

[1150] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung...*, *op. cit.*, p. 148.

6.9.3. Jurisprudencia constitucional (esencial) española sobre el deber de protección.

6.9.3.1. El acogimiento de la tesis del deber de protección estatal de los Derechos Fundamentales: la sentencia de 7 de febrero de 1984.

Por lo referido al Tribunal Constitucional español, sus pronunciamientos acerca de esta teoría, con la excepción a la que luego haremos referencia, han sido valorados como "pobres y esquemáticos"[1151]. En este sentido, la sentencia de 7 de febrero de 1984, sostuvo, a propósito de la eficacia de los Derechos Fundamentales, que en "en un Estado social de derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de los derechos no lo sea en la vida social (…) lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que solo se tienen frente a los poderes públicos (como los del art. 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus respectivas funciones", de ahí que "el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales cuando los poderes públicos han violado tal deber"[1152]. Con lo cual, y de una tacada, desde Doménico Scarlatti se reconoce el deber de protección de los Derechos Fundamentales que incumbe a todos los poderes estatales, y,

[1151] Alexei JULIO ESTRADA, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los Derechos fundamentales", en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007, p. 136.

[1152] STC 18/1984, de 7 de febrero.

de manera implícita, la existencia de un derecho individual subjetivo a protección judicialmente tutelable incluso frente al Legislador[1153].

Asimismo, ese año, el propio Tribunal Constitucional confirmó la existencia de Derechos Fundamentales a la protección penal, declarando que "el legislador penal puede proteger los derechos fundamentales penalmente, y en tal caso, no es posible desconocer que la protección penal forma parte del Derecho Fundamental mismo", por lo que si "se produce, pues, una perturbación del Derecho Fundamental que sea penada por la Ley, hay un derecho del ciudadano a esa protección", y tal derecho es susceptible de "hacerse valer también, en último término, mediante el recurso de amparo constitucional ante este Tribunal"[1154].

En todo caso, la literatura jurídica tiene por la formulación más acabada de la doctrina del deber de protección de cuantas declaraciones ha hecho al efecto el supremo gendarme de nuestros derechos y libertades, la contenida en la sentencia de 11 de abril de 1985. El Tribunal Constitucional, sostuvo que si bien "el *nasciturus* está protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental" a la vida, si "es un bien jurídico constitucionalmente protegido" por el precepto referenciado. Y, el derecho a la vida, "es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico-constitucional", constituyendo "el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible"; si bien, la misma sentencia reconoce al propio tiempo "la relevancia y la significación superior de la Dignidad humana", a la par que el Derecho a la vida, que se encontrarían

[1153] Una dura crítica de la sentencia (y a nuestro modo de ver considerablemente injustificada) entre otras razones, debido al carácter genérico y nebuloso de la argumentación empleada, es la de Jesús GARCÍA TORRES–Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, p. 101.

[1154] STC 71/1984, de 12 de junio.

"indisolublemente relacionados", con lo cual, parece pretender salvar la imposibilidad de choque entre ellos en la práctica, lo cual está abierto a la discutibilidad, aun comprendiendo la corrección inicial de la precomprensión. Pues bien, después de considerar al *nasciturus* como un bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución, insistió en la doctrina del deber de protección de la vida humana y de otros bienes jurídicos constitucionales que le permitieran llevar a cabo el control de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo configurada por el Legislador.

A este respecto, recordaría nuestro Tribunal Constitucional la jurisprudencia previa sobre el doble carácter de los Derechos Fundamentales, y vinculando a la misma el deber de protección, afirmará que estos enunciados incorporan a su contenido "derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales", pero incluyen "también deberes positivos por parte de este", ante lo que, obviamente, la "garantía de su vigencia ha de ser asumida también por el Estado". A partir de ahí, mantiene que "de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano". Tal deber, vincula de forma especial al Poder Legislativo, "quien recibe de los derechos fundamentales <<los impulsos y líneas directivas>>, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa". En este orden de ideas, consideraría el Tribunal Constitucional que el Legislador tiene capacidad para excluir la punibilidad del aborto en determinados supuestos, y si bien "la protección de la vida del *nasciturus* entra en conflicto con otros valores jurídicos y derechos fundamentales", el intérprete constitucional se verá

obligado "a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos"[1155].

Más adelante, podemos observar ciertas referencias al deber de los órganos judiciales ordinarios de garantizar los Derechos Fundamentales, y considera el Tribunal Constitucional que, a partir de la relevancia adquirida por estos dentro del orden constitucional, se "impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivizados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales"[1156]. Y con apoyo de nuevo en la dimensión jurídico-objetiva de los Derechos fundamentales, la Sentencia de 27 de junio de 1990, sostuvo que "el derecho fundamental a la vida (…) como fundamento objetivo del ordenamiento", impone a los "poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho", puesto que "el derecho a la vida" tiene "un contenido de protección positiva"[1157].

[1155] STC 53/1985, de 11 de abril; doctrina reiterada, entre otras, por las SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de julio.

[1156] STC 129/1989, de 17 de julio.

[1157] STC 120/1990, de 27 de junio. En los mismos términos, las SSTC 137/1990 de 19 de julio y 11/1991 de 17 de enero. Por su lado, Alexei JULIO ESTRADA entiende posible comprender en "clave del deber de protección" las SSTC 47/1985; 88/1985; 6/1988; 231/1988, cuando el Tribunal Constitucional reitera que el objeto de control mediante el amparo "en los casos de la imputación judicial de una lesión iusfundamental que ha tenido lugar en las relaciones entre particulares, es la falta de tutela de los derechos fundamentales por parte de las resoluciones impugnadas", *La eficacia de los Derechos Fundamentales…*, *op. cit.*, p. 190.

6.9.3.2. Y…. 12 años después: la teorización del deber de protección estatal por el Tribunal Constitucional español: el ATC 382/1996, de 18 de diciembre.

Así las cosas, doctrinalmente, salvo alguna excepción, no duda acerca de que es el ATC 382/1996, de 18 de diciembre, dónde, por primera vez, el Tribunal Constitucional se pronuncia de modo explícito acerca del deber de protección[1158], siendo el encargado de ofrecer una respuesta clara sobre esta construcción dogmática, sobre el grado de vinculación de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico privado, y, de modo particular, sobre la proyección del deber de protección que corresponde a los órganos judiciales.

El Auto deriva el deber de protección que incumbe a todos los poderes públicos, con patente claridad, del doble carácter de los Derechos fundamentales, por lo que ha merecido el calificativo de auténtico "libro de texto" del reconocimiento de este doble carácter, así como el entendimiento de estar en presencia de una "transposición a la jurisprudencia española de toda la dogmática constitucional alemana sobre el deber de protección". Un deber, cuyo cumplimiento corresponde en primer lugar al Legislador, pero estando también sujetos al mismo los jueces y tribunales ordinarios, sin que en momento alguno seles aliente al efecto de que asuman un rol "más activo en la creación e integración del derecho, colmando, por ejemplo, las posibles lagunas del legislador"[1159]. En consecuencia, la vulneración del deber de protección a cargo del órgano judicial consistente en la interpretación conforme a la

[1158] Y es el que sirve a Alexei JULIO ESTRADA, para propinar otro varapalo a Juan María Bilbao Ubillos, en los siguientes términos: "aunque para Bilbao Ubillos no se trata aquí del deber de protección, sino de la eficacia mediata de los derechos fundamentales a través del juez, tal denominación es consecuencia de un lamentable error en el manejo de la terminología de la moderna dogmática iusfundamental, (cfr. *La eficacia, op. cit.*, pp. 217 y ss., nota 126)", *ibídem*, p. 190, nota núm. 51.

[1159] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 191 y 193.

Constitución del ordenamiento jurídico vigente, es precisamente lo que da lugar a la imputación al órgano judicial de la violación realmente producida en una relación intersubjetiva[1160]. Auto, en fin, del que asimismo se ha dicho, una vez reconocida su importancia y riqueza desde el punto de vista doctrinal, que "se trata de un pronunciamiento aislado", sin que haya "dado lugar al desarrollo de una línea jurisprudencial consistente en la materia"[1161]. En este sentido, toda vez el Tribunal Constitucional español ha asumido la tesis de la imputación judicial al objeto de conocer en amparo lesiones de los Derechos Fundamentales producidas en las relaciones *inter privatos*, basándose en la vinculación inmediata a los Derechos por parte de los poderes públicos, es evidente que tal planteamiento responde a "los presupuestos de la figura del deber de protección"[1162].

Por su reconocida importancia, transcribimos, básicamente, el contenido del Fundamento Jurídico Tercero del Auto que venimos considerando. A este respecto, se pronuncia nuestro Alto Tribunal como sigue: "Vuelve, pues, una vez más, a plantearse ante nosotros una pretendida conculcación de derechos fundamentales suscitada en el seno de las relaciones entre particulares; circunstancia que, naturalmente, no impide el examen de la pretensión de la actora, por más que la Constitución a efectos de su garantía no contemple la vinculación directa de los ciudadanos a los derechos y libertades (art. 53.1 CE), y que en consonancia con ello solo quepa la interposición del recurso de amparo frente a la actuación de los poderes públicos (art. 41.2 LOTC). Cabe recordar a este respecto que los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de

[1160] Alexei JULIO ESTRADA, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 137–138.

[1161] Alexei JULIO ESTRADA, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 138.

[1162] Alexei JULIO ESTRADA, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia…", *loc. cit.* en *op. cit.,* p. 136.

defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico. Como consecuencia de este <<doble carácter>> de los derechos fundamentales (STC 25/81, f.j. 5º), pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos citada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven al fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos (…) Y aunque el deber de protección de los derechos fundamentales se proyecta en primer término y señaladamente sobre el legislativo, ya que, al recibir de ellos <<impulsos y líneas directivas>> encauzadores de su actividad legiferante (STC 53/85, f.j. 4º), ha de encargarse de conformar ab initio todos los sectores del ordenamiento de consonancia con los mismos, no cabe infravalorar el alcance de esta obligación cuando se impone a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva (art. 117.3 CE). De hecho, constitucionalmente se subraya su relevancia desde el momento en que el artículo 53.2 CE, explicita a los Jueces y Tribunales ordinarios. Consiguientemente, respecto de las relaciones entre particulares, y a los efectos del amparo constitucional, únicamente podrá estimarse vulnerado el derecho fundamental en liza cuando se constate que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebidamente el tan reiterado deber de protección. Siendo esta la forma en que se canalizan ante este Tribunal los casos de derechos fundamentales generados en las relaciones entre particulares, resulta imprescindible precisar en qué consiste dicho deber de protección, a fin de calibrar los límites de la jurisdicción de amparo constitucional en estos supuestos. Pues bien, en una primera aproximación a la cuestión es dable sostener que tal obligación se traduce respecto de los órganos

judiciales en la exigencia de que interpreten y apliquen la legislación ordinaria de conformidad con los derechos fundamentales; por lo tanto deben ser necesariamente tomados en consideración de un modo adecuado al resolverse una controversia entre particulares (…) No se trata, por consiguiente, en esta sede, de revisar cualesquiera errores en que los órganos judiciales puedan incurrir al aplicar la legalidad ordinaria, dado que el amparo constitucional no se configura como una última instancia casacional sino, más propiamente, de enjuiciar si, al acometer dicha tarea, han valorado convenientemente el alcance y la eficacia de los derechos involucrados en el caso (…) A los Jueces y Tribunales ordinarios corresponde, sin embargo, en línea de principio, un cierto margen de apreciación a este respecto (SSTC 120/83, ff.jj. 3º y 4º, y 41/84, f.j. 2º), puesto que, como es palmario, el deber de protección dimanante del contenido objetivo de los derechos fundamentales no presenta unos perfiles tan nítidos como para entender que el mismo únicamente pueda ser satisfecho, en cada caso, por una sola fórmula correcta de resolución de las específicas controversias".

6.9.3.3. Referencia a algunos pronunciamientos posteriores al esfuerzo "pedagógico" de 1996, que acogen la tesis del deber de protección.

Concretamente, en el año 1997, el Tribunal Constitucional español estableció como premisas una doctrina que esboza la siguiente línea interpretativa: "como hicimos recientemente en el ATC/1986 -al que hemos de seguir estrechamente, dada la similitud del caso allí resuelto con el que ahora dilucidamos-, los derechos fundamentales, aun cuando continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, de acuerdo con la cual operan como componentes estructurales básicos que deben informar el entero ordenamiento jurídico. Partiendo de este «doble carácter» de los derechos fundamentales (STC 25/1981 fundamento

jurídico 5.), argumentamos en el fundamento jurídico tercero del ATC 382/1996 que, junto a la tradicional vinculación negativa de los poderes públicos a tales derechos, pende además sobre éstos la exigencia genérica de que, «en el ámbito de sus funciones respectivas, coadyuven a fin de que la implantación y el disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, con independencia del concreto sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos (SSTC 53/1985fundamento jurídico 4. y 129/1989, fundamento jurídico 3.)»". A partir de tales premisas, el supremo gendarme de nuestros derechos y libertades recordó que puede entenderse vulnerado uno de los Derechos Fundamentales cuando "se aprecie que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebidamente el tan reiterado deber de protección, aun frente a agresiones procedentes de particulares". Sin embargo, en el caso concernido concluye que "los órganos judiciales no soslayaron su deber de protección de los derechos fundamentales en juego, ya que, en sus alegaciones, ni los ignoraron ni asumieron una interpretación errónea de su ámbito constitucionalmente protegido, por lo que en absoluto puede estimarse que los mismos resultaran lesionados."[1163].

Años más tarde, a medio esta vez de sentencia, recordaría "la obligación del sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución", de la cual "no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la eficacia de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos 'los impulsos y líneas directivas', obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría

[1163] ATC 333/1997, de 13 de octubre.

vacío de no establecerse los supuestos para su defensa (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4, y 129/1989, de 17 de julio, FJ 3)". Y esta doctrina le sirve de apoyo para estimar de inmediato que "la protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación"[1164].

En el año 2001, haría referencia a la inactividad de un Ayuntamiento en orden a imponer el cumplimiento a cargo de los particulares de la normativa referida a la contaminación acústica, lo que podría constituir, de alcanzar los ruidos una determinada intensidad, una lesión de los Derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad domiciliaria, imputable directamente Municipio. En este caso, el intérprete supremo señala que "habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada", ya que "una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida". Estamos, pues, frente a una hipótesis incluida dentro del deber protección, pues se parte de la

[1164] STC 181/2000, de 29 de junio.

causación de la lesión de los Derechos Fundamentales de unos particulares debido a la acción perpetrada por otros, aunque, al fin y al cabo, se le impute a un poder público y finalmente el recurso no terminara prosperando[1165].

De otra parte, en el año 2004, el Tribunal Constitucional reiteró la línea jurisprudencial recogida *ut supra*, al reconocer, nuevamente, que la Constitución española no establece "derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), haciéndose imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias tradicionales, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada" Así, en esta línea de ideas, prosigue, "todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE," ya sea "a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos". Y "como ya se dijo en la STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida"[1166].

[1165] STC 119/2001, de 24 de mayo.

[1166] STC 16/2004, de 30 de enero.

6.9.4. La posición doctrinal, más en concreto, de *Claus–Wilhelm Canaris* acerca del deber de protección.

6.9.4.1. Los destinatarios de los deberes de protección estatales: el Legislador como primer destinatario.

Uno de los principales defensores de la teoría de los deberes de protección de los Derechos Fundamentales constitucionalmente garantizados en orden a su aplicación a las relaciones establecidas *inter privatos* motivadas por injerencias en los bienes jurídicos tutelados de un particular que dimanen de sujetos no estatales es Claus–Wilhelm CANARIS. Argumenta el autor, como punto de partida, que los destinatarios de las normas de Derechos Fundamentales, en cuanto deberes de protección, como bien ofrece claras pistas el propio *nomen iuris* adoptado por la teoría, son, en principio, únicamente el Estado y sus órganos, luego sobre ellos debe recaer exclusivamente la obligación de proteger[1167]. Aclarado lo anterior, el destinatario más concreto de ese deber de protección en las relaciones intersubjetivas, es, en primer lugar, el Legislador y, de modo particular, el de Derecho Privado, sin perjuicio de que el autor aluda con mayor énfasis si cabe a los órganos del poder judicial en su vinculación inmediata a los Derechos Fundamentales, aun cuando estos solo intervengan en un segundo plano por omisión o deficiencia de la concretización legislativa[1168].

[1167] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 59.

[1168] BVerfGE 96, 56, (64); Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 59 y ss. En esto concuerda con la posición global de Robert ALEXY, quien guarda importantes esperanzas respecto del Poder judicial al objeto de hacer efectivos los Derechos Fundamentales por medio de la interpretación del ordenamiento jurídico, de tal modo que se respete y fomente la máxima eficacia de esos Derechos, garantizando la preferencialidad de tal exégesis sobre cualesquiera otras alternativas hermenéuticas que se abran, "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático (Para a relação entre os direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional)", en *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Vol. 16, 1999, pp. 206 y ss.

El Legislador no solo ha de prever medidas en contra de posibles lesiones a la vida, a la salud o a la libertad, sino también a la propiedad de terceros y al resto de los Derechos Fundamentales. En muchos casos, este da cuenta, consideran sectores doctrinales –esencialmente iuscivilistas– que las normas de Derecho Privado bastarían por sí mismas, dada su mejor eficacia y debido a su intervención más cuidadosa en favor de los afectados, a la hora de ofrecerse como superiores instrumentos de tutela. Sin embargo, conforme también ha sido destacado, con ello no se puede pretender otorgar ningún papel especial al Derecho Privado en lo que se refiere a la intensidad de los efectos de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, porque, en realidad, resultaría ser la consecuencia de su función como obligación protectora, de ahí que de ninguna manera se pueda, desde ese postulado, mantener un efecto iusfundamental en el diseño del complejo normativo de Derecho Privado[1169]. Como consecuencia, tampoco aquí puede decirse que estemos ante los efectos mediatizados de la Constitución como factor específico iusfundamental cuando se adoptan normas jurídicas de cuño iusprivatista, sin perjuicio de lo cual el Legislador pueda verse obligado a reaccionar en ocasiones mediante sanciones de carácter público y hasta adoptar medidas de naturaleza penal. Para este último supuesto, habría tomarse en consideración una sanción más dura y, entonces, una fuerza aparentemente reducida y casi inoperante (o sin casi) de los Derechos Fundamentales debería resultar hacerse así cierta en superior grado[1170].

[1169] Jost PIETZCHER, "Drittwirkung — Schutzpflicht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 363.

[1170] Hans D. JARASS, "Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz", en *Neue Juristische Wochenschrift,* 1989, p. 862; "*Grundrechte* als *Wertentscheidungen* bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en *Archiv des öffentlichen Recht*, Band. 110, 1985, pp. 382-383 y ss; Wolfgang ZÖLLNER, "Die gesetzgeberische Trennung des Datenschutzes für öffentliche und

6.9.4.2. La indudable estimación de destinatarios propia del Legislador de Derecho Privado, así como de los órganos integrantes de la jurisdicción civil.

De forma más concreta, a tenor del artículo 1.3 de la *Grundgesetz*, recuerda este precepto la vinculación directa de los tres poderes del Estado a los Derechos Fundamentales como Derecho vigente de modo inmediato, y según el sentido lingüístico, esto es, por medio de una interpretación gramatical reforzada a su vez mediante el canon argumentativo de corte teleológico-objetivista extraordinariamente vigoroso, no puede dudarse acerca de que el término "legislación" incluye también al Legislador de Derecho Privado[1171]. En el mismo sentido manifiesta su opinión Johannes HAGER, y según sostiene, el texto expresado a través del artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn obliga al Legislador al respeto e integración del catálogo de los Derechos

private Datenverarbeitung", en *Recht der Datenverarbeitung. Zeitschrift für Datenschutz-, Informations- und Kommunikationsrecht*, 1985, pp. 3 y ss, especialmente p. 10.

[1171] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 23, desde la "fundamentación sustancial", sobre todo, de que también la legislación de Derecho Privado puede tener efectos lesivos para el ciudadano, enteramente semejantes a la legislación de Derecho Público. En contra de esa extensión, que parece bastante evidente, invocando el origen histórico de la disposición del artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn, se ha posicionado con vehemencia, entre otros, Uwe DIDERICHSEN, "Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht", en *Rangordnung der Gesetze*, *7. Symposium der Komission. Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart, am 22 und 23 April 1994*, edición de Christian Starck, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1995, pp. 48 y ss; "Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz", en *Juristische Ausbildung*, núm. 2, 1997, pp. 57 y ss; "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgerichte…" *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 225 y ss., cuya concepción conduce a una libertad del Derecho Privado respecto de los Derechos Fundamentales. Zanja la cuestión en el sentido de la extensión al Legislador de Derecho Privado el Tribunal Constitucional Federal en BVerfGE 72, 155, (173) y 79, 256, (272). Y recuerda Claus–Wilhelm CANARIS que el mismo Günter Dürig (1994), habló de una "influencia solo mediata de los Derechos Fundamentales sobre el Derecho Privado", con lo cual, confiesa, nunca llegó a entender qué se pretendía decir con esta variante verdaderamente "misteriosa" de la eficacia mediata, sorpresa que dice, en cuanto a él le alcanzaba, compartían autores de la talla de Peter Lerche y Reinhard Singer, *ibídem*, p. 30.

Fundamentales cuando produce normas de naturaleza privada, lo cual, considera, no nos dirige a una especial explicación dogmática porque, de hecho, no se cuestiona la necesidad de prestar un trato especial al Legislador del Derecho Privado[1172], toda vez mediante la adopción de normas propias de este sector del ordenamiento es también la autoridad del Estado la actuante y, por lo tanto, los Derechos Fundamentales se ven afectos en su función de derechos de defensa y a la vez como normas de protección o derechos a protección[1173].

Y relativo a la vinculación de los órganos judiciales, alude de manera complementaria Claus–Wilhelm CANARIS al artículo 93, núm. 1, párrafo 4a de la *Grundgesetz*, donde se establece que cualquier persona puede interponer recurso de amparo constitucional con fundamento en el hecho de haber resultado "lesionado, por el poder público, en uno de sus Derechos Fundamentales"; ante lo cual se interroga si no deberá entenderse por "poder público", en este sentido, al propio Legislador de Derecho Privado, o deberá procederse a una reducción teleológica con el objeto de excluirle del ámbito de aplicación del precepto, de modo que si la respuesta resulta inclusiva, ello significaría encontrarse efectivamente

[1172] Sin embargo, reclama por ejemplo este trato especial Wolfgang ZÖLLNER, "Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht – Bemerkungen zur Grundrechteanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 196, Heft. 1/2, 1996, p. 6; y, en cierta medida, no lo descarta Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik*…, *op. cit.*, pp. 1514 y 1566, hemos considerado más reseñables.

[1173] Johannes HAGER, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 374-375; Así, por ejemplo, con apoyo en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de mayo de 1993 (1 BvR 208/93), alude a que el Legislador está obligado a equilibrar la protección de la propiedad del arrendador con el derecho del arrendatario, pues eso se disciplina por los § § 556a, 564b BGB. Por tanto, el derecho del arrendatario sirve de defensa a estipulaciones que ignoran por completo el interés de sus enseres y si se limita de forma desproporcionada, posición garantizada según y desde el artículo 14. 1 de la *Grundgesetz*, y se mantiene conforme al deber del Estado, pero no cambia respecto de los particulares.

vinculado a los Derechos Fundamentales, pues, de lo contrario, no podría violarlos[1174].

Sobre estas premisas, según va a mantener, los órganos judiciales, a pesar de ser mencionados junto al Legislador por el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn, diversamente de este, no aprueban en principio normas (es cosecha propia), más bien deciden casos concretos con fuerza de cosa juzgada solo para las partes, y de esta suerte un tratamiento paritario con el Legislador en lo tocante a la vinculación a los Derechos Fundamentales no se revela para nada evidente[1175]. Sin perjuicio, claro es, parece asimismo procedente señalar a los efectos de la vinculación a estos Derechos, el punto decisivo no será la posición ocupada por los tribunales en su consideración de órganos estatales, sino, previamente, la relación jurídica material en la que se encuentran las partes litigantes[1176]. De cualquier modo, la aplicación y desarrollo de las leyes, constituyen el necesario complemento de su aprobación por el Legislador, ante lo cual, también obviamente los órganos judiciales se encuentran sometidos en el dominio del Derecho Privado, de ahí la aplicación necesaria de los Derechos Fundamentales en la esfera de este último, con arreglo a sus funciones normales, como prohibiciones de intervención y mandatos de tutela[1177].

Sin embargo, para el autor, según el tenor literal y el trasfondo diacrónico del precepto, en el mismo está claramente comprendido el

[1174] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 27-28.

[1175] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 40.

[1176] Eckart KLEIN, "Grundrechtliche Schutzpflichten…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 1640.

[1177] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 42. De igual modo, la vinculación inmediata por el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn, tanto del Legislador de Derecho Privado, como la judicatura de Derecho Privado, pero no de los sujetos de Derecho Privado, en cambio, es destacado por Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung…*, *op. cit.*, pp. 33 y ss; y Jörg NEUNER, *Privatrecht und…*, *op. cit.*, pp. 115 y ss.

recurso de amparo contra las resoluciones dictadas por los órganos judiciales y, especialmente, en lo ahora concerniente, también frente a decisiones emanadas de los juzgados y tribunales en las esferas laboral, civil y mercantil con fundamento en una aplicación inconstitucional del Derecho Privado material[1178]. La cuestión no le deja dudas, considerando la introducción de esta regla casi diez años después del dictado de la sentencia del caso *Lüth*, de modo que los órganos judiciales son comprendidos dentro del concepto "poder público" en el ámbito de la jurisdicción de Derecho Privado conforme a lo expresado por el artículo 93, núm. 1, párrafo 4a de la *Grundgesetz*, y sus decisiones, específicamente, pueden vulnerar Derechos Fundamentales debido a la errada aplicación de las normas de naturaleza privada. Por ello, concluye de forma lógicamente inevitable, los órganos judiciales que conozcan de pretensiones sustentadas en la aplicación de normas de Derecho Privado también se encuentran sujetos, en el plano jurídico-material, a vinculación por los Derechos Fundamentales en este sector del ordenamiento[1179].

[1178] Al menos, para una cuestión de suma importancia, la construcción teórica que venimos considerando resulta extraordinariamente relevante. La teoría del deber de protección, en cuanto conectada al problema de la vinculación de los particulares a las normas de Derechos Fundamentales, es dogmáticamente muy útil, porque dice de sí misma sirve de justificación para la protección de los Derechos en las relaciones intersubjetivas, en última instancia por medio de normas penales; toda vez que, atendiendo al principio de legalidad penal –también un principio constitucional, para qué lo vamos a negar–, está vedado al Poder Judicial crear o deducir tipos penales. La creación de tipos penales, en realidad, es competencia del Poder legislativo. Así las cosas, en el ámbito penal, los Derechos Fundamentales solo pueden ser protegidos por medio de la intervención legislativa de rango legal, aunque leyendo jurisprudencia…, a contrario de la recomendación (vamos ahora a decirlo así), al considerado, por la mayor vale decir, universalmente teórico de la división del poder, campeé con el principio de constitucionalidad, cuando quiere, sea consciente sea inconscientemente, el *Richterrecht*.

[1179] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 42.

6.9.4.3. Particular insistencia reiterativa-ampliadora de la idea expuesta en el punto anterior, tocante a la concretización judicial.

Coherentemente con lo afirmado, lo cual conducirá a un cierto paralelismo entre legislación y jurisprudencia a los efectos ahora considerados, las proposiciones por medio de las cuales los órganos judiciales fundamentan sus decisiones para la interpretación y desarrollo del Derecho Privado iusfundamental, deben ser conformadas inmediatamente de acuerdo con el contenido de los Derechos Fundamentales, con arreglo a lo establecido de modo expreso para las disposiciones legislativas[1180]. Por consiguiente, tales decisiones o proposiciones judiciales están obligadas a formularse como normas, para facilitar la entrada a la fiscalización en cuanto tales, sobre su constitucionalidad acerca del respeto a los Derechos Fundamentales, pues de igual modo que en el caso de las leyes, aquellas, pueden también llegar a vulnerar el contenido de estos últimos[1181]. De esta suerte, a fin de poder entrar a controlar su adecuación a los preceptos de rango constitucional, debe concebirse propiamente la *ratio decidendi* de las proposiciones judiciales pensadas a modo de normas, a los efectos de poder verificar su constitucionalidad, y analizarlas del mismo modo a como se analiza la constitucionalidad de las leyes producidas por el Poder legislativo, al efecto de comprobar si existe vulneración de un Derecho Fundamental, por desatender desproporcionadamente mandatos de tutela o deberes de protección prescritos *secundum constitutione*[1182].

[1180] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip …", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 162, entre otros varios pronunciamientos doctrinales del autor.

[1181] *Ibídem*, p. 162.

[1182] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 43 y ss. Según el autor, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha terminado por situarse en una posición muy próxima a la de considerar que la *ratio decidendi* de una decisión judicial acerca del control directo de la eventual vulneración de los Derechos fundamentales

Consecuentemente, una decisión judicial vulnera el Derecho Constitucional objetivo, cuando la concretización a partir de las mismas disposiciones constitucionales realizada por el órgano judicial, y formulada al modo de norma expresa, es contraria al contenido de las prescripciones de naturaleza iusfundamental. Porque, dadas estas circunstancias, el órgano judicial, de igual modo a cuando se trata del Legislador, vinculados ambos inmediatamente a los Derechos Fundamentales, tendrá para toda circunstancia el deber de tomar en cuenta seriamente a estos últimos, al desarrollar, decimos, sus actividades de concretización iusfundamental[1183].

Mediante términos próximos, se dirá, el deber de protección frente a las vulneraciones de los Derechos Fundamentales por otro particular, reconocido por y desde la Constitución, tiene idéntico valor a la norma constitucional en la que se consagra el Derecho, por ello, hace un llamamiento directo en primer lugar al Legislador y luego al Ejecutivo, toda vez les obligan deberes de concretización de las leyes protectoras y, en segunda instancia, al órgano juzgador, dada su calidad instrumental de medida para el control jurídico-constitucional de las acciones u omisiones de los primeros, así como de las propias decisiones judiciales previas de casos vinculados a la aplicación de disposiciones normativas de Derecho Privado[1184] (quiere significarse de parecidas o analógicas).

---

debe ser formulada como norma, y se refiere como ejemplos, entre otros, a las BVerfGE 79, 283, (289 y ss); 79, 202, (303); 81, 29, (32) y 82, 6, (16); *ibídem* p. 51.

[1183] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 377. Nos parece que precisamente por eso, Stefan OETER considera que cuando el Legislador no cumple, en un caso concreto, su deber de protección exigido por la Constitución, no deberá ser tarea del juzgador establecer una decisión basada en una norma por sí mismo creada para substituir a la solución que falta en términos legislativos. Entiende que, ante situaciones inconstitucionales de no concretización por el Legislador de un deber de protección, deberá seguirse el camino del Tribunal Constitucional que, en el ámbito de su monopolio de "reprobación de normas", es la única institución que podrá llamar al Legislador a perfeccionar su obra o bien a actuar en consecuencia, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie. Ein Beitrag…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 550.

[1184] Christian STARCK, *Praxis der…*, *op. cit.*, p. 46. Rainer WAHL–Johannes MASING, "Schutz durch Eingriff", en *Juristen Zeitung*, 45, Heft. 12, 1990, p. 556.

Dicho lo cual, al resultar factible el hecho de ser al final un órgano judicial el que vulnere por sí mismo mediante su decisión el deber de protección, con la correspondiente posibilidad de interponer frente a ella un recurso de amparo ante la jurisdicción constitucional (allí donde exista, huelga decirlo, si bien también huelga se está teorizando desde esta estructura), aquella deberá considerar asimismo la prohibición de exceso y, especialmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, los cuales, claro está, han de ser aplicados a los fundamentos subyacentes a las decisiones judiciales objeto de fiscalización, atendiendo proporcionalmente a la medida de si estas son restrictivas de ámbitos protectores de Derechos Fundamentales[1185]. Sin embargo, de este modo, llegaríamos a idéntico resultado al que se hubiera producido de seguir la tesis de la irradiación de los Derechos Fundamentales[1186]; pero ya sabemos la oposición frontal de Claus-Wilhelm CANARIS frente al concepto de irradiación, del cual descarta tratarse de un concepto jurídico, siendo tan solo una aplicación gráfico-metafórica del lenguaje común, entre otros epítetos dedicados al mismo, y cuyo empleo conduce siempre a una situación embarazosa (*verlegenheitslösung*)[1187].

6.9.4.4. Objeto del deber de protección: el nacimiento de un Derecho subjetivo autónomo a favor del titular de los Derechos Fundamentales.

Tocante al objeto de control según la tesis del deber de protección estatal de los Derechos Fundamentales este se restringe, *ab initio*, a las regulaciones y actos estatales, esto es, sobre todo a disposiciones legislativas, actos administrativos y decisiones judiciales, mas no a los actos de los sujetos desenvueltos en el tráfico jurídico privado, es decir, a

[1185] Claus-Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 52.

[1186] Eckart KLEIN, "Grundrechtliche Schutzpflichten…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 1640.

[1187] Claus-Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

los dimanantes, con carácter esencial, de negocios jurídicos y actos ilícitos[1188]. Justamente, si la teoría parte de que destinatarios de los Derechos Fundamentales son solo los poderes estatales y no los sujetos privados, debemos descartar, en lógica consecuencia, que cualesquiera de sus actos no puedan llegar a ser protegidos inmediatamente con base en las disposiciones iusfundamentales, pero sí de forma mediata. Y es que atendiendo a la razón anterior, porque también desde el campo jurídico-privado el Estado, o el ordenamiento jurídico se encuentran vinculados *prima facie* a tutelar a un particular frente a un tercero, ello implicará, en un alto número de supuestos, la limitación de la libertad de determinados ciudadanos, siempre considerándolo en términos proporcionales, perspectiva que se corresponde, actualmente, con la doctrina científica mayoritaria[1189].

De ahí el por qué, expone Claus–Wilhelm CANARIS, los Derechos Fundamentales no despliegan eficacia inmediata entre los sujetos jurídico-privados atendida sea la medida en que operan como deberes de protección o mandatos de tutela. Con lo cual, es exigencia de los órganos estatales garantizar el respeto a los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados, estando prohibido al Estado caer en una insuficiencia de tutela o prohibición de insuficiencia, de suerte que nos encontremos ante la presencia de un Derecho subjetivo Fundamental de los particulares a que los poderes públicos les protejan frente a las agresiones que provienen de otros sujetos privados[1190], en definitiva, de terceros no estatales.

[1188] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 202 y ss; "Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 161; *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 56.

[1189] Según valoración de Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 59, y la bibliografía allí citada.

[1190] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und…*, *op. cit.*, pp. 56 y ss, y 101 y ss. Asimismo, véase Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

Ahora bien, la doctrina científica advierte que el deber de protección no implica un derecho a la adopción de una medida concreta, si bien admite la existencia de un derecho subjetivo a protección exigible de los poderes públicos[1191], pero cuya indeterminación dificulta su carácter de derecho subjetivo accionable frente a aquellos[1192]. Inicialmente, el Tribunal Constitucional Federal alemán no se pronunció acerca de la existencia de un derecho subjetivo a protección, pero al menos desde la Sentencia de 29 de octubre de 1987, ha sostenido que los ciudadanos tienen un derecho subjetivo a que el Estado cumpla con sus obligaciones positivas de protección[1193].

6.9.4.5. Vinculación inmediata de los Derechos Fundamentales para las normas de Derecho Privado.

Claus–Wilhelm CANARIS mantiene, como hemos visto, que el efecto de los Derechos Fundamentales sobre las disposiciones de Derecho Privado es directo, sean normas escritas desde su inicio (legislativas), sean construidas por medio de la concretización y la aplicación del Derecho a través del órgano judicial[1194]. De todas formas, critica con vehemencia a la teoría de la eficacia mediata, respecto de la cual incluso asegura confunde generalmente la cuestión de la eficacia inmediata de las normas de Derechos Fundamentales en el Derecho Privado y su aplicación a las relaciones jurídicas desenvueltas entre actores no estatales, con la problemática específica de la vinculación de los actos de los particulares, en su condición de destinatarios de las normas, a los

[1191] Hans-Uwe ERICHSEN, "Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht", en *Juristische Ausbildung*, 1997, p. 87.

[1192] Christian CALLIESS, "Die Grundrechtliche Schutzpflicht im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 329.

[1193] BVerfGE 77, 170, (214).

[1194] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.,* p. 34.

propios Derechos Fundamentales, respecto de la que él, por su parte, defiende que es mediata. Y recuerda no obstante que, para hablar de eficacia inmediata en relación a los sujetos privados, ha de estarse ante un supuesto como el contemplado por el artículo 9 núm. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental de Bonn[1195], esto es, debe estar constitucionalmente prevista de un modo expreso. Además, propone igualmente abandonar la tesis del efecto irradiación de los Derechos Fundamentales por su vaguedad, así como por la confusión a la que puede dar lugar, al tratarse de una formulación metafórica extraída del lenguaje coloquial y no de un concepto típicamente jurídico[1196], entre otras razones, por la necesidad de llevar a cabo a partir del mismo la "interpretación conforme" de todo el ordenamiento.

Propugna limitarse a tomar como punto de partida la doble función a desarrollar por los Derechos Fundamentales como prohibiciones de injerencia y mandatos de protección, desde la cual se explica en su estimación la influencia de los primeros en las relaciones jurídico-privadas, resultando ser el deber de protección para el autor precitado una faceta de la dimensión subjetiva clásica de los Derechos

[1195] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 35. Por eso rechaza la crítica que le dirige Uwe DIDERICHSEN cuando le imputa el equívoco de un "alternar flexible entre eficacia inmediata y mediata en relación a terceros", siendo así, explica, que él siempre ha rechazado, con carácter general, la teoría de la "eficacia inmediata en relación a terceros" de los Derechos Fundamentales, con independencia, ciertamente, de que postule una inmediata vinculación del Legislador de Derecho privado a los Derechos Fundamentales.

[1196] Por ello, no olvida Claus–Wilhelm CANARIS de citar de pasada, y en más de una oportunidad, a Peter LERCHE, por razón de la fuerte objeción que asimismo dirige este último a la doctrina del "efecto de irradiación", "Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechts ordnung…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 216 y ss, y 223-227 y ss, entre otros momentos. Sin embargo, la doctrina del *Bundesverfassungsgericht* acerca de la "*Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Privatrecht",* continúa sostenida en el tiempo; ahí van, a modo de ejemplo, una serie de resoluciones del supremo gendarme de los derechos y libertades en Alemania como las BVerfGE 24, 236, (251); BVerfGE 32, 311, (318); BVerfGE 34, 269, (280); BVerfGE 35, 202, (218); BVerfGE 42, 143, (147); BVerfGE 73, 261, (269); BVerfGE 81, 242, (254); BVerfGE 96, 375, (399) y BVerfGE 112, 332, (358). Y esta continuidad se ratifica, entre otras publicaciones, en el reciente ensayo de Jörg IPSEN, "*Verfassungsprivatrecht?", en Juristen Zeitung*, 69, Heft. 4, 2014, pp. 157 y ss, en particular, p. 161.

Fundamentales en su prohibición de intervenciones en la esfera de libertad individual[1197], a contrario, desde este punto, de la opinión dominante que, como ya hemos expresado, lo deriva de la dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales. A su vez, el órgano judicial cumplirá con el deber de protección, en todos los supuestos, acudiendo al material normativo que le proporciona el Derecho Privado, pero también, en ocasiones, al del resto de las ramas jurídicas del ordenamiento, incluido el Derecho Penal, sin recurrir, por el contrario, de manera directa al texto constitucional, porque, de hacerlo, se le estaría pidiendo demasiado e, incluso, se le forzaría en exceso[1198]. Y ello, en la medida por la cual, para el autor, la Constitución no es el lugar correcto ni habitual para la reglamentación de las relaciones entre ciudadanos individuales y personas jurídicas[1199].

A su juicio, la problemática de la relación entre Derechos Fundamentales y Derecho Privado solo se resuelve por medio de la combinación de las diferentes funciones desarrolladas por ambos. Desde luego, según apuntamos, objeto de registro acorde a los Derechos Fundamentales, en principio, eran, con carácter exclusivo, regulaciones y formas de acción estatales, y no podían serlo actos que emanasen de sujetos de Derecho Privado, esto es, negocios jurídicos, actos ilícitos, etc. Conforme sostiene, si tal control de los actos de los sujetos privados ha venido a producirse mediatamente (y este es el entendimiento dominante), era necesario la construcción de un puente a fin de permitir

[1197] El cuestionamiento de Claus–Wilhelm CANARIS al efecto irradiación, ya se halla tempranamente en "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 225 y ss, especialmente p. 228. Entre otras aludidas, puede verse asimismo una crítica similar del efecto irradiación, en Fritz OSSENBÜHL, "Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung", en *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstags von Peter Lerche*, edición de Peter Badura / Rupert Scholz, C.H. Beck Verlag, München, 1998, p. 83.

[1198] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 81.

[1199] Claus–Wilhelm CANARIS, "A influência dos direitos fundamentales sobre o…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 206.

dar entrada al raciocinio, vale decir, que lo posibilitara de una forma dogmáticamente consistente. Y tal puente ha sido encontrado al preguntarse por la función en la que las normas iusfundamentales son aplicadas dentro de este contexto, en otras palabras, como prohibiciones de intervención y derechos de defensa (*Eingriffsverbote und Abwehrrechte*)[1200]. Pero es que, con carácter adicional, estas poseen la función de obligar al Estado a tutelar a sus ciudadanos frente a las amenazas y vulneraciones que provengan de otros sujetos privados, ante lo que se habla de los Derechos Fundamentales al modo de mandatos de tutela o deberes de protección estatales (*Schutzgebote*)[1201]. Por lo que surge la cuestión de si el ciudadano es titular de un derecho subjetivo a obtener la garantía de sus Derechos Fundamentales, que ya vimos era jurisprudencialmente aceptada sin perjuicio de las dificultades de poder ejercerlo en la práctica. Deber de protección que incumbe exclusivamente al Estado, y, por consiguiente, del que no surge obligación alguna para los ciudadanos[1202], y que ha servido, de otra parte, al objeto de que algún autor haya fundamentado en él la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados[1203].

De cualquier forma, partiendo de su propia construcción y de la evolución de los tiempos, resulta bastante incomprensible que Claus-Wilhelm CANARIS siga atribuyendo una eficacia superior a la prohibición

---

[1200] BVerfGE 39, 1, (42).

[1201] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 225; *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 57; "A influência dos direitos fundamentales sobre o…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 216.

[1202] Claus–Wilhelm CANARIS, "Vertößе gegen das vefassungsrechliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadenersatzrecht", en *Juristen Zeitung*, 42, Heft. 21, 1987, p. 995.

[1203] Caso de Peter BADURA, "Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates im Arbeitsrecht", en *Sozialpartnerschaft in der Bewährung. Festschrift für Karl Molitor 60 zum. Geburtstag*, edición de Franz Gamillscheg / Bernd Rüthers / Eugen Stahlhacke, C.H. Beck Verlag, München, 1988, p. 9; *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes*, C.H. Beck Verlag, München, 2003, pp. 109-110.

de intervención o derecho de defensa frente al mandato de tutela, lo que justifica a partir de dos razones fundamentales, considerablemente discutibles, sobre todo por lo que hace a la segunda:

> 1ª Otorgar una amplia protección a los ciudadanos es fácticamente imposible, porque conlleva a una insostenible tarea de garantía e, igualmente, a insostenibles intervenciones en los Derechos Fundamentales;
>
> 2ª Por el necesario respeto a prestar a la autonomía del Derecho Privado y, sobre todo, al principio de autonomía privada, ante lo que únicamente cabe la respuesta, hecha a modo de interrogante, de si es justamente a través de la menor eficacia de la función del mandato de protección y el *Untermaßverbot* como puede producirse ese objetivo[1204].

A tal efecto, entre nosotros, siguiendo orientaciones de la doctrina científica alemana, se reproduce lo que sería el concepto clásico de intervención, y se estima que la misma vendría a caracterizarse por "una <<aplicación autoritaria de la fuerza coactiva o imperativa>>, por suponer la emanación de un acto jurídico en forma de sentencia, ley o acto

[1204] Sin embargo, así lo defiende Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 43-45. Entre nosotros, respecto del método a emplear para dar cumplimiento al deber estatal de protección, esto es, para precisar a qué medidas protectoras tienen derecho los sujetos privados y que el Estado debe adoptar, se ha defendido por Gabriel DOMÉNECH PASCUAL que la determinación "debe realizarse con arreglo al mismo modelo empleado para precisar el alcance de los clásicos derechos defensivos", lo que comenzará por la delimitación del ámbito de protección, y "comprendería cualesquiera conductas que interesan al bien para cuya satisfacción se otorga el derecho". En segundo término, habrá de determinarse si una "concreta actuación de los poderes públicos supone una intervención en dicho ámbito", y, en fin, en un tercer momento, se deberá juzgar si "la intervención está suficientemente justificada". Para esto último, dicha intervención devendrá obligada a cumplir varios "requisitos de índole formal y material establecidos por la Constitución". Entre los primeros, destaca "la reserva de ley y el mandato de tipicidad"; por lo referido a los materiales, "se resumen en que el Estado corre con la carga de que la intervención respeta las exigencias del principio de proporcionalidad", *Derechos fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 135 y ss.

administrativo, por estar dirigida a incidir en un bien fundamental y por la inmediatez del menoscabo que produce en el mismo". Un concepto en el que, se considera, existe coincidencia doctrinal acerca de que es demasiado estrecho, por lo no se discute sobre la necesidad de dilatarlo "para garantizar una protección completa y efectiva de los bienes fundamentales, en especial frente a las nuevas amenazas que sobre ellos se ciernen"; a cuyo efecto, se recoge la tesis propugnada de que el ensanche debería extenderse "hasta abarcar otras actuaciones estatales que no reúnen las características expuestas pero que pueden perjudicar también los bienes protegidos por los derechos fundamentales". No obstante lo cual, se finaliza registrando que es "problemático y discutido hasta dónde debe llegar la ampliación"[1205].

6.9.4.6. Choques entre Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas, y su corrección mediante el empleo del principio de proporcionalidad.

De conformidad con la línea de lo que se viene afirmando, de sostenerse la posición de acuerdo con la cual los poderes públicos son los exclusivos destinatarios de los Derechos Fundamentales, también es necesario aceptar, de otro lado, que los ciudadanos resultan afectados por los efectos negativos que sobre ellos puedan incidir vinculados al ejercicio de esos mismos Derechos por parte de otros sujetos privados, nos referimos, pues, a las colisiones de derechos. Por lo tanto, es lo cierto que las posiciones subjetivas iusfundamentales producen determinados efectos no solo positivos sino, asimismo, eventualmente negativos en relación con los sujetos privados, frente a los que ha prevenirse o resarcirse[1206]. Tales efectos derivan justamente del hecho de que los

[1205] Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales…*, *op. cit.*, p. 137.

[1206] En términos de Albert BLECKMANN, el efecto de proteger judicialmente a la víctima, "Neue Aspekteder Drittwirkung der Grundrechte", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1988, p. 939.

Derechos Fundamentales desempeñan, también en el orden jurídico-privado, la función de prohibiciones de intervención y de mandatos de tutela, lo que obliga a los órganos estatales competentes, según las circunstancias, a la protección del ciudadano frente a otros sujetos privados[1207]. Expresado con los propios términos de Claus–Wilhelm CANARIS, el deber de protección de los Derechos Fundamentales explica la razón por la cual, los mismos, precisamente al proyectarse y hacerse actuantes en las relaciones jurídico-privadas compelen al Estado, y así "el ordenamiento jurídico está obligado, fundamentalmente, también en el tráfico jurídico privado, a proteger a un ciudadano frente a otro ciudadano"[1208].

En definitiva, pretende significar que los Derechos Fundamentales producen igualmente efectos en las relaciones jurídicas entre los sujetos privados, si bien, en cierto modo, los producen, por así decirlo, por vía oblicua, con lo cual el Estado a través de su ordenamiento jurídico está forzado, en principio, a tutelar a un ciudadano frente a otro ciudadano perturbador en las relaciones jurídicas establecidas entre sí[1209]. Por lo tanto, si los poderes estatales(en última instancia los órganos judiciales si llega la necesidad), omiten tutelar o lo hacen insuficientemente los Derechos Fundamentales de los sujetos privados, son ellos mismos los que vulneran el Derecho Fundamental que no recibió protección, y se tratará, claro es, de un Derecho sustantivo, ante lo cual, la jurisdicción constitucional habrá de entrar a resolver en este sentido y medir, mediante la aplicación del *Untermaßverbot* si el Legislador y/o el órgano judicial, en sus decisiones, han incumplido con el deber de protección[1210]. Pero los Derechos Fundamentales ya no actúan ahí como

[1207] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 74 y ss.

[1208] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 35.

[1209] Claus–Wilhelm CANARIS, "A influência dos direitos fundamentales sobre o…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 216.

prohibiciones de injerencia –que se determina bastante fácilmente conforme al principio de proporcionalidad– sino como deberes de protección o imperativos de tutela, que también permiten la aplicación de este último principio, la cual presenta mayores dificultades, sobre todo, cuando se trata del control del Legislador.

Más concretamente, de una parte, para las hipótesis en las cuales se superan por las disposiciones de Derecho Privado las normas constitucionales, estas últimas se aplican de forma inmediata, pero en su función clásica de prohibiciones de intervención o derechos de defensa. Por el contrario, al proceder al análisis de los actos de sujetos privados, sobremanera la compatibilidad de los negocios jurídicos con los Derechos Fundamentales, se aplican estos últimos en su función de deberes de protección o mandatos de tutela, porque el Estado y el ordenamiento jurídico están obligados, fundamentalmente, "también en el tráfico jurídico-privado, a proteger a un ciudadano frente a otro ciudadano"[1211]. Esto es, cuando los Derechos Fundamentales carecen de la correspondiente concretización a través de la actividad legislativa, la eficacia de los mismos aplicados en las relaciones jurídico-privadas como derechos a protección, es de naturaleza mediata[1212].

6.9.4.7. La crítica de la versión clásica de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales: la doctrina de la sentencia *Lüth* como referencia para su realización.

En atención a lo que hemos apuntado *ut supra*, cuestiona Claus–Wilhelm CANARIS la teoría de la eficacia mediata en su versión clásica,

[1210] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.,* pp. 83 y ss.

[1211] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 38.

[1212] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 228; *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 38.

por entender que la misma se refiere indiscriminadamente tanto a los actos de los sujetos privados como a las normas de Derecho Privado en sí mismas consideradas. Y entiende también incomprensible postular que los Derechos Fundamentales penetren dentro el ámbito jurídico privado por medio de los valores que integran su contenido en lugar de hacerlo directamente y, sin embargo, admitir la posibilidad de interposición de un recurso de amparo para los supuestos de infracción de tales valores[1213]. A su juicio, desde la propia sentencia que resuelve el caso *Lüth*, el Tribunal Constitucional Federal alemán sostiene que es el órgano judicial ordinario, en su calidad de órgano estatal vinculado a los Derechos Fundamentales, quien interfiere en las posiciones jurídicas iusfundamentales del recurrente en amparo y no lo otra parte[1214]. No obstante, considera que en su argumentación establece erradamente que el Derecho Privado desenvuelve el contenido normativo de los Derechos Fundamentales indirectamente por medio de las normas de este sector del ordenamiento, ya que, entonces, mal va existir un deber de protección de los Derechos Fundamentales de no concretarse previamente el objeto a garantizar[1215]. La referenciada sentencia parte de la "eficacia de irradiación" de los Derechos Fundamentales también para el sector del Derecho Privado[1216], sin embargo, desde la consideración del autor, los primeros no proyectan efecto de irradiación alguno –que no es un concepto jurídico, como se ha dicho– sobre el segundo, pues tal efecto no es necesario ni apropiado en términos dogmáticos.

[1213] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und Privatrecht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 224-225.

[1214] Claus–Wilhelm CANARIS, "A influência dos direitos fundamentales sobre o…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 218.

[1215] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 227.

[1216] BVerfGE 7, 198, (207).

Esta "vaga teoría" del efecto irradiación, estima, conduce especialmente a la procura de un refugio, conocidas sus insuficiencias, para una solución de ponderación muy estrechamente vinculada al caso individual, insusceptible luego de una generalización tal como hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia del caso *Lüth*, al considerar trascendentes una serie de circunstancias específicas del supuesto de hecho concreto, cuya relevancia, a su juicio, era considerablemente cuestionable[1217]. Sin embargo, según su propia propuesta, vuelve a insistir, partiendo del artículo 5.1 de la Ley Fundamental de Bonn, en el caso al que nos venimos refiriendo, los Derechos Fundamentales eran válidos en su función originaria de derechos de defensa contra el Estado y prohibiciones de intervención. Con ello, se superarían por esta vía las dificultades dogmáticas planteadas a la teoría de la eficacia indirecta por la tesis que identifica a los Derechos Fundamentales con un orden objetivo de valores, además de mantener el postulado de la no vinculación directa de los actos de los sujetos privados a los mismos[1218].

Así vistas las cosas, postula que, por medio de la referenciada sentencia del caso *Lüth*, los Derechos Fundamentales fueron realmente aplicados en su función de derechos de defensa frente al Estado, pareciéndole innecesario desde el texto de la misma, como venimos diciendo, el invento por parte de la jurisdicción constitucional de la tesis de la irradiación de los Derechos Fundamentales en el ámbito del Derecho Privado. En realidad, se trataba de la eficacia normal de las posiciones jurídicas iusfundamentales como prohibiciones de intervención (dogmáticamente bien clara y simple, así como más precisa en su previsión) y no de la oscura doctrina de un efecto por irradiación

[1217] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 79.

[1218] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 210-211; 218-219.

carente de significado jurídico. En el bien entendido sentido que estamos ante el control de una norma jurisprudencial que restringe Derechos Fundamentales, antelo cual, ha de corresponderse con un efecto práctico y un control semejante al de una norma legal[1219]. De hecho, de haber recurrido el Tribunal Constitucional Federal alemán a la función clásica de los Derechos Fundamentales, se hubiera podido ahorrar "tanto la tesis del orden objetivo de valores que se supone ha establecido la Constitución en su sección relativa a los Derechos Fundamentales, como la referencia a los Derechos Fundamentales en cuanto normas objetivas"[1220]; postulados, los últimos, respecto de los que, recuerda, la jurisprudencia constitucional se confronta con una crítica muy variada y, en parte, muy intensa, lo cual es verdaderamente cierto, pero no son inferiores las alabanzas y lisonjas favorables a los mismos, es más, creemos que estas segundas superan a las primeras con creces suficientes.

De cualquier modo, prosiguiendo con su objeción de la sentencia del caso *Lüth*, al objeto de afianzar sus planteamientos, señala que un grave vicio de la misma, consistió en la idea de vincular el efecto irradiación de los Derechos Fundamentales en el ámbito del Derecho Privado con la problemática, preocupación, de no convertir a la jurisdicción constitucional en una súper-instancia de revisión. Y es justamente en este contexto donde la sentencia emplea, de manera explícita, la expresión "efecto irradiación"[1221], obteniéndose la impresión de que el Tribunal Constitucional Federal alemán consideraba que, esta perspectiva, debía servir también (y no como último objetivo) para apartarse del enunciado riesgo de terminar por degenerar en una sede

[1219] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 50-51.

[1220] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 32.

[1221] BVerfGE 7, 198, (207).

"súper-revisora"[1222]. Ahora bien, para Claus–Wilhelm CANARIS, no es en forma alguna específica la problemática de declinaren súper-revisión de aquellos litigios que desemboquen en el planteamiento de recursos de amparo interpuestos contra decisiones emanadas de los tribunales civiles, pues igual peligro se manifiesta, *a priori*, en el resto de las áreas del ordenamiento jurídico. Así, si el recurso es interpuesto frente a una decisión de un tribunal administrativo, penal o financiero, mediante el mismo se abre una instancia adicional, llegue o no a admitirse este nombre, y la jurisdicción constitucional deberá actuar de igual modo, en términos cautelares, para no desembocar en la ilegítima y denunciada función de un órgano de súper-revisión.

No va a ser una salida adecuada de la posición de riesgo intentar mitigar la problemática a través del mero efecto irradiación, pues al no tener rigurosamente nada que ver con el peligro de la "súper-revisión", ambas cuestiones debieron ser estrictamente separadas[1223]. A su parecer, la objeción de la súper-revisión solo puede ser resuelta de forma dogmáticamente correcta a través de una interpretación restrictiva del artículo 9, núm. 1, párrafo 4 de la Ley Fundamental de Bonn para los recursos de amparo contra las decisiones judiciales, y ya se obtendría un buen rédito dogmático exigiendo una distinción mucho más clara de la que se viene practicando entre la fundamentación y el resultado de la decisión del poder judicial a controlar por parte la jurisdicción constitucional, solución que bien puede considerarse como radical al no apoyarse la propia jurisdicción constitucional en la fundamentación de la resolución a fiscalizar, lo cual la facultaría, obviamente, a no entrar en el escrutinio de la competencia de los tribunales ordinarios[1224]. La propuesta nos parece un intento loable, sí, pero excesivamente incisiva

[1222] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 45.

[1223] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 46.

[1224] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 46 y ss.

tal y como reconoce el propio autor, y particularmente complejo de llevarse a término en la práctica, por la cada día superior dificultad para distinguir el plano de la constitucionalidad del plano de la estricta legalidad. Además, el riesgo de la súper-revisión acechará siempre a los Tribunales constitucionales por una doble, cuando menos, naturaleza de las cosas; las acaecidas en materia de Derechos Fundamentales, según nuestra forma de comprender "las cosas", van a ser beneficiosas para el titular del Derecho lesionado, a la postre el fin perseguido. Frente a ello, la coherencia dogmática, tan respetada por nosotros cuanto podemos, perfectamente puede aparcarse.

6.9.4.8. Los efectos desplegados por los deberes de protección estatales, en los supuestos de autovinculación por medio de contrato.

Los Derechos Fundamentales desde su configuración como mandatos de tutela o deberes de protección también desarrollan sus efectos respecto a la autovinculación de las partes por medio de contrato[1225]. Por consiguiente, a lo anterior no puede oponérsele el argumento de que esa autovinculación se basaría en el ejercicio de la autonomía privada constitucionalmente garantizada, y que una protección de los Derechos Fundamentales contra uno mismo no se compatibilizaría con la concepción liberal de estos derechos[1226]. Una argumentación no convincente desde el punto de vista dogmático-constitucional, pues aunque resulte cierto que la vinculación contractual

[1225] Claus Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 232 y ss; "Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 164 y ss; *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 49. Asimismo, Reinhard SINGER, "Vertragsfreiheit, Grundrechte und der…", *loc. cit.* en *op. cit.*, 1136 y ss y Wolfgang ENDERLEIN, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, C.H. Beck Verlag, München, 1996, p. 172.

[1226] Postura esta defendida con ardor por Christian HILLGRUBER, *Der Schutz des Menschen vor sichselbst*, Vahlen Verlag, München, 1992, especialmente, pp. 378 y ss.

tiene su fundamento primario en la autonomía privada de las partes[1227], solo adquiere vigencia en el plano jurídico-positivo mediante su reconocimiento por el Estado y el ordenamiento jurídico, siendo garantizada por estos a través de un repertorio estratificado de efectos jurídicos de diversa intensidad interventora, e incluso sanciones que van hasta la ejecución forzosa[1228]. Hipótesis en la que el mandato de protección exige asegurar, tan ampliamente como sea posible, que el acto fruto de la autonomía privada por el cual se restringe un Derecho Fundamental, tiene su base en una decisión libre de la parte contractual afectada, no solo desde el punto de vista formal (libertad jurídica), sino también desde la óptica material (libertad fáctica)[1229].

Estamos ante un problema elemental del Derecho de los contratos, desde siempre conocido, sobre cuya pertinencia y necesidad de solución no se plantean incompatibilidades ni objeciones de principio por acudir al recurso de la función de los Derechos Fundamentales como imperativos de tutela[1230]. Idea, la del cumplimiento de su función protectora por medio de la libertad contractual, que solo se realizará cuando la relación entre las partes no venga determinada por una situación de desigualdad[1231], conforme recoge, entre otras, la BVerfGE 89, 214 (232). Un pronunciamiento, este último aludido, cuyo pensamiento nuclear radica en que la autonomía privada constitucionalmente garantizada no puede ser entendida en un sentido formal, pues ha de serlo forzosamente

[1227] BVerfGE 81, 242, 253 y ss.

[1228] Claus Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 72 y ss; más detalladamente este aspecto en "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 218 y ss.

[1229] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 49.

[1230] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 74. Asimismo, Reinhard SINGER, "Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz…", *loc. cit.* en *op. cit.* pp. 1137 y ss; y Eckart KLEIN, "Grundrechtliche Schutzpflichten…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 1640.

[1231] BVerfGE 89, 214, (232); se trata de la polémica decisión sobre las fianzas.

también desde el plano material, y, por lo tanto, una parte concreta de la relación puede carecer de aquella en determinadas condiciones. Pues bien, en virtud de las circunstancias concurrentes más arriba aludidas, la parte portadora de mayor debilidad ha de ser protegida frente a la vinculación a un contrato que la es desventajoso o peligroso, en la medida en la cual, en el momento de su conclusión, estuviera considerablemente afectada en su posibilidad fáctica de autodeterminación en el ejercicio (no ejercicio) de su autonomía privada. Una línea jurisprudencial no precisamente del todo convincente para Claus–Wilhelm CANARIS, al entender que la misma reconoce un papel excesivamente central, poco menos que decisivo, al criterio del "desequilibrio estructural" entre las partes que celebran el contrato, lo cual no significa que le deje por completo de otorgar una cierta relevancia[1232].

Así las cosas, uno de los más decididos defensores entre nosotros de la teoría del deber de protección estatal, no duda al afirmar que los supuestos en los cuales el particular no actúa libremente, "la limitación del derecho contenida en el contrato no está amparada por la libertad contractual, por lo que estos casos no solo está justificada la intervención de los poderes públicos, sino que, en la medida en que se vea afectado un derecho constitucional de la parte que no ha podido actuar libremente existe por parte" aquellos "un deber de intervenir"[1233]. Por consiguiente, la libertad real de la que dispongan los sujetos intervinientes en el momento de obligarse, resulta ser un criterio básicamente determinante

[1232] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…", loc. cit.* en *op. cit.*, p. 74, por eso considera preferible la posición de Wolfgang Zöllner, quien siguiendo la reconocida tradición del Derecho Privado, parte en primera línea de la afectación de la libertad fáctica de la decisión; sin que, de otro lado, se aprecie por nuestra parte una diferencia sustancial entre ambas posturas, pues el "desequilibrio estructural" es evidente que condiciona la libertad de la parte más débil, así como, claro está, su autonomía.

[1233] Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit. e*n *op. cit.*, p. 97.

en orden a concretar si existía para el supuesto de hecho concernido un deber de protección que no haya sido observado por parte de los poderes públicos, incurriendo así en una violación del principio de la prohibición de insuficiencia, al lado del rango del Derecho Fundamental en cuestión, la gravedad de la injerencia o el peligro que se cierna sobre ese Derecho.

Adquiriendo asimismo particular importancia, las posibilidades de las que disponga el propio titular del Derecho en orden a desarrollar una eficaz protección del mismo –autoprotección–[1234] aspecto este último de singular trascendencia, sobre manera para los autores que sostienen la entrada en escena de los deberes de protección estatales "cuando la autoprotección privada no es posible o no es aceptable"[1235]. E igualmente relevante es la tarea del Legislador para aquellos supuestos en los que se produzca la vulneración de la paridad contractual, de modo que este solo cumplirá con su obligación de tutelar "al contratante que se encuentra típicamente en una situación de inferioridad cuando, a través del ordenamiento jurídico-privado, se niega a reconocer aquellos pactos contractuales que crean obligaciones inaceptables para la parte más débil, por la limitación de la libertad que suponen"[1236].

Por consiguiente, de conformidad a lo entendido por el autor, para las hipótesis en las cuales los órganos jurisdiccionales ordinarios no protegieron suficientemente los Derechos Fundamentales del recurrente en amparo, como también en los casos de autolimitación de Derechos por medio del contrato, la jurisdicción constitucional debe hallar apoyo, para ambos supuestos, a partir de la consideración de los Derechos Fundamentales como deberes de protección, toda vez afirmará respecto

[1234] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 80.

[1235] Reinhard SINGER, "Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 1138.

[1236] Christian HILLGRUBER, "Grundrechtsschutz im Vertragsrecht - zugleich: Anmerkung zu BVerfG NJW 1990, 1469", en *Archiv für civilistische Praxis*, Band. 191, 1991, p. 76.

a la estimación del fin principal del mandato de tutela en los supuestos de relaciones jurídico-privadas, es el de "preservar los bienes fundamentales frente a vulneraciones de hecho procedentes de otros sujetos jurídico-privados y garantizar su funcionalidad real"[1237]. Así, ante la indefinición del Tribunal Constitucional Federal alemán acerca de cuándo debe emplearse el deber de protección o, en su defecto, la teoría de la eficacia mediata, Claus Wilhelm CANARIS se encuentra encuadrado entre los defensores de la primera construcción, por considerar a tal teoría funcional y dogmáticamente adecuada en orden a su aplicación también a las relaciones contractuales; y ello sirve asimismo de cara a limitar la autonomía privada, así como para analizar y llevar a cabo el control de las cláusulas contractuales mediante el empleo de los Derechos Fundamentales[1238]. Porque, según mantiene, la problemática de la justicia contractual no es susceptible de agotamiento mediante el empleo de los instrumentos procedimentales, siendo necesario tener en consideración también criterios de índole material, y solo existirá libertad contractual material, como hemos dicho más arriba, únicamente en aquellos supuestos en los cuales las decisiones de los contratantes se adoptan libremente no solo desde el punto de vista jurídico (libertad formal), sino también cuando existe una libertad real (libertad fáctica o material); y dada esta situación le cabe desarrollar toda su fuerza persuasiva a la máxima *volenti non fit iniuria*[1239].

6.9.4.9. El inicial desenvolvimiento de la teoría del deber de protección en la jurisprudencia constitucional alemana, según estima de *Claus–Wilhelm Canaris.*

[1237] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 75.

[1238] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 232 y ss.

[1239] Claus–Wilhelm CANARIS, "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 200, Heft. 3/4, 2000, pp. 285-286.

Esta teoría del deber de protección como imperativo de tutela en su aplicación a las relaciones jurídico privadas, valora Claus–Wilhelm CANARIS, fue acogida y desenvuelta por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (Sala Primera), a través de su sentencia de 26 de febrero de 1969[1240], resolutoria del denominado asunto *Blinkfüer*[1241].

El caso arranca de la llamada al boicot efectuado por la *Springer-Verlag* a los comerciantes y distribuidores de revistas con objeto de prohibir la comercialización del semanario *Blinkfüer* (en agosto de 1961, poco tiempo después de la construcción del muro de Berlín). Toda vez el grupo editorial al que pertenecía esta publicación, había reproducido programas de radio y de televisión de emisoras de la entonces República Democrática de Alemania, reforzaría la citada apelación con la amenaza de cortar relaciones de negocios con las sociedades que no se adhiriesen al boicot. El editor de *Blinkfüer* interpuso demanda solicitando una indemnización de daños y perjuicios contra la editorial *Springer*, pretensión finalmente desestimada por el Tribunal Supremo Federal como consecuencia de no atender al deber de protección del Derecho

[1240] BVerfGE 25, 256, (264). Hans–Jürgen PAPIER, refleja con claridad que, a su juicio, no se trata de la primera resolución que inicia la aplicación de la "teoría" del deber de protección, porque la considera una decisión en la que se concreta por parte del *Bundesverfassungsgericht* su jurisprudencia sobre la *mittelbare Drittwirkung* establecida por la *Lüth–Urteil*, especialmente a partir de los términos recogidos en BVerfGE 25, 256, (267), primera concreción de la *Lüth*. Por ello, la descripción base de la teoría se halla ya en esta última, "Drittwirkung der…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 1345-1346.

[1241] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit. e*n *op. cit.*, pp. 229 y ss; *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.* p. 57; no obstante, ha concluido reconociendo que el Tribunal Constitucional Federal alemán realiza su argumentación sin liberarse de la tensión entre prohibición de intervención y deber de protección de los Derechos Fundamentales, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 167 y ss. En el mismo sentido, Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts. Ein Beitrag…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 556; Martin OLDIGES, "Neue Aspekte der Grundrechts Geltung im Privatrecht", en *Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag*, edición de Rudolf Wendt / Wolfram Höfling / Ulrich Karpen / Martin Oldiges, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996, p. 303, y Claus–Dieter CLASSEN, "Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 122, 1997, p. 73.

Fundamental de *Blinkfüer* a la libertad de expresión y la correspondiente lesión del mismo por la acción de otro particular. Y, contra esta decisión, el propio editor interesó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal alemán, argumentando la vulneración del Derecho Fundamental a la libertad de expresión.

Pues bien, el *Bundesverfassungsgericht* empleó el concepto de orden objetivo de valores, utilizado por primera vez en la sentencia del caso *Lüth* para justificar la admisión de la demanda de amparo. Y, a partir de ahí, entendió que el Tribunal Supremo Federal, al ignorar la influencia del contenido objetivo de un Derecho Fundamental en las relaciones jurídicas entre sujetos privados, había vulnerado no solo la vertiente objetiva del Derecho Fundamental invocado sino también su dimensión subjetiva, considerado el derecho como pretensión frente al Estado y de obligada observación por la totalidad de los órganos estatales[1242], violación producida, en el supuesto afectado, al haber incluido su pronunciamiento la llamada al boicot efectuada por parte de la editorial *Springer* dentro del ámbito de la libertad de expresión del artículo 5. núm. 1 párrafo primero de la Ley Fundamental de Bonn, dilatando el ámbito de protección de ese Derecho de modo excesivo, o bien habiéndolo considerado erróneamente[1243].

Siguiendo la jurisprudencia sentada para resolver el caso *Lüth*, consideraría el *Bundesverfassungsgericht*, la llamada al boicot en sí misma comprendida, puede ser entendida sí como una forma protegida de manifestación de la libertad de expresión, ahora bien, siempre y cuando concurran una serie de circunstancias adicionales, a saber:

[1242] Gilmar Ferreira MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 4ª ed., Saravia Editora, São Paulo, 2013, p. 127.

[1243] BVerfGE 25, 256, (265).

a) acudir a la apelación al boicot como medio de confrontación de opiniones en temas de carácter político, económico, social o cultural, concernientes a la comunidad;

b) la solicitud no ha de implicar discusiones de naturaleza particular, ni tan siquiera tangencialmente;

c) a la hipotética convocatoria le está vedado utilizar medios que impliquen la adopción de una posición con base en mecanismos obligatorios, como la posición dominante en el mercado.

Pues bien, ello sentado, el Tribunal Constitucional Federal alemán no centró su razonamiento en entrar a valorar si se había producido una lesión del Derecho Fundamental de *Blinkfüer* a cargo de la editorial *Springer* de forma activa, hecho criticado a cargo de Claus–Wilhelm CANARIS al entender constituía el punto de partida por donde debía haber comenzado su análisis. Y ello es verdad, habida cuenta articuló su argumentación con (y desde) el fundamento en el extremo de que, a través de la resolución judicial recurrida, el Tribunal Supremo Federal había omitido el deber de protección que, con carácter previo, debió haber dispensado al Derecho Fundamental afectado, en lugar de iniciar el razonamiento considerando la cuestión de la afectación de la libertad de expresión de *Blinkfüer*, entendida esta última por el *Bundesverfassungsgericht* como elemento consustancial de la libre confrontación de ideas y opiniones, y merecedora, desde luego, de la oportuna tutela. Así, conforme hemos apuntado, según enjuiciara el Alto Tribunal por su parte, el Tribunal Supremo Federal había extendido amplia y erróneamente el ámbito de protección del Derecho Fundamental a la libertad de expresión reconocido por el artículo 5. núm. 1 párrafo primero de la Ley Fundamental de Bonn[1244], al comprender incluido un tipo de boicot desde el cual los medios utilizados no se limitaban a la

[1244] BVerfGE 25, 256, (265).

confrontación discursiva o argumentativa, sino que, para ese supuesto, impedían a los propios interlocutores la posibilidad de adoptar una decisión con completa libertad interna y sin presión económica[1245].

A estimación de Claus–Wilhelm CANARIS, a la referenciada resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán, le era imposible concluir, forzosamente, defendiendo que el promotor del boicot había lesionado el Derecho Fundamental de *Blinkfüer*, por cuanto ello sería dogmáticamente incorrecto, pues la editorial *Springer*, dada su condición de sujeto privado, no se manifestaría como destinatario de ninguna norma de rango iusfundamental. Antes bien, sería la resolución judicial dictada por la jurisdicción ordinaria la que efectivamente habría vulnerado el Derecho Fundamental a la libertad de expresión, como consecuencia de haber incumplido el deber de protección de *Blinkfüer* ante la llamada por otro particular frente a él a un tipo de boicot vinculado indudablemente a la presión económica, violando con ello una posición iusfundamental garantizada con fuerza constitucional; planteamiento, opina el autor precitado, adolente de palmarios déficits dogmáticos. Y ello, porque el boicot en cuanto tal, solo podría violar una libertad garantizada con fuerza constitucional, si el autor fuese destinatario normal de la propia garantía constitucional iusfundamental, "lo que nos colocaría en la tesis de la eficacia inmediata en relación a terceros". Con todo, valora fundamentalmente de forma positiva la sentencia globalmente considerada, al haber reconocido que estábamos substancialmente, pues, no ante una situación en la cual el órgano judicial hubiera intervenido ilegítimamente en el ámbito del Derecho Fundamental, sino ante el incumplimiento de su obligación de tutela debido a la existencia de un deber de protección para el supuesto

[1245] BVerfGE 25, 256, (265). Asimismo, puede verse Claus–Dieter CLASSEN, "Die Drittwirkung der Grundrechte in der…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 68.

concernido, ergo reconocido expresamente por el propio Tribunal Constitucional Federal alemán[1246].

Así, al denegar el Tribunal Supremo Federal, o más bien obviar, la protección jurisdiccional a la que venía obligado por encontrarse frente a un supuesto de mandato de tutela, para Claus–Wilhelm CANARIS se explicaría perfectamente el desenvolvimiento del problema y la decisión adoptada, como el hecho de no realizarse la protección a través del recurso a la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas *inter privatos*[1247] (para el autor, recordemos, la construcción dogmática es autónoma, no en vano, claro lo siente, se considera a sí mismo, el creador de la patente), sin perjuicio de que, en este caso concreto, ni siquiera fuese necesario acudir a la técnica de la ponderación. Pero, reparemos de nuevo, dice bien el propio Claus–Wilhelm CANARIS, este último aspecto, el de la innecesariedad de ponderación, infrecuentemente suele ser así, lo que, por ejemplo, aparece con claridad en la decisión sobre la antena parabólica traída a colación en su argumentario, que, por demás, tampoco podía ser construida mediante la función de prohibición de intervención o derecho de defensa, habiéndose recurrido en último extremo desde *Karlsruhe* a la ponderación individual entre el Derecho del propietario y el Derecho del arrendatario[1248]. Dicho de otro modo y con los propios términos del autor, "frente a la libertad de prensa del editor *Blinkfüer*, más bien, lesiona el Derecho Fundamental el Tribunal Supremo Federal o la norma del caso (*Fallnorm*) que subyace a su decisión, según la cual, no le estaría

[1246] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 58 y 86.

[1247] *Ibídem*, p. 58. Sin embargo, para Robert ALEXY, se hubiera entendido mejor la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán, si este, en lugar de acudir a la teoría del deber de protección, hubiera examinado en el caso la corrección o incorrección de la decisión judicial, en atención al derecho que asiste al ciudadano a la "debida medida" de los Derechos Fundamentales en la resolución de las controversias entre sujetos privados, *Teoría de los Derechos…*, *op. cit.*, p. 519.

[1248] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.* p. 89.

garantizado a una empresa de prensa ninguna protección contra una llamada al boycot vinculada a presión económica"[1249].

6.9.4.10. Valoración de la teoría del deber de protección, fundamentalmente a partir de la aportación de *Claus–Wilhelm Canaris.*

6.9.4.10.1. Las ventajas fundamentales según el propio *Claus–Wilhelm Canaris* (repaso de síntesis).

Pues bien, esta concepción dogmática tiene una serie de ventajas, a juicio de Claus–Wilhelm CANARIS, entre las cuales podemos destacar las cinco siguientes:

a) se adscribe a la postura de que, en principio, el Estado –pero no los ciudadanos– deviene exclusivamente destinatario de los Derechos Fundamentales, pues el deber de protección concierne exclusivamente a los poderes públicos;

b) pretende ofrecer una explicación dogmática convincente respecto de la cuestión de saber sí, y por qué, los actos realizados a cargo de sujetos privados están sometidos a los efectos de los Derechos fundamentales que se proyectan sobre los mismos, precisamente porque el Estado, a través de su ordenamiento jurídico, se encuentra obligado, fundamentalmente también en el tráfico jurídico-privado, a la protección de estos sujetos no estatales frente a otros actores de la misma naturaleza;

c) supera las dificultades dogmáticas que plantea, a su juicio, la tesis del innecesario y confuso efecto irradiación de los Derechos Fundamentales, pues la protección de estos no es una derivación de

[1249] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.* p. 58.

su carácter de principios objetivos sino de su cualidad de derechos subjetivos[1250];

d) aunque ello no sea privativo de esta teoría, incide en que la resolución de conflictos jurídicos por medio de la teoría del deber de protección, halla su desenvolvimiento a través del principio de proporcionalidad y el criterio de prohibición de insuficiencia (*Untermaßverbot*);

e) como última cuestión, garantiza más eficazmente el principio de autonomía privada (¡eso dicen todas las construcciones!), así como la esencia de las normas de Derecho Privado[1251].

Por consiguiente, integra el contenido de los *Schutzpflichten* la correspondencia con una serie de medidas adecuadas a la protección de un bien jurídico fundamental, o al impedimento de intervenciones de terceros en el ámbito de protección del Derecho protegido por una norma constitucional. Así, el deber de protección del Estado se corresponde con la prohibición que le afecta de omitir esa protección iusfundamental, pues volvería a convertirse en adversario (*Gegner*) de los Derechos Fundamentales, y ahora se le considera amigo y garantizador (*Grundrechtsfreund und Grundrechtsgarant*) de los mismos.

Ahora bien, al situarnos ante la tesis de los deberes de protección a cumplir por los órganos estatales, de hecho, estamos efectivamente dentro del ámbito de la vinculación del Estado a los Derechos Fundamentales y no ante una relación intersubjetiva, que, en puridad es el fundamento inicial de la *Drittwirkung*. Por ello, si los destinatarios de las disposiciones iusfundamentales, *prima facie*, son exclusivamente (fundamentalmente) los poderes estatales, en su virtud, mantiene Claus–

[1250] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 38.

[1251] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip …", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 163 y ss.

Wilhelm CANARIS, una eficacia inmediata o directa de los Derechos Fundamentales conduciría a consecuencias dogmático-prácticas imposibles de sustentar, y, por demás, tanto el canon de interpretación gramatical, como el histórico y el sistemático de exégesis de los Derechos Fundamentales, animan decididamente al pronunciamiento en contra de la teoría de la eficacia directa[1252]; nada dice del teleológico, por cierto, de ahí que el autor quede anclado en el pasado, esto es, no da metodológicamente medio paso más que los avanzados en su momento por Savigny. No obstante, acepta de un modo contradictorio que, de conformidad a términos lógico-jurídicos, resulta plausible entender los Derechos Fundamentales desde el modo preconizado por la *unmittelbare Drittwirkung* y, en cuanto a la perspectiva práctica, no está enteramente excluido, como lo revela el artículo 9. núm. 3. párrafo segundo de la Ley Fundamental de Bonn, donde se encuentra efectivamente contemplando de forma expresa un supuesto de eficacia inmediata[1253]. De todos modos, de generalizarse esta comprensión, y aplicada coherentemente la doctrina de la eficacia externa inmediata, señala, ello implicaría que todos los Derechos Fundamentales conducen a prohibiciones de intervención en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, y a derechos a protección frente a otros sujetos jurídico privados. Con lo cual, salta a los ojos, sostiene, que una aplicación consecuente de esta doctrina de manera generalizada aboca a consecuencias dogmáticas insustentables, pues amplias parcelas del Derecho Privado, especialmente el derecho contractual así como también el derecho de responsabilidad civil, serían sustituidos en amplia y al fin total medida por el Derecho Constitucional, lo cual, contradice la autonomía bien entendida del Derecho Privado, desenvuelta

[1252] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 203 y ss y 222; *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 34.

[1253] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 54.

orgánicamente en el discurrir de muchos siglos[1254]. Además, daría igualmente lugar a grandes dificultades de orden práctico, ya que la mayoría de los efectos jurídicos a los que forzosamente se llegaría, de ser tal teoría en su caso proseguida, como pudiera ser la nulidad de los contratos que restringen Derechos Fundamentales, conduciría a descartar en último extremo semejante interpretación, por su obvia insustentabilidad para poder llevarse cabo en términos prácticos[1255].

5.9.4.10.2. Algunas matizaciones y críticas favorables y desfavorables, desde dentro de la construcción (se descartan ahora, básicamente, las realizadas desde las premisas de otros "sistemas").

De conformidad a esta línea de ideas, valora Klaus STERN que, aunque la considere como señalamos una variante de la eficacia mediata fortalecida por la mejor incorporación de los Derechos Fundamentales para los supuestos de relaciones intersubjetivas, la teoría perfeccionada de la eficacia indirecta, denominada ahora deber de protección estatal, es el punto de partida más exacto y desde el que mejor se explica la eficacia de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas entre sujetos privados[1256]. Y termina estimando nos hallamos ante una evolución lógica de la teoría de la eficacia mediata, variante terminológicamente construida también a partir del reconocimiento de la dimensión objetiva de las normas iusfundamentales[1257].

[1254] Claus–Wilhelm CANARIS, "A influência dos direitos fundamentales sobre o…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 214; *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 55.

[1255] *Ibídem*, p. 55.

[1256] Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…, op. cit.*, p. 1560. Igualmente, Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 225 y ss.

[1257] Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik…, op. cit.*, p. 1572.

Igualmente, ve en ella Matthias RUFFERT una reconstrucción y precisión dogmática de la doctrina de la eficacia mediata, orientada en la misma dirección y opuesta, por lo tanto, a la tesis de la eficacia directa; si bien, le asalta sin embargo la duda, a la hora de reconocer o no su autonomía[1258], aunque, si le forzáramos, quizá decantaría su posición a favor de su reconocimiento, nos atrevemos a decir, por la condición también evolutiva de la propia naturaleza de las cosas. En tanto Dieter GRIMM, expresa su creencia acerca de que lejos de suponer una moda pasajera, responde a las modificaciones experimentadas y referentes a la realización de la libertad individual, siendo así producto de la necesidad y no de la azarosa casualidad[1259], no faltándole razón leída, al menos, la jurisprudencia constitucional alemana. Por su parte, Jörg NEUNER entiende que la superior ventaja de esta construcción dogmática radica en el hecho de encontrarse fundamentada sobre las estructuras del Derecho Privado y, de este modo, los deberes de protección específicos no pueden ser identificados abstractamente y con carácter previo, vale decir, conforme a términos genéricos, procediéndose a su concretización para cada supuesto de hecho específico, y generando, solo en esa medida, derechos subjetivos[1260].

En fin, según también ha sido dicho, la figura del deber de protección hace su aparición como una "solución francamente revolucionaria a la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, que alcanza los

[1258] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung...*, *op. cit.*, pp. 252 y ss.

[1259] Dieter GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991, p. 234. Una opinión contraria puede verse leyendo a Eckart KLEIN, quien no termina de encontrar fundamento constitucional, dice con delicadeza, a una doctrina que juzga construida un tanto apresuradamente, "Grundrechtliche Schutzpflichten...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 1636 y ss.

[1260] Jörg NEUNER, *Privatrecht und...*, *op. cit.*, especialmente p. 161.

mismos resultados propuestos por la *Drittwirkung* directa", pues resulta posible "advertir las semejanzas entre ambas construcciones", además de llegar las dos, *de facto*, a idénticas conclusiones, esto es, al reconocimiento de "la vigencia normativa directa de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado".

Ahora bien, sin perjuicio de lo apuntado por Alexei JULIO EXTRADA, subsiste una discrepancia dogmática importante, toda vez la *unmittelbare Drittwirkung* tendría lugar a través de "la aplicación inmediata de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado", mientras por lo referido al deber de protección, sería jurídicamente el "resultado de la vinculación de los jueces a los derechos fundamentales"[1261]; con lo cual, sí que le asistiría la razón fundamentalmente Klaus STERN, desde nuestra modesta valoración sobre este concreto aspecto.

Por consiguiente, de conformidad a la opinión de ciertos sectores doctrinales, estamos meramente ante una nueva tendencia en el ámbito de la teoría de la eficacia mediata, al venir a abrazar, en esencia, los postulados fundamentales de esta[1262]. Así, a partir del momento en que se considera que no solo el Legislador, cuya primacía en la construcción es discutida, pero luego es más teórica que práctica, sino también el órgano juzgador están vinculados a los Derechos Fundamentales, parece haber pocas diferencias entre esta última perspectiva y la teoría clásica de la eficacia mediata. Máxime partiendo igualmente desde esta premisa de la admisión de que el deber de protección compete también a los órganos judiciales directamente vinculados a los Derechos

[1261] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…*, *op. cit.*, pp. 146-147.

[1262] Así, Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", en *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, pp. 126-127.

Fundamentales y se acepta así la mediación del juez, esto es, si el deber de protección es competencia también de los órganos judiciales. Por tanto, la construcción dogmática para Ingo Wolfgang SARLET, se ha dicho así, fundada sustancialmente sobre la teoría de los deberes de protección estatales, sustenta la existencia (salvo previsión constitucional de eficacia directa) de una eficacia general indirecta de los Derechos Fundamentales[1263].

No obstante lo anterior, se ha llegado asimismo a la conclusión, podemos decir evidentemente contraria, toda vez que, frente a la carencia de actuación del Legislador de aceptar la mediación de otro poder público, como la de cualquier órgano perteneciente al poder judicial, dejaría de tener significado la diferencia entre esta teoría del deber de protección estatal y la de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales, lo que se pondría de relieve, *ad exemplum*, a través de la sentencia del aval bancario, donde se realizan afirmaciones que conducirían en el futuro inmediato a la admisión de una eficacia directa y poco menos que absoluta, de los Derechos Fundamentales para el tráfico jurídico privado.

En este sentido, según posiciones doctrinales singularmente minoritarias, ambas construcciones resultarían ser, en idéntica medida, peligrosas para la salvaguarda del principio de autonomía privada, por lo que sería posible alcanzar el mismo resultado protector sin esos riesgos, partiendo de la tesis clásica, conforme a la cual, los Derechos Fundamentales imponen exclusivamente obligaciones de abstención al

[1263] Ingo Wolfgang SARLET, "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 25, quien también dice comprender a quienes argumentando de forma diversa, a partir de la imposibilidad para los ciudadanos de tutelar sus Derechos Fundamentales, salvo excepciones, mantienen la perfecta posibilidad de compatibilizar la teoría de los deberes de protección estatales y la teoría de la eficacia inmediata de las posiciones subjetivas iusfundamentales en las relaciones entre particulares, *ibidem*, p. 27.

Estado[1264]. Pero tampoco entendemos que se haya llegado, por el momento, en este caso más allá de fijar, sí, la meta, sin describirnos con claridad el recorrido a seguir (damos por sentado que de "alta montaña").

Congruentemente con lo apuntado, quizá quepa reconocer, la doctrina del deber de protección estatal ensancha la aplicación de los Derechos Fundamentales en el marco de las relaciones intersubjetivas, sobrepasando la tradicional infiltración de su contenido mediante el colmado valorativo de las cláusulas generales de Derecho Privado como método preferente para hacer eficaces tales Derechos en este sector del ordenamiento, en el bien entendido sentido que, desde ahora, también se materializaría normalmente por medio de todas las normas de naturaleza privada[1265], por el hecho de imponer a los poderes estatales (Legislador, ejecutivo-administración, órganos judiciales) el deber de garantizar de modo efectivo y completo que no se produzcan lesiones a los Derechos Fundamentales provenientes de otros sujetos privados dentro del tráfico jurídico desarrollado entre los mismos. Si bien, queda la cuestión de poder inicialmente el órgano judicial dar resolución inmediatamente a los conflictos planteados a partir de las normas constitucionales que establecen los Derechos Fundamentales[1266]; aunque de toda la construcción resulte posible deducir un fortalecimiento del Poder judicial,

[1264] Así opina Wolfgang ZÖLLNER, "Regelungs spielräume im Schuldvertragsrecht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 2 y ss, especialmente, 11 y ss.

[1265] Ello ha permitido a Claus–Wilhelm CANARIS rechazar, por incomprensible, la tesis de la eficacia mediata, según la cual, los Derechos Fundamentales deben resultar eficaces en las relaciones intersubjetivas esencialmente a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados, toda vez ahora, de una parte, "es concebible que normas con supuestos de hecho sólidos, sirvan para la realización de los Derechos Fundamentales, y, de otro lado, tampoco consta de antemano que exista siempre una cláusula general apropiada", "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 223.

[1266] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…*, *op. cit.,* p. 249. En igual sentido, Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

al menos en línea teórica, tal como vienen reconociendo importantes sectores de la literatura jurídica.

Hemos de tener en cuenta que la puerta de entrada ofrecida por la sentencia que decidió el caso *Lüth*, ha sido aprovechada por la jurisprudencia constitucional alemana para entrar a considerar que "los derechos de prestación, protección, organización y procedimiento, impondrán nuevas obligaciones al Estado", y, de este modo, la concepción de "un poder público que debe mantenerse simplemente fuera del ámbito reservado a los individuos, está claramente desbordada", pues el propio poder ha de hacerlos efectivos "eliminando barreras y dificultades, protegiéndolos frente a terceros y adaptando las instituciones y los procesos"[1267], y de ahí, no deba resultar extraño la proyección que está alcanzando la teoría del deber de protección.

Entre nosotros ha mantenido algo similar referente al deber de protección Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, cuando manifiesta que, conforme a este punto de arranque, las normas iusfundamentales en su condición de mandatos de protección dirigidos a los poderes estatales, obligan a delinear la problemática de la vigencia social de los Derechos Fundamentales, partiendo de "la forma en que vinculan a los poderes públicos. Los Derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos como mandatos para que respeten la esfera de libertad reconocida a los ciudadanos (prohibición de intervención) y, simultáneamente, como mandatos para que establezcan medios de protección eficaces ante la infracción por otros particulares (exigencia de protección) (…) Consecuentemente, la vinculación de los poderes públicos a la Constitución permite hablar de un derecho fundamental a tutela (no solamente judicial) efectiva (*Grundrecht auf Schutz*, en expresión de Georg Hermes), en la medida que los poderes públicos no solamente han de

[1267] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción…*, *op. cit.*, p. 63.

abstenerse de intromisiones ilegítimas en la esfera jurídica de los particulares, sino que están obligados también a garantizar a los particulares un mínimo de protección ante su desconocimiento por parte de otros particulares"[1268].

Y más adelante según añade el mismo autor, el mejor modo de garantizar una cierta vigencia social en las relaciones jurídicas entre sujetos privados de las normas iusfundamentales, es mediante el recurso a la teoría del deber de protección estatal, implicando ello la necesaria mediación de un poder del Estado, la cual, "viene delimitada, por un lado, por la obligación de intervención que para los poderes estatales se deduce del carácter de mandatos de protección de los derechos fundamentales", y, de otra parte, debido a "la obligación de respetar el ámbito privado de libertad que deriva del carácter de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención"[1269]. Así las cosas, se produciría una distribución de tareas entre los distintos órganos estatales, de modo que al Legislador le correspondería "establecer el nivel de vigencia social de los derechos fundamentales exigido por la Constitución mediante la promulgación de normas de derecho privado que respondan a una valoración equilibrada", mientras que "a los jueces corresponde idéntica labor en la interpretación de las normas, tarea que tiene especial importancia para la interpretación de las cláusulas generales, así como para el control de constitucionalidad de los usos y en la labor del desarrollo judicial del derecho". En último extremo, "al Tribunal Constitucional corresponde fiscalizar esas actividades

[1268] Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 66-67.

[1269] *Ibídem*, p. 67.

estableciendo, en cada caso, si la falta de protección o el exceso de intervención es imputable al legislador o a los jueces"[1270].

Incluso más claras tiene las cosas respecto de la posición terminada de aludir Alexei JULIO ESTRADA, al referirse textualmente a "la apasionada defensa que hace este autor de la doctrina del deber de protección"[1271]. Referente a Josep FERRER I RIBA–Pablo SALVADOR CODERCH, mantienen la postura de combinar la teoría de los deberes de protección estatales con la tesis de la eficacia mediata a través de la interpretación de las cláusulas generales integradas con el contenido valorativo de los Derechos Fundamentales como el cauce más idóneo al objeto de hacer eficaces a estos últimos en el tráfico jurídico–privado, si bien con el añadido de una importante precisión ulterior, pues llegan a la admisión de la eficacia inmediata cuando en la relación jurídica intervienen poderes sociales de dominio[1272].

Sin perjuicio de lo apuntado *ut supra*, desde el punto de vista práctico, no parece existir una gran diferencia a la hora de distinguir entre la teoría de los deberes de protección dirigidos también al órgano judicial y la teoría de la eficacia inmediata, pues vincular al juzgador a los Derechos Fundamentales implica, sea dicho, que los sujetos privados asimismo lo están. Aunque, ciertamente, esta última construcción dogmática incida fundamentalmente en la relación entre los actores no estatales y la eventual limitación que los Derechos Fundamentales

[1270] Jesús ALFARO ÁGUILA–REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 120-121.

[1271] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales*…, *op. cit.*, p. 188, nota núm. 48.

[1272] Josep FERRER I RIBA–Pablo SALVADOR CODERCH, "Asociaciones, democracia y <<Drittwirkung>>", en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, edición de Pablo Salvador Coderch, Editorial Cívitas, Madrid, 1997, pp. 95 y ss.

representan para su autonomía privada[1273], mientras el deber de protección incumbe a todos los poderes estatales, e implica, por el contrario, un mandamiento de desenvolvimiento autónomo del Derecho conforme a las posiciones de naturaleza iusfundamental; de este modo, y por ello, es también distinta de la teoría de la eficacia mediata, pues esta supone solo un mandamiento de interpretación conforme a los Derechos Fundamentales.

De cualquier manera, según ha señalado Ingo Wolfgang SARLET, de inicio, el hecho de que los deberes de protección tengan como destinatarios solo a los órganos del Estado, tal circunstancia resulta inadecuada (imposible) de esgrimir como condicionante que obligue a prescindir de la vinculación directa a los Derechos Fundamentales de los sujetos privados para el supuesto de las relaciones jurídicas desarrolladas entre sí. Y ello porque se podría objetar en este sentido, que justamente tal presupuesto deriva del deber recaído sobre cada sujeto de respetar y, por encima de todo, de no lesionar los Derechos Fundamentales de los demás. O dicho con otros términos, en razón de estar vinculados directamente por los Derechos Fundamentales, es el

[1273] Robert ALEXY, *Teoria de los derechos…*, *op. cit.*, pp. 520-521, defiende en este ámbito, un modelo de tres niveles de eficacia. Según este modelo, sostiene, por efecto inmediato ha de entender aquel que por razones iusfundamentales, en las relaciones ciudadano/ciudadano, existen determinados derechos y no-derechos, libertades y no-libertades, competencias y no-competencias que, sin estas razones, no existirían. Este autor considera que, si se define de esta manera el concepto de efectos inmediatos en terceros, de las teorías de la eficacia mediata y de la teoría de los deberes de protección sigue una eficacia inmediata en relación a terceros. Con lo cual, esta construcción parece, consecuentemente, confirmar esta crítica que hicimos a los deberes de protección, por cuanto vincular al juez a estos derechos implica, en términos prácticos, que los particulares también se encuentren vinculados. Nos parece por eso, considerar por Stefan OETER, "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie. Ein Beitrag…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 550, que cuando el Legislador no cumple, en un caso concreto, su deber de protección debido de la Constitución, no deberá ser tarea del juzgador establecer una decisión basada en una norma por si creada para substituir a la solución que falta en términos legislativos. Pues entiende este autor que, conforme anteriormente apuntamos, ante situaciones de no concretización de un deber de protección, solo deberá seguirse el camino del Tribunal Constitucional que, dentro del ámbito de su monopolio de "reprobación de normas", es la única institución que podrá llamar al legislador a perfeccionar o actuar. Sobre este último aspecto Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 217.

motivo por el cual el Estado debe intervenir en el ámbito de su deber de protección y la justificación por la cual los ciudadanos también podrán reclamar la intervención protectora[1274].

Se ha dicho así hallarnos de nuevo ante un expediente práctico que ofrece una solución artificial y deja sin resolver la pregunta de fondo, como es la de saber si los Derechos Fundamentales vinculan o no a los sujetos no estatales en las relaciones intersubjetivas. Por ello, consideramos dogmáticamente de superior coherencia teórica, además de ofrecer inferiores dificultades prácticas, la admisión de que, verdaderamente, los sujetos privados se hallan inmediatamente vinculados a los Derechos Fundamentales como Derecho Constitucional vinculante en términos objetivos, lo cual trae como consecuencia la modificación o creación de normas de Derecho Privado, y permite prescindir del deber de protección[1275].

Por sus debilidades dogmáticas y sus resultados prácticos, la construcción ha recibido, junto con la tesis de la eficacia mediata, algunas objeciones de cierta dureza, entre otras, de Isabell HENSEL–Gunther TEUBNER, al acusarla de profundas deficiencias estructurales que pueden dar lugar a conflictos sociales, y de atender solo a la dimensión individual de los Derechos Fundamentales, desatendiendo sin

[1274] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 147.

[1275] Gert BRÜGGEMEIER, quien considera que la hiperconstrucción de Claus-Wilhelm Canaris sienta una profunda confusión proveniente de la no distinción entre causa y efecto, "Horizontal Effects of Fundamental Right in German prívate law", http://www.fundamentalrights.uni.bremen.de/Germann.htm, pp. 14-15: los tribunales de justicia tienen que tener los Derechos Fundamentales en consideración en sus decisiones sobre casos civiles porque estos influencian a las partes en sus relaciones jurídicas, sin embargo, los Derechos Fundamentales no son válidos en las relaciones de Derecho Privado porque un tribunal tome una decisión, sino porque estos tienen que ser considerados en la interpretación y el desenvolvimiento de ese sector jurídico. Por otro lado, coloca la cuestión de saber si el supuesto de hecho debería ser resuelto de una forma diferente si se tratase de un caso sujeto a un órgano arbitral no estatal que, consecuentemente, no estaría vinculado a los derechos fundamentales. Por todos, en este sentido, Eckart KLEIN, "Grundrechtliche Schutzpflichten…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 1639.

embargo la dimensión colectivo-institucional de los mismos, cual requerimiento de una teoría actual democrática de los Derechos[1276]. Idéntica percepción reprobatoria hallamos rubricada en diversos momentos a lo largo de las de 427 páginas de la monografía de Ralph CHRISTENSEN–Andreas FISCHER-LESCANO, aludiendo críticamente al acomodado pragmatismo semántico-holístico de la teoría de los deberes de protección de los Derechos Fundamentales secundado por la judicatura, ante lo que propugnan la revaluación de la coyuntura, previo al asentamiento de un modelo más reflexivo, que arranque del elemento semántico y brinde superiores certezas y rendimientos en el ejercicio ciudadano de los Derechos Fundamentales[1277].

Por su parte, autores como es el caso Ingo Wolfgang SARLET, consideran perfectamente legítimo mantener que la vinculación directa de los órganos estatales en el ámbito de los deberes de protección referidos a los Derechos Fundamentales no excluye la posibilidad de que los particulares estén asimismo vinculados por determinados deberes de protección no estatales, y que en la esfera de las relaciones *inter privatos* no concurra al menos, como se insistía en otro lugar de este escrito, la existencia de un deber de respeto y tolerancia de los Derechos Fundamentales de los demás sujetos de Derechos, sin perjuicio, que es algo distinto, de los deberes fundamentales del ciudadano[1278].

[1276] Isabell HENSEL–Gunther TEUBNER, "Matrix Reloaded. Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias", en *Kritische Justiz*, 2014, especialmente, pp. 155 y ss, y 162 y ss.

[1277] Ralph CHRISTENSEN–Andreas FISCHER-LESCANO, *Das Ganze des Rechts – Vom hierarchischen zum reflexiven Verständniss deutscher und europäischer Grundrechte*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2007, de modo principal en las pp. 265 y ss, y 365 y ss. Ítem censor de la teoría, Jörg LÜCKE, "Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG: Zur horizontalen Geltung der Grundrechte in neuer Sicht" en *Juristen Zeitung*, 1999, 54, Heft. 8, pp. 377-380.

[1278] Ingo Wolfgang SARLET, "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 25.

Ahora bien, tomando como fundamento la línea seguida por el Auto 382/1996, de 18 de diciembre, dictado por el Tribunal Constitucional español, podemos encontrar una defensa entusiasta del deber de protección a cargo de Alexei JULIO ESTRADA, quien considera oportuno partir de una valoración de la experiencia alemana. Una experiencia de la cual resalta, de una parte, que esta figura ha demostrado ser un "instrumento útil en manos del tribunal alemán para la defensa de los particulares de las amenazas o vulneraciones que tienen su origen en el tráfico *inter privatos*"; y, de otra, ha evidenciado ser una construcción adecuada a efectos de la "ampliación del ámbito de protección que se podría brindar a los particulares", al permitir, como aclara el análisis de la jurisprudencia constitucional, superior "flexibilidad y capacidad de adaptación a los siempre cambiantes supuestos fácticos", facilitando con ello, desde luego, la extensión de "los derechos fundamentales a ámbitos cada vez mayores del ordenamiento jurídico". A partir de estas consideraciones, pone ya de relieve cómo se produce en España una congruencia de esta teoría con el empleo por parte del Tribunal Constitucional de la figura de la imputación judicial, con lo cual, una continuada elaboración dogmática, además de permitir asumir las ventajas señaladas de la jurisprudencia de Karlsruhe, fortalecería la coherencia "interna de la argumentación que emplea el Tribunal (Constitucional) para justificar el amparo contra las sentencias judiciales"[1279]. Incluso, el propio autor, no alberga dudas respecto de que este planteamiento dogmático aboca, a la postre, a la negación la eficacia de los Derechos Fundamentales para los supuestos de relaciones intersubjetivas, sin embargo, valora altamente la construcción por estimarla constitutiva de "un gran avance jurisprudencial", toda vez "ha permitido acceder al juez constitucional a ámbitos que de otra forma escaparían de su control", de ahí su utilidad y necesidad de

[1279] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales*..., *op. cit.*, pp. 193-194.

reivindicación[1280]. Por demás, considera un acierto el desenvolvimiento de la teoría, al hacer recaer sobre el Estado el origen de la vulneración debido al incumplimiento de su deber de protección, lo cual, ha permitido al juez constitucional, en ocasiones, condicionar y orientar la actividad del Legislativo[1281], aspecto ya no valorado positivamente por todos. En la misma línea de ideas, considera que desde la perspectiva de la configuración de los ordenamientos constitucionales alemán y español, unido a la respectiva regulación legal de los recursos de amparo, halla plenamente justificación, para ambos casos, el "abandono de la eficacia de la *Drittwirkung* mediata o inmediata" y su sustitución por la teoría del deber de protección, entendido en términos reforzados, esto es, permitiendo al órgano judicial el aplacamiento de su disconformidad al facultarle "interpretar los preceptos legales a la luz de los derechos fundamentales", al margen permitirle también la utilización de "estos últimos para llenar las lagunas y los vacíos de la ley; en fin, incluso que los emplee como instrumentos de realización de la igualdad real entre los asociados"[1282].

Por último, cabe reconocer cómo Matthias RUFFERT ve la aportación más significativa de esta construcción dogmática en la posibilidad de su instrumentalización de cara al logro del "Estado de protección", postulado que se sigue como resultado de una evolución estatal inevitable por parte de algunos constitucionalistas. En particular, se estrecha la relación entre deberes de protección y tareas del Estado, ya que la incorporación de los primeros acentúa la función activa del poder estatal, relativa a la eficacia de los Derechos Fundamentales, y supera la

[1280] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…*, *op. cit.*, p. 198.

[1281] *Ibídem*, p. 198.

[1282] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…*, *op. cit.*, p. 207.

concepción de estos como meros derechos de defensa o derechos reaccionales[1283].

Y un añadido fuera del "tiempo reglamentario", que no de control. Refiriéndose entendemos a la resolución del aval bancario, hay quien irónicamente ha escrito: por ejemplo, en una sentencia para hacer efectivo un aval, el juzgado indica que en las cláusulas generales habrán de tenerse en cuenta los Derechos Fundamentales como una "guía" (el entrecomillado es del autor, y por el Tribunal no se nos precisa exactamente de que "guía" se trata). Y si las cosas resultaran ser así, nos preguntamos no sin alarma, desde esa posición a la "weimarización", ¿cuánta distancia hay?.

6.10. El deber de protección contra sí mismo (uno mismo), ¿es de carácter autónomo o está comprendido dentro de la categoría del deber general de protección estatal?.

6.10.1. Idea previa.

Resta, en fin, hacer una breve referencia relativa a la cuestión de si el deber estatal de protección del sujeto contra sí mismo, constituye una categoría autónoma o debe considerarse comprendido dentro de la construcción general del deber de protección estatal, cuestión que ha originado nuevamente una considerable disputa doctrinal. No obstante, por el momento, dentro del ámbito jurisprudencial alemán, el Tribunal Constitucional Federal lo tiene claro, al incluir estos supuestos dentro del deber de protección, si bien, no ha malgastado tiempo a la hora de identificar el acto amenazador o lesivo de un tercero, centrándose en poner el acento sobre la cuestión del deber que han de asumir los

[1283] Matthias RUFFERT, *Vorrang der Verfassung...*, *op. cit.*, pp. 252-253.

órganos judiciales a fin de reparar la lesión[1284]. Siguiendo a Alexei JULIO ESTRADA, este autor nos da cuenta de que un sector doctrinal encabezado por Christian HILLGRUBER y Josef ISENSEE, apuesta con decisión por considerarlo un deber de naturaleza independiente, naturalmente, en ambos casos, desde una precomprensión netamente inspirada por la teoría liberal de los Derechos Fundamentales.

6.10.2. En particular, la argumentación de *Christian Hillgruber*, y su crítica.

Para Christian HILLGRUBER, en realidad, está ausente en el supuesto sometido a examen una intervención privada y, justamente, falta también en la relación contractual la presencia de un culpable y una víctima, pues lo que la situación pone de manifiesto es la existencia de una parte socialmente más fuerte y otra más débil (roles para él de naturaleza sociológica), la primera de las cuales se prevale de su posición dominante pero sin actuar contra la voluntad de la segunda; unos presupuestos, estos últimos, que, por nuestra parte, entendemos hacen saltar obligatoriamente el correlativo deber de protección estatal[1285]. Y es que aquí, se mire como se mire, no se tutela a la parte débil de la relación jurídica frente a un tercero que lesiona sus bienes o Derechos, sino frente a sí misma, es decir, frente a su propia autoobligación contractual[1286].

En nuestra opinión, consideramos que la construcción de Christian HILLGRUBER, formulada desde la dialéctica de la voluntad característica de la concepción liberal-individualista que la sustenta, no es conducente conforme al orden de valores sociales expresado a través del Estado

[1284] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 205-206.

[1285] Christian HILLGRUBER, *Der Schutz des Menschen...*, *op. cit.*, especialmente, pp. 253 y ss.

[1286] *Ibídem*, p. 205.

Social y Democrático de Derecho y las consiguientes exigencias hermenéutico-concretizantes que incorpora. En primer lugar, ignora o pasa por alto que para la teoría del deber de protección lo determinante no es tanto quién causa la lesión sino el hecho de que un bien jurídico o Derecho resulte amenazado o haya sido vulnerado, y esto último sí concurre en el supuesto a considerar. Por otra parte, el ente vulnerador, aunque lo sea tan solo por la propia naturaleza de las cosas, es asimismo un sujeto privado. Y, finalmente, es inadecuado despachar el asunto mediante la afirmación de que ello es debido a la cuestión de que las "desigualdades son sociales y económicas", como si lo mismo no tuviera una traslación jurídica al momento de la firma del contrato, cuando llevamos reiterando, *ex abundantia*, que esa situación de "desigualdad estructural" fáctica es impeditiva de la libertad real de la parte débil de la relación jurídica e imposibilita la funcionalidad de la autonomía privada, que solo resulta operativa (respetada) en situaciones de paridad entre los contratantes.

6.10.3. En particular, la argumentación de *Josef Isensee*, y su crítica.

Por lo referido a la posición específica de negación del reconocimiento del deber debida a Josef ISENSEE, remonta este autor su argumentario con la finalidad de encontrar el fundamento de su construcción teórica a algunas consideraciones de Teoría del Estado y de la Constitución marcadamente liberales, pero, a nuestro modo de ver, arrancando de premisas equivocadas si nos centramos en el actual grado de evolución del constitucionalismo social y democrático. Una posición un tanto extraña en la que se coloca el autor, quien ha declarado como principio general la indudable incorporación por los Derechos

Fundamentales de la "prohibición dirigida a todas las personas de lesionar los bienes jurídicos protegidos por ellos"[1287].

Y a propósito de sustentar la conclusión de que en este supuesto no estamos frente a un deber de protección estatal sino ante la realización de uno de los fines del Estado Social, cual es el de garantizar protección al ciudadano frente a los riesgos del mercado, se ve obligado a sostener que constituye una competencia del Estado Social la protección de la libertad iusfundamental en el plano jurídico, por ser esta una competencia del Estado de Derecho (al menos, aprecia estar ante una vulneración jurídica). Para lo cual, como observamos, le resulta asimismo obligado deconstruir o disociar la fórmula integral y unitaria que refleja la Ley Fundamental de Bonn y ha mantenido la jurisprudencia constitucional del Estado Democrático y Social de Derecho[1288], a través de dos tipos o categorías de Estados que convivirían el uno al lado del otro de forma paralela, cada cual con su correspondiente red de competencias autónomas. Evidentemente, una interpretación similar no cuadra ni con la voluntad del constituyente, ni con el desarrollo teórico (en su mayoría) y práctico que se ha hecho de la *Grundgesetz*, pues las nuevas funciones asumidas por el Estado como consecuencia de la cláusula de lo Social, son canalizadas a través del Derecho.

De hecho, no hay funciones del Estado Social y funciones del Estado de Derecho, como pretende el autor, sino que existen funciones del Estado Democrático y Social de Derecho en cuanto tipo único de

[1287] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 218.

[1288] El Tribunal Constitucional Federal alemán ha apostado por la interpretación integradora de los tres principios estructurales, y ha sostenido respecto del principio del Estado de Derecho, que, "ciertamente, este principio no contiene, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (…) nada concreto para toda situación que se derive de las distintas prohibiciones y mandatos de rango constitucional. Este principio constitucional requiere más bien una concretización dependiendo de las circunstancias objetivas, de forma que tienen que permanecer protegidos en conjunto los elementos fundamentales del Estado de Derecho y la vigencia de las garantías constitucionales", BVerfGE 45, 187, (246).

Estado integrado e integrador. La progresiva evolución del Estado de Derecho hacia el Estado Social, obviamente, no representa una negación del principio estructural primero, sino, como tantas veces insistiera Hans F. ZACHER, un perfeccionamiento ulterior al servicio de la justicia social por medio del Derecho[1289]. También Erhard DENNINGER, estima completamente verdadero que la garantía inmanente del Estado Social y Democrático de Derecho reside, precisamente en su comprensión unitaria, resultando improcedente una hermenéutica individualiza de cada uno de los tres principios estructurales de la fórmula, lo cual podría llevar a conclusiones contradictorias e incluso incompatibles entre sí[1290]. Por su parte, dirá Paulo BONAVIDES, solo una hermenéutica en armonía con los principios del Estado Social y Democrático de Derecho, puede iluminar y guiar la reflexión del jurista para ofrecer una respuesta adecuada a cualquier problema que suscite la comprensión de los Derechos Fundamentales[1291].

El Estado Social, por demás, no permanece limitado a asistir impasible a la lucha entre los diversos sujetos de la vida socioeconómica dejándola al curso de la libre fuerza de cada uno, sino que interviene en términos positivos, toda vez tampoco mantiene una posición neutral frente a los conflictos de intereses sociales, sino que asume un rol activo en la composición de esos conflictos de conformidad a términos jurídicos. De otro lado, cuando un sujeto interviene como parte de una relación jurídico-privada y se encuentra en una situación carente de libertad real,

---

[1289] A modo de ejemplo, Hans J. ZACHER, "Der Sozialstaat an der Wende zum 21. Jahrhundert", en *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, Heft. 3, 2000, pp. 185 y ss.

[1290] Erhard DENNINGER, "Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveranität", en *Der gebändigte Leviathan*, edición de Erhard Denninger, Nomos Verlagsgesellschaf, Baden-Baden, 1990, pp. 255 y ss, especialmente p. 265. "Menschenrechte und Staatsaufgaben – ein «europäisches» Thema", en *Juristen Zeitung*, 51, Nr. 12,1996, pp. 587 y ss, especialmente.

[1291] Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros Editores, São Paulo, 2016, pp. 644-645.

como bien expresara un autor clásico, no se puede atribuir a su manifestación de voluntad efectos jurídicos y responsabilidades, porque para esa situación el consentimiento estaría viciado, ante lo cual, le corresponde al Derecho intervenir con objeto de restablecer la situación[1292].

Asimismo, podemos observar cómo Josef ISENSEE trata de reprochar al *Bundesverfassungsgericht*, al igual que también lo hace el autor anteriormente considerado, por entender que este órgano ha invadido ámbitos propios de la competencia del Legislador. Invasión de las competencias de este poder del Estado que constituye un lamento asiduamente empleado desde las precomprensiones liberales sobre materia, cuando lo único que hay estructuralmente es, por la propia naturaleza de las cosas, un equilibrio inestable entre ambos a recomponer día a día, en cuya tarea, para preservar su propia autoridad y prestigio, tanto el uno como el otro se encuentran obviamente interesados.

Situados desde una perspectiva diferente, por ejemplo, y a parir de precomprensiones de teorías de los Derechos Fundamentales distintas de la apuntada, Claus–Wilhelm CANARIS, Georg HERMES o Reinhard SINGER, le encuadran dentro del deber general de protección. Para estos, por citar solo a algunos de los iusprivatistas que más se han significado por referencia a la cuestión, nos tropezamos ante un supuesto de aplicación del deber de protección a la libertad contractual como instrumento adicionado a las medidas legislativas de garantía de las partes débiles de la relación jurídica, a la búsqueda del equilibrio necesario, y superando, al mismo tiempo, una concepción meramente formal de libertad de la autonomía privada. En último término, estos autores defienden algo importante apuntado por nosotros más arriba, y

[1292] Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l`autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l`étude critique de l`individualisme juridique*, Arthur Rousseau, Paris, 1912, pp. 386 y ss.

es la consideración de que el sujeto colocado en la posición dominante, por mor de esa situación, obliga a pactar cláusulas desventajosas para la parte débil de la relación jurídica, y opera actuante en la función de "tercero" que realiza la intervención lesiva de los Derechos Fundamentales del particular situado en esa aludida posición de vulnerabilidad[1293].

[1293] Al efecto, resume bien Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…*, *op. cit.*, p. 206. Bien, el matiz, tampoco es tan poca cosa, más bien, intuimos. Pero es que, vamos a descubrir, por fin, el Mediterráneo, y eso, con ayuda de Agustín de HIPONA: hay un tercero, claro, porque hay antes un segundo, después hay un cuarto, esto último permanece abierto a la disputabilidad que nosotros sepamos; y previo a los tres hay un primero, nuevamente indiscutible vamos (aún antes de antes, para nosotros era el Verbo). Y, más tarde, ¿qué hay?. Pues hay, desde siempre seguro hasta ahora, un mínimo de "dos" hipótesis teóricas.

CAPÍTULO SÉPTIMO.

La colisión de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico-privadas y los medios(medio) fundamentalmente empleados en su solución.

CAPÍTULO SÉPTIMO.

La colisión de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico-privadas y los medios(medio) fundamentalmente empleados en su solución.

7.1. Las colisiones de naturaleza iusfundamental.

7.1.1. Ideas previas; la necesidad de diferenciar atendiendo a la función del carácter de los sujetos envueltos en la colisión iusfundamental.

Vamos a realizar inicialmente una breve contextualización, la imprescindiblemente considerada necesaria, como pórtico de entrada, para comprender la particular fisionomía que presenta la cuestión relativa al alcance de los efectos desplegados por los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico-privado.

Pues bien, analizada en capítulos anteriores la problemática de Derecho sustantivo, esto es, la cuestión de determinar cómo los Derechos Fundamentales influyen o se despliegan en las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados, procuraremos ahora aproximarnos a indagar en qué medida lo hacen, lo que supone dar respuesta, como insistiremos, a un dilema alzado por la colisión creada entre este tipo de normas. Para decirlo con Robert ALEXY, la totalidad de las teorías ideadas a fin de responder a la azarosa cuestión de la construcción, la medida o la intensidad de los efectos de naturaleza iusfundamental

tocante a las relaciones ciudadano-ciudadano devienen, en última instancia, a reducirse a una cuestión de ponderación[1294].

En esta dirección, también expresa nuestra literatura jurídica que la colisión de normas iusfundamentales tiene lugar para los casos en los cuales "el ejercicio de un derecho fundamental por parte de un titular impide o perjudica el ejercicio de otro derecho fundamental de otro titular, siendo indiferente que se trate del mismo derecho o de otro distinto"[1295]. Y las colisiones entre Derechos Fundamentales son, en consecuencia, un tema conectado tradicionalmente con "la doctrina que propugna la aplicación general del sistema de Derechos Fundamentales tanto a las relaciones entre los individuos y los poderes públicos como también a las relaciones entre particulares. Con lo cual, es una problemática que puede recaer tanto en el ámbito de estudio de los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros (*Drittwirkung*) como en el ámbito de la aplicación de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos"[1296].

Asimismo, incluso de mantener, como es nuestro caso, la tesis acerca de la existencia de una vinculación inmediata de los sujetos privados a las disposiciones de Derechos Fundamentales, ello no conlleva que haya reproducirse un integral parangón entre poderes públicos y particulares en orden al establecimiento de esa vinculación.

[1294] Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 514. En los mismos términos se ha expresado Alexei JULIO ESTRADA, para quien asimismo el conflicto iusfundamental concluye en un problema de ponderación enmarcado en la problemática "de la aplicación judicial de los derechos fundamentales a un litigio de derecho privado, y tiene escasa relevancia si ello tiene lugar recurriendo al procedimiento más complejo de la *Drittwirkung* mediata (invocar una cláusula general que a su vez contiene un derecho fundamental) o a la vía más expedita de la eficacia directa", *La eficacia de derechos fundamentales entre particulares*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 126.

[1295] Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 288.

[1296] *Ibídem*, p. 288.

Efectivamente, la supeditación de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales no ha de ser comprendida exactamente conforme a idénticos parámetros que la decretada para los poderes públicos[1297]. Por lo tanto, resulta indispensable establecer discriminaciones entre tesituras diferenciadas y, por consiguiente, acreedoras a regímenes parcialmente faltos de coincidencia[1298].

A efectos de mero "salvar los muebles", en esta escueta noticia de carácter introductorio, consideramos reproducir la madrugadora y eximía toma de posición sobre la materia a cargo de nuestro Tribunal Constitucional, a modo de planteamiento moralmente recto, cuando en pleno estío manifestara: "También la eventual limitación o suspensión de derechos fundamentales tiene una dimensión nacional. Esta limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia, sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático. Se trata, como es sabido, de uno de los más complejos problemas de los ordenamientos jurídicos democráticos. Las constituciones y las legislaciones de los países democráticos han tenido que enfrentarse con él, así como convenios internacionales, en particular el ya mencionado Convenio europeo relativo a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (arts. 8.2, 9.2 y otros). La Constitución Española de 1978

[1297] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares", en *Documentação e Direito Comparado. Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 5, Lisboa, 1981, p. 243.

[1298] Joaquím DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o principio da liberdade contratua*l, Almedina Editora, Coimbra, 1999, p. 137, entiende que en este ámbito se forma un campo de valoración necesariamente abierto, brindado a la cuidadosa destreza del establecimiento de factores de diferenciación.

lo hace, en su art. 55.2 (...)"[1299]. E incluso unos días después, dictaría un auto claramente alusivo también a la cuestión, mandando *erga omnes*, cuando hubiera necesidad, armonizar los "valores esenciales", en cada supuesto planteado, "equilibrando los valores en juego, y en caso de conflicto tiendo en cuenta qué precepto constitucional tiene mayor peso para decidir la cuestión planteada[1300]

Y tampoco deberíamos descuidar, así de paso, como complemento y sin parar mientes, su declaración por ejemplo del año 1984, relativa a que si bien el ejercicio de un Derecho Fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social, que, como general, es de rango superior, tal afirmación realizada sin ningún tipo de matizaciones, ineludiblemente conduciría "al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores de ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales, que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución"[1301].

De cualquier modo, y según veremos con algo más de calma, el Alto Tribunal español, siguiendo pautas vigentes en ordenes jurídicos democráticos más maduros, siempre sostuvo que los Derechos Fundamentales únicamente pueden limitarse en virtud de su ponderación con otros bienes, derechos o principios de rango constitucional[1302]; y, por la propia naturaleza de las cosas, considera la

[1299] STC 25/1981, de 14 de julio.

[1300] ATC 60/1981, de 17 de julio.

[1301] STC 18/1984, de 17 de febrero.

[1302] Copiosa jurisprudencia tenemos al efecto, pudiéndose mentar a modo de ejemplo, las SSTC 120/1990, de 27 de junio y 57/1994, de 28 de febrero. De modo más

regla de proporcionalidad de sacrificios de las posiciones jurídicas, de obligada observancia en toda limitación de un Derecho Fundamental[1303]. Ya que hemos mentado la propia naturaleza de las cosas, se ha dicho bien, un conflicto entre Derechos Fundamentales "no puede resolverse aceptando en principio y de partida la superioridad de uno o unos derechos sobre otros. El orden o el sistema de valores constitucional no se encuentra jerarquizado axiológicamente"[1304]. Claro, el presupuesto para todo ello, puede recordarse de la mano de la reciente sentencia de febrero de 2015, producida por el Tribunal Constitucional de España, repetitiva del carácter "limitado y no absoluto de los derechos fundamentales (…) el derecho de reunión y manifestación", recordada a través de "la STC 193/2011, de 12 de diciembre (…) pues '[e]n efecto, el derecho recogido en el art. 21 CE no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE —alteración del orden público con peligro para personas y bienes—, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). Límites que, como recordábamos en la STC 195/2003, de 27 de octubre, (FJ 7), y todas las que allí se citan, han de ser necesarios 'para conseguir el fin

específico y ceñido a un Derecho, dicho también ejemplificativamente, se ha valido del reconocimiento constitucional de la protección del medio ambiente (artículo 45 de la C.E.) o del patrimonio histórico–artístico (artículo 43 de la C.E.), para justificar limitaciones al Derecho de propiedad (reconocido por el artículo 33 de la C.E.) sobre bienes inmuebles, como establecen de forma expresa las SSTC 227/1988, o 66/1991, de 22 de marzo. En fin, la protección de la familia recogida por el artículo 39.1 de la C.E., le permitiría también justificar un límite al Derecho de propiedad, al reconocer a terceros integrantes de la familia, el derecho a subrogarse en la posición del arrendatario, algo declarado a cargo de la STC 222/1992, de 11 de noviembre.

[1303] Por todas, a modo nuevamente de ejemplo, la STC 253/2004, de 22 de diciembre, que trae a colación sus propias sentencias 26/1981, de 17 de julio, y 37/1989, de 15 de febrero.

[1304] Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, p. 98.

perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se impone (…) y, en todo caso, respetar su contenido esencial' "[1305]. Cómo se ha de producir la cesión de posiciones iusfundamentales y sus límites, sería bien sintetizados por el Tribunal Constitucional, al manifestar: "hemos dicho en la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, citada al efecto por la STC 58/1988, de 16 de marzo, FJ 3, que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución solo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, FJ 7, y 1/1982, FJ 5, entre otras)», y que, «en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, FJ 3)» (…) se desprende, según afirman las mencionadas Sentencias, que «todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, FJ 7), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (STC 11/1981»"[1306].

La proporcionalidad de la medida limitadora, fue recientemente por nuestro Tribunal, mediante recuerdo de su sostenida jurisprudencia, de acuerdo con la cual, la constitucionalidad de toda decisión "restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario

[1305] STC 24/2015, de 16 de febrero.

[1306] STC 154/2002, de 18 de julio.

constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)]"[1307]. Debiendo destacarse la posibilidad doctrinal que valora la limitación de Derechos Fundamentales como una forma de protección de los mismos, tesis luego recogida jurisprudencialmente[1308].

Al final, tampoco le demos demasiadas vueltas al asunto en una aproximación teórica como esta, va a tratarse siempre del cumplimiento de deberes de personas humanas para con otras personas, y podemos poner ahora el punto de mira en la idea kantiana, de acuerdo con la cual, nuestro el deber fundamental respecto de otros, reside "en procurar su felicidad", porque la benevolencia, la gratitud, la solidaridad, son deberes nacidos del respeto que se debe a otros en tanto se reconoce y valora su Dignidad humana, y el respeto por la Dignidad de la persona humana es no solamente el fundamento de los deberes para con nosotros mismos, sino también el fundamento de nuestros deberes para con otros[1309].

[1307] STC 39 /2016, de 3 de marzo.

[1308] Expuesta de forma resumida pero con claridad la perspectiva por Reinhard SINGER, "Vertragsfreiheit und der Schutz des Menschen vor sich selbst", en *Juristen Zeitung*, Jahrgang…1 de diciembre de 1995, p. 1141).

[1309] Immanuel KANT, *Metafísica de las costumbres*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, y, bien se sabe (otra cosa y es cómo se practique), dirá por demás: todo hombre tiene un legítimo derecho al respeto de sus semejantes y también él está obligado a lo mismo, recíprocamente, con respecto a cada uno de ellos. La humanidad misma es una dignidad [*Die Menschheit selbst ist eine Würde*] porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su Dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y que sí pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las

La STC de 8 de abril de 1981 ha sentado doctrina constitucional de aplicación general sobre los límites de los derechos constitucionales al afirmar que éstos pueden ser objeto de las restricciones indispensables para la tutela de otros derechos o de otros bienes constitucionalmente protegidos (63). La idea de proporcionalidad de la huelga como criterio básico del uso adecuado de la misma no puede extrañar, a la vista de su propensión a utilizar conceptos flexibles y en mayor o menor medida indeterminados en este tema de los límites del derecho de huelga. Hay que señalar, por otra parte, que tanto el abuso de derecho como la proporcionalidad juegan un papel importante de límites genéricos del derecho de huelga en otros ordenamientos próximos (67)

7.1.2. La necesidad de diferenciar, aunque los sujetos sean de la misma naturaleza, atendiendo a la posición de los mismos en la relación jurídica y a las circunstancias concurrentes.

Planteamos el título de este epígrafe, a partir de lo forzoso de tomar en cuenta que, cuando se produzca una colisión entre Derechos Fundamentales dentro del tráfico jurídico privado[1310], todos los sujetos intervinientes en la relación jurídica estatuida disponen de la protección dispensada por los preceptos iusfundamentales. Por lo tanto, actúan recíproca y simultáneamente las disposiciones iusfundamentales a favor

cosas. Así pues, de igual modo que él no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre, p. 462.

[1310] Apunta Ingo Wolfgang SARLET, que la existencia de conflictos iusfundamentales en las relaciones jurídico-privadas, ni constituye un privilegio de este tipo de relaciones (aunque en las mismas adquieran una especial relevancia), ni tampoco se erige en causa aparente para evitar la aplicación directa de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", en *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 143.

de todos así como frente a todos, correspondiendo inicialmente al Legislador la integración *a priori* de estos conflictos, así como llegar, a medio de la ponderación, a un punto de equilibro[1311]. Y ello con objeto de concretizar el contenido vinculante de los Derechos Fundamentales de modo diferenciado, en la búsqueda de una tentativa por armonizar proporcionalmente las posiciones jurídicas iusfundamentales de los particulares delimitando la libertad de unos frente a los otros[1312].

Ahora bien, quien se expresara a través del razonamiento anterior –sin ser precisamente el único– fue hasta casi el final de su vida un defensor nato de la tesis de la eficacia mediata, y como bien ha sido puntualizado, el hecho de que el Legislador democráticamente legitimado disponga de la primacía en orden a la concretización de las normas de Derechos Fundamentales para el ámbito de las relaciones jurídico privadas (salvadas ciertas distinciones, también ocurre en el Derecho Público), es, a la postre, corolario de la propia vinculación inmediata del Poder legislativo a los Derechos Fundamentales; situación que no puede ser confundida con el problema específico de la vinculación directa de los particulares a esas normas[1313], aun cuando a veces tal barahúnda pueda detectarse inclusive en autores ajenos a semejante afán.

Así las cosas, aun tratándose de correlaciones jurídico privadas establecidas entre sujetos titulares todos ellos de Derechos Fundamentales, siempre van a producirse conflictos reivindicativos, a su vez, de la adopción de nuevas medidas de carácter diferenciado[1314].

[1311] Konrad HESSE, *Derecho constitucional y Derecho privado*, Editorial Cívitas, Madrid, 1995, p. 61.

[1312] Konrad HESSE, *Derecho constitucional y…, op. cit.*, pp. 63-64.

[1313] Realiza esta puntualización Ingo Wolfgang SARLET, entre otros muchos autores que aún la consideran necesaria por detectar la confusión en no pocos supuestos, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 143.

[1314] Marcelo REBELLO DE SOUSA–José DE MELO ALEXANDRINO, al postular la exigencia de soluciones diferenciadas, capaces de lograr específicamente la concordancia práctica entre el programa de los derechos y libertades y la autonomía

Choques estructurados de querer atinar, en estrecha supeditación a las circunstancias específicas del supuesto de hecho concreto y de los Derechos Fundamentales presentes en la disputa, resultando solventada la cuestión, postreramente, a través de la remisión a un dilema de ponderación entre posiciones jurídicas iusfundamentales, depende hemos expresado.

Con lo cual, del ejercicio de ponderación resultará la restricción de un Derecho en mayor grado que otro, combinando con las circunstancias presentes para cada supuesto y el peso de los Derechos a recapacitar[1315]; respondiendo justamente de modo afirmativo a una de las preguntas estructurales de mayor relevancia para materia de Derechos Fundamentales, cual es la de si los mismos son restringibles o irrestringibles. Pues bien, aunque expresado en su *prius* mediante unos términos que resultan ser esta vez considerablemente mejorables, nuestro Tribunal Constitucional ha reiterado la autorización al Legislador con el propósito de delimitar las "«restricciones y limitaciones» a tales derechos", pero sin poder entender esta posibilidad "incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español», ni «adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España» (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4)"[1316].

privada, *Constituição da República Portuguesa comentada*, Lex Editora, Lisboa, 2000, p. 97.

[1315] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 157.

[1316] Por todas, la STC 236/2007, de 7 de noviembre; referida en ese momento, a la interpretación del artículo 13 de la Constitución, pero reiterando abundante jurisprudencia para todos los Derechos Fundamentales.

A estos efectos, establece Jorge MIRANDA de manera ejemplificativa, tres tipos de situaciones o relaciones: a) relaciones dentro de grupos, asociaciones o personas colectivas entre sus miembros y los poderes instituidos; b) relaciones entre particulares y poderes sociales de hecho; c) relaciones entre particulares situados en posición de paridad. De acuerdo con el autor precitado, las normas de Derechos y Libertades son de aplicación por identidad de razón a las dos primeras hipótesis, y por analogía en la tercera[1317]. Es preciso distinguir, por ello, la decisión fundamental en favor de una vinculación inmediata de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales, de la decisión respecto del grado de vinculatoriedad de un determinado Derecho Fundamental para las relaciones intersubjetivas[1318]. De ahí que habrá importantes dificultades, por lo tanto, para articular y decidir acerca de cómo establecer los límites de la vinculación y, particularmente, a través de qué procedimientos, tarea que vamos a procurar hacer a continuación.

7.1.3. Resolución propiamente dicha de conflictos en los supuestos de colisión de Derechos Fundamentales, cuando se está ante la presencia de relaciones jurídico–privadas.

7.1.3.1. Planteamiento.

Cuando estemos ante la presencia de relaciones jurídicas *inter privatos* y establecidas entre sujetos situados en una sustancial posición de igualdad, sea dentro de la esfera contractual, sea en el ámbito extracontractual, la problemática relativa al complejo acoplamiento de los Derechos Fundamentales en el marco de esas relaciones, desde el punto de vista práctico, hace referencia a conflictos de naturaleza

[1317] Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 326.

[1318] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 151.

iusfundamental[1319]. Ante ello, los límites susceptibles de establecer a los Derechos Fundamentales no se evidencian fijados de una vez para siempre, sino que los textos normativos de reconocimiento constitucional, en buena medida, para su adaptación al cambio social, son "«abiertos», «móviles», (…) y pueden, justamente, por tal motivo, entrar fácilmente en colisión entre sí". En cuyo caso, una vez estallado el conflicto, el restablecimiento de la paz jurídica va a producirse de nuevo mediante la "«ponderación» de los derechos o bienes jurídicos que están en juego conforme al «peso» que el ejercicio de la operación ponderativa concede al bien respectivo" para cada situación, e implicará la obligación de uno de los Derechos o bienes jurídicos concernidos de verse frente a la tesitura de ceder más, si bien solo hasta cierto punto, ante el otro[1320].

De entrada, como ya fue anotado, es apremiante tener en cuenta que los sujetos privados vinculados por los Derechos Fundamentales concernidos respecto de la superior oblación normativa, obvio es, serán (son) igualmente titulares de otros Derechos Fundamentales, y de esta suerte es como podrán entrar en relación conflictual posiciones jurídicas de unos y otros, porque sus respectivas consecuencias son distintas y recíprocamente excluyentes[1321]. Y la solución del problema, será llevada a cabo por medio de una esmerada ponderada elección entre Derechos o Libertades que compiten, sin la preponderancia absoluta *prima facie* de ninguno de estos. Por consiguiente, la finalidad no es distinta de la de

[1319] José Joâo NUNES ABRANTES, mantiene que la cuestión del alcance de la eficacia de los Derechos Fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo, consiste en un problema de conflicto de Derechos y eventual restricción de los mismos, *O novo Código de Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 152 y ss.

[1320] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 400.

[1321] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 112-113. Paulo MOTA PINTO, "O direito ao libre desenvolvimento da personalidade", en *Portugal-Brasil Ano 2000 – Tema Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 234.

determinar acerca del respectivo grado de restricción de cada Derecho requerido por el caso, fijando el régimen de relaciones en que tengan eficacia unos y otros con el objetivo de originar el menor perjuicio posible para todos ellos[1322]. De este modo, la teoría externa de la restricción[1323], la por nosotros aceptada y la mayoritariamente seguida desde literatura jurídica, parte de la existencia de dos objetos jurídicos diferentes: el primero es el "derecho *prima facie* o derecho no limitado", mientras el segundo consiste en la "restricción de ese derecho", y el resultado de tal operación ofrece, en último término, "el derecho definitivo o limitado"[1324]. Restricción del ámbito de protección, referida a las formas de "afectación estatal de los bienes iusfundamentales y que suscita un deber de justificación"[1325].

A su vez, el análisis de un Derecho restricto con objeto de valorar su corrección, se lleva a cabo a través de una doble operación. En primer término, se interroga acerca de si la "consecuencia jurídica buscada forma parte del derecho *prima facie*", y, si la respuesta a esta primera

[1322] Kara PREEDY, "Fundamental Rights and Private Acts – Horizontal Direct or Indirect Effect? – A Comment", en *European Review of Private Law*, núm. 1, 2000, p. 132.

[1323] Entre los primeros autores que se orientan hacía la teoría externa de los Derechos Fundamentales, según ha sido estudiado, se encontrarían Carl Schmitt, para quien todo acto del Estado debía ser limitado y controlable, y Rudolf Smend, al que se califica como el "padre de la ponderación", conforme a cuya posición, a partir de su "teoría de la ponderación" (año 1928) sobre el concepto de ley general relativo al artículo 118 de la Constitución de Weimar, era determinante que el bien protegido por una norma fuera de superior importancia a la libertad de expresión. Citados ambos, a estos efectos, por Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 72-73.

[1324] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos…, op. cit.*, pp. 66-67; más ampliamente acerca de la teoría externa y de la teoría interna de la delimitación del ámbito de protección, en su espléndida monografía, *Grundrechte als Prinzipien, Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, 2º ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2007, pp. 190 y ss.

[1325] Martin BOROWSKI, "Derechos de defensa como principios de Derecho fundamental", en *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan-R. Sieckmann, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 100.

interpelación es afirmativa, se examinará cara a segundo instante, "si el derecho *prima facie* ha sido legítimamente limitado en el caso concreto, de tal forma que ya no se tenga un derecho definitivo"[1326]. Restricciones de los Derechos que, del mismo modo son igualmente normas, conformando el binomio Derecho–restricción de modo complejo la norma de Derecho Fundamental regitiva, una operación, como señala la doctrina, que halla sus orígenes remotos en el Derecho Civil romano[1327].

Todo lo cual, ha dado lugar a la actual dogmática dominante en Alemania, y por su influencia o recepción también sucede así en la mayoría de los países europeos, denominada "de intervención y límite", finalmente impuesta frente a la "teoría de la preformación", y defiende a diferencia de la identidad postulada por esta última, lo característico de los Derechos Fundamentales radicado en la diferenciación a mantener entre ámbito de protección programado y ámbito efectivamente garantizado una vez el primero alterado de manera legítima, desde el plano jurídico–aplicativo. La cristalización de esta disimilitud, presupone necesariamente que los Derechos Fundamentales sean comprendidos "como derechos restringibles en los términos de la teoría externa", sujeto lo cual, esta será únicamente legítima si satisface el "criterio material" representado por el principio de proporcionalidad, lo cual nos va a conducir a lo efectivo y "constitucionalmente debido"[1328]. Intervención de "normas jurídicas" iusfundamentales que, a su vez, puede realizarse tanto por medio de normas de principio, bien llevada a cabo a través de reglas–normas jurídicas una vez concretizadas[1329], empleada sea con tal

[1326] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos..., op. cit.*, pp. 67.

[1327] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos..., op. cit.*, pp. 70-71.

[1328] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos..., op. cit.*, pp. 74-83.

[1329] Por todos, ante el rechazo siempre de *lex ante casum* alguna, Friedrich MÜLLER–Ralph CRISTENSEN, *Juristische Methodik*. Band. I. *Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, 11ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2013, *passim*.

finalidad una operación ponderativa atenta a considerar la relación existente entre el fin de la intervención y la drasticidad de la misma[1330].

La excepción a la tesis de la restricción según la teoría dominante, son los Derechos garantizados mediante reglas, cuyo contenido se encuentra plenamente determinado, y, en cuanto garantizados por este tipo de normas, no son susceptibles de ponderación; resultando ser asimismo característico de las reglas el hecho de no ser limitables. Con ello, en estos supuestos de intervención sobre su ámbito protegido, los Derechos Fundamentales deben ser entendidos desde la perspectiva de la teoría interna, de conformidad con la cual, el Derecho existe con un contenido determinado desde el principio y, consecuentemente, toda posición jurídica que exceda de ese contenido se reputa normativamente inexistente[1331]. Hay, con todo, autores dispuestos a admitir la ponderación de Derechos Fundamentales no restringibles, y por ello ilimitables. El objeto perseguido por los mismos, se supone, es determinar el contenido de los Derechos arrancando de la errónea premisa de pretender la concretización intervencionista a partir de una "excesiva focalización del extremo de la protección definitiva" de carácter iusfundamental, tomando equivocadamente la aludida garantía como si fuera "un factor exclusivo", en tanto las normas *prima facie* objeto de ponderación "resultan opacadas injustificadamente en el análisis"[1332].

[1330] Esta relación es defendida con firmeza por Peter HÄBERLE, citado por Martin Borowski, *La estructura de los derechos..., op. cit.*, p. 83.

[1331] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos..., op. cit.*, pp. 69-78.

[1332] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos..., op. cit.*, p. 85; cita como ejemplo de autor que admite la ponderación de los Derechos no restringibles a Peter HÄBERLE, para quien, por demás, los Derechos Fundamentales siguen la teoría interna y la de los límites inmanentes.

7.1.3.2. Los fundamentales tipos de colisiones de naturaleza iusfundamental.

Al efecto de precisar en superior medida lo manifestado más arriba, de la mano de José Joaquim GOMES CANOTILHO, vamos a empezar expresando nuestra coincidencia con el autor, en el sentido de que la colisión o conflicto de Derechos Fundamentales comprende realidades diversas no siempre diferenciadas con claridad, a lo cual contribuye, a buen seguro, una poco estudiada y realmente compleja problemática[1333].

A fin de poner algo de orden en el tema, distingue el precitado iuspublicista la colisión auténtica de Derechos Fundamentales, de la que denomina colisión iusfundamental impropia. La primera produce una colisión auténtica que es interesada de analizar, y aparece cuando el ejercicio de un Derecho Fundamental por parte de su titular choca con el ejercicio de otro Derecho de idéntica naturaleza a cargo de un segundo titular. En este caso se está efectivamente ante un "choque", vale decir, en presencia de un auténtico conflicto de Derechos, surgido de la oposición entre sí de enunciados iusfundamentales de distintos titulares[1334]. Tocante a la colisión impropia, para el autor portugués, tiene lugar cuando el ejercicio de un Derecho Fundamental choca con otros bienes constitucionalmente protegidos, no refiriéndose estos últimos a cualquier valor, interés, exigencia o imperativo de la comunidad, sino a un bien jurídico, esto es, a un objeto material o inmaterial de carácter valioso, considerado digno de protección y constitucionalmente garantizado[1335].

[1333] José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2007, p. 1255.

[1334] *Ibídem*, p. 1255.

[1335] *Ibídem*, pp. 1255-1256.

E incluso cabría referirse a dos tipos de colisiones de carácter aún más impropio, como son, de una parte, el choque entre Derechos Fundamentales y derechos legales de carácter autónomo que no sean manifestación de esta clase de normas, en cuyo caso, lógicamente la ponderación se inclinará a favor del mayor peso de los primeros. Y, en segundo término, cabe plantearse la colisión entre Derechos Fundamentales y potestad disciplinaria privada, cual puede referirse a todo tipo de Derechos oponibles frente a sujetos privados, pero que tiene su campo de extensión preferente en la ejercida por el empleador frente al trabajador. Dado este segundo supuesto, el conflicto puede presentarse en ocasiones no entre dos titulares de Derechos Fundamentales sino entre dos o más sujetos privados, estando afectado en el caso uno de ellos en sus Derechos Fundamentales. A este último fin, por lo referido a su resolución, puede también resultar determinante el análisis de las disposiciones constitucionales iusfundamentales, al objeto de esclarecer si el acto estaba permitido o prohibido desde las mismas.

7.1.3.3. La regla general del sacrificio proporcionado de Derechos Fundamentales a partir inexcusablemente de las previsiones constitucionales.

A partir de los análisis procurados hasta el momento, y como ya hemos apuntado, resulta posible repetir cómo la problemática referida al alcance de la eficacia entre particulares de las disposiciones de Derechos Fundamentales, en la práctica, hace referencia a un problema de conflicto de naturaleza iusfundamental, situación planteada que comprende una temática variada y considerablemente compleja[1336]. La

[1336] Insiste sobre la complejidad y dificultad del tema, Lothar FOHMANN, "Zur Kategorie der «Themanmerkmale» von Grundrechten", en *Europäische Grundrecht Zeitschrift*, 1985, pp. 49 y ss, especialmente p. 55; y más ampliamente en *Konkurrenzen und Kollisionen im Verfassungsrecht. Studie zur Operationalisierung spezifischer Rechtsanwendungsmethoden und zur Konstruktion einer rechtsorientierten Argumentationstheorie -Erster Teil einer analytischen Theorie der Rechtsanwendung-*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1978, *passim*.

problemática radica verdaderamente en esclarecer cómo se van a llevar a cabo, o en qué deben consistir las propuestas de solución, toda vez la Constitución no establece por sí misma la mayor parte de las restricciones de los Derechos Fundamentales, hemos reconocido no carentes por su parte de límites.

Ahora bien, sí está claro, al menos para la dogmática democrático–pluralista de los Derechos Fundamentales, al margen de algunos despistes, la circunstancia de que al estar los Derechos y Libertades Fundamentales garantizados mediante normas constitucionales, la restricción debe fundamentarse en esas normas de rango constitucional autorizantes, viniendo a ser por el contrario ilegítima la proveniente de una forma exclusiva y aislada de la Ley sin previsión constitucional de reserva. Admitir esto último repudiado, supondría la vulneración del principio de supremacía de la Constitución, porque deja presupuestos decisivos para los Derechos Fundamentales a disposición del Legislador y del aplicador jurídico, lo cual es inconciliable entre nosotros con lo establecido por los artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución. La norma de rango legal sí puede dar lugar a operar la restricción de los Derechos Fundamentales, pero exclusivamente, hemos afirmado, para aquellos supuestos en los que esté sustentada a su vez por principios de rango constitucional[1337].

[1337] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos..., op. cit.*, pp. 83-85. Para el rechazo de la tesis de que los Derechos Fundamentales no sujetos expresamente a reserva de ley restrictiva serían insusceptibles de cualquier restricción, por todos, Susana DE TOLEDO BARROS, *O principio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasilia Jurídica Editora, Brasilia, 1996, p. 164. Sostiene igualmente la autora, aunque referido a un ordenamiento carente de una reserva general referida al ejercicio de los Derechos Fundamentales como la contenida en el artículo 53.1 de la Constitución Española, que una teoría actual constitucionalmente adecuada a los Derechos Fundamentales, debe postular que el Legislador ostente una autorización implícita para regular conflictos en el ejercicio de los Derechos cuyas respectivas esferas de protección figuren colindantes. Asimismo, en las hipótesis en las que el Legislador no haya disciplinado en sus productos los límites necesarios, cabe al juez establecerlo en la decisión del caso, *ibídem*, p. 165.

Atendiendo a este orden de consideraciones, según se ha afirmado, el carácter por excelencia abstracto y abierto de los textos constitucionales encargados del reconocimiento de los Derechos Fundamentales, obedece en buena medida a la evidencia de que antes o después serán objeto de restricción, lógicamente como consecuencia de su eventual choque con otros Derechos de igual valor[1338]. Ahora bien, insistirán muy acertadamente Friedrich MÜLLER–Ralpf CRISTENSEN, del análisis de la estructura de los Derechos Fundamentales, es claramente deducible que no son cláusulas generales, a contrario de lo afirmado con bastante habitualidad y concepción seguramente dominante, aun cuando verdaderamente pueda inducir a error en razón de la formulación particular del texto de norma habitualmente elegido por el constituyente; sentado lo previo, son puede decirse normas en las cuales los campos normativos son factual y particularmente ricos, y, como consecuencia, es particularmente importante la discusión sobre métodos empíricos del análisis de los ámbitos normativos de Derechos Fundamentales, pero su positividad es una positividad estructurada, y de igual manera su normatividad deberá ser con carácter a buen seguro unánime o casi, igualmente estructurada, pudiendo ser, va a ser, objeto de desarrollos dogmáticos sectoriales y el hallazgo plural de las normas de decisión de los supuestos, algo importante que les diferencia de las cláusulas generales[1339]; claro, estas son por completo desestructuradas sin excepción, por la propia naturaleza de su programa normativo y usos jurídicos acerca de su empleo.

De vuelta a posturas más habituales, previo a la mentada operación restrictiva, será preciso, eso sí, considerar mediante el trabajo con los

[1338] Juarez FREITAS, "O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição: Preceitos de Exegese Constitucional", en *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, edición de Eros Roberto Grau / Willis Santiago Guerra Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 2001, pp. 226 y ss.

[1339] Friedrich MÜLLER–Ralph CRISTENSEN, *Juristische Methodik…, op. cit.*, pp. 380 y ss.

textos lingüísticos su propio "ámbito normativo", es decir, la denominada esfera de protección de la disposición constitucional garante del Derecho[1340], la cual, va a ser el resultado ofrecido por la actividad restrictiva desarrollada mediante una operación metódicamente encauzada, cuyas reglas no presentan modificaciones sustanciales respecto del procedimiento metódico general de concretización de las normas constitucionales[1341].

Con todo, de acuerdo al sentido expuesto por Robert ALEXY, las situaciones conflictivas que surjan tienen todas ellas un elemento común: las colisiones de Derechos Fundamentales únicamente pueden ser resueltas si se impone a una parte, o a las dos insertas en el conflicto, restricciones en las correspondientes posiciones jurídicas, sin optar por el sacrificio completo de uno de los dos Derechos cuestionados, procurando que la intervención sea la mínima posible para la resolución del caso y preservando, en la medida de lo atendible, la esencia de cada uno[1342], siempre que resulte justificable desde el punto de vista constitucional, pudiendo ser esta explícita o implícita.

[1340] Por todos Friedrich MÜLLER, por ejemplo, ya que hablamos específicamente de Derechos Fundamentales, en *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1990, *passim*.

[1341] Así, muy influido aquí (y bastante en la totalidad de su obra por el "maestro bávaro" citado en la anterior nota), José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria…, op. cit.*, pp. 1141-1142.

[1342] Por intervención entendemos, de acuerdo con la teoría intermedia, aquella que tenga una intensidad mínima, definición defendida, por ejemplo, a cargo de Gertrude LÜBBE-WOLFF, citada por Martin Borowski, *La estructura de los derechos…, op. cit.*, p. 122, quien reconoce que la mayor parte de la dogmática alemana sigue anclada al concepto clásico de intervención, esto es, a la afectación final, inmediata y que tiene la forma jurídica de los bienes protegidos por un derecho de defensa. Y ello, aunque haya comenzado a vislumbrarse como un concepto excesivamente reducido, lo que ha ido dando paso a una nueva concepción, conforme a la cual, toda intervención afectectante a los bienes protegidos por un Derecho Fundamental, constituye una intervención que peca, desde el lado opuesto, por su desmedida amplitud.

7.1.3.4. Reglas generales *versus* reglas-no-generales, por la imposibilidad de construcción jurídicamente imposible(posible), en orden a la concreta ponderación restrictiva de Derechos Fundamentales.

Consonantemente a lo manifestado, y como un problema añadido al de la "construcción", en el momento de intentar el esclarecimiento sobre cómo inciden los Derechos Fundamentales dentro el ámbito jurídico privado, se plantea, por adición, un problema de "colisión", referido a la cuestión de determinar en qué medida lo hacen, lo cual formula, asimismo, otro problema de naturaleza material[1343]. Y de igual modo a cómo sucede en la cuestión de la construcción, por lo referido a la colisión, se produce una diferencia fundamental entre la relación jurídica ciudadano–Estado y la relación jurídica particular–particular. Con carácter general, la primera es una relación entre un titular de Derechos Fundamentales y otro que no lo es, mientras referente a la segunda, por el contrario, en la inmensa mayoría de las ocasiones (casi siempre) se establece una relación entre titulares por ambas partes de posiciones jurídicas de naturaleza iusfundamental[1344]. Desde esta misma dirección incide Konrad HESSE, al concluir que para los supuestos de un conflicto jurídico surgido entre sujetos privados, la totalidad de "los interesados gozan de protección de los Derechos fundamentales, en cuanto que en la relación del ciudadano con el Estado, esa tutela no protege al poder público". De esta suerte, si las posiciones jurídicas iusfundamentales "actúan a favor y en contra de todas las partes de una relación jurídico privada, se producirá de ordinario una colisión de Derechos Fundamentales"[1345], salvo casos extraordinarios como se verá más adelante.

[1343] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos…, op. cit.*, p. 511.

[1344] *Ibídem*, p. 511.

[1345] Konrad HESSE, *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, p. 60.

Debe encontrarse en ese momento la medida de la eficacia o, mejor expresado, determinar cuál es el alcance máximo de los efectos producidos por las normas constitucionales de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico-privadas. Porque, de entrada, la aplicación de las normas correspondientes a los Derechos Fundamentales para los supuestos de relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados situados en posiciones de igualdad sustancial, nunca suscitan problemas específicos siempre que sea observada la regla material de armonización proporcionada propia o derivada de la ponderación de situaciones de conflicto de esta naturaleza[1346]. Lo anterior no quiere decir, claro está, que la operación de ponderación en cuestión carezca de la complejidad reconocida, habida cuenta que la construcción de la jurisprudencia constitucional para este ámbito -evidentemente también cuando sea realizada por la jurisdicción ordinaria- es siempre una "labor milimétrica", realizada llena de dudas, respecto de si una opinión diferente no tiene idéntica justificación[1347].

Justamente, tanto los órganos de la jurisdicción ordinaria como las jurisdicciones constitucionales, incluida la española, adoptan sus decisiones aplicando los Derechos Fundamentales a las relaciones jurídico privadas, y realizan el análisis de los casos pensando en la posibilidad de colisiones de estas normas, lo que postula una ponderación entre los diferentes Derechos en conflicto, una vez descartada una apriorística jerarquización axiológica de carácter general comprensiva del catálogo iusfundamental[1348]. La "decisión", deberá

[1346] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares", en *Documentação e Direito Comparado. Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 5, Lisboa, 1981, pp. 262-263.

[1347] Así, el exmagistrado del *Bundesverfassungsgericht* Ernst G. MAHRENHOLZ, citado por Luis Villacorta Mancebo, *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 97.

[1348] La ponderación no establece una relación absoluta sino una correlación "de precedencia condicionada entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso, a

hacerse caso por caso después de ponderar los intereses en conflicto, esto es, mediante el desarrollo de la tarea específica para cada uno de los supuestos, por fatigosa que resulte, a través de un "loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional"[1349]. Y, adelantémoslo ya, por medio de la discusión generada acerca de la racionalidad de la ponderación, para cuya solución han sido desarrolladas "la primera y la segunda ley de ponderación y la fórmula del peso (*Gewichtsformel*), además de que sea advertida la tesis de la posibilidad limitada de hacer una escala"[1350] en esa técnica.

Sin embargo, a nuestro juicio, pueden observarse una serie de decisiones donde los tribunales consideran estar ante conflictos de Derechos Fundamentales, aunque muchas veces apliquen simultáneamente preceptos de derecho ordinario en el cual, se mire como se mire, es más fácil el hallazgo de "precedentes" frente a lo paradójico que parezca. Mientras, para otras situaciones similares, sí resuelven la cuestión a la luz de los preceptos constitucionales o descartan, en el caso concreto, la existencia de un conflicto en supuestos tasados, pues, como hemos mentado, casi todas la teorías analizadas acerca de la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico privadas, consideran que los choques surgidos como consecuencia de la aplicación de normas iusfundamentales en el seno de las mismas abocan, en último término, a una cuestión de naturaleza ponderativa[1351].

---

fin de determinar el sentido de la decisión judicial", viene a expresar Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos…, op. cit.,* pp. 92 y ss.

[1349] Luis PRIETO SANCHÍS, "El constitucionalismo de los Derechos", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Editoriales Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, p. 220.

[1350] Martin BOROWSKI, "Derechos de defensa como principios…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 106.

[1351] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos…, op. cit.*, p. 514; e igualmente Cristina QUEIROZ, quien considera que el conflicto de derechos o bienes jurídicos tutelados por normas constitucionales de idéntico rango, solo podrá ser resuelto mediante el recurso a

A tenor de lo antecedente, también de manera chocante, concluirá Robert ALEXY, que conforme a todas las construcciones acerca del alcance de la eficacia de los Derechos Fundamentales, esa operación ponderativa conducirá a reglas relativamente generales, según las cuales, también habremos de admitir cómo, en determinados casos y sectores del Derecho Privado, los Derechos Fundamentales serán total o parcialmente conducidos a un segundo plano. Es evidente que cualquier lector medianamente atento a todas nuestras reflexiones previas, moduladas modestamente a largo de este trabajo, estará en condiciones de aventurar que, concerniente al paso a un segundo plano de los Derechos Fundamentales, aun cuando sea a modo de excepción, no vamos a acompañar al autor precitado, lo cual debería ser una excepción muy extraña que ahora no somos incapaces de imaginar. Y nos anima por su parte al desaire nuestro Tribunal Constitucional, al haber dejado sentado que planteada una ponderación de carácter iusfundamental, se plantea siempre la problemática concernida a "la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales", y la solución pasará por "otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente. Esta ponderación o balance de derechos es la que, por supuesto, ha de hacer el Juez penal

una ponderación o contrapeso de bienes en el caso concreto, *Direitos fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 280. Nosotros hemos dicho en el texto "casi todas", mientras para, Robert Alexy, son todas; y bien sabemos ya cómo Jürgen Schwabe estima inexistente el problema de la *Drittwirkung*, y califica a esta, en sí misma, como una construcción artificial, por lo que atribuye siempre la responsabilidad por la lesión iusfundamental al Estado, ante lo cual, deberemos preguntar a Robert Alexy qué clase de ponderación recomienda a la construcción de la convergencia estatista.

y decidir si el ejercicio del derecho a la libertad de información está de tal modo legítimamente ejercido que alcance a provocar la desaparición (penalmente como causa de justificación; acto jurídicamente irreprochable) de la punibilidad o eventual reprochabilidad de esa misma conducta, es decir, la inexistencia jurídica de un atentado al honor personal, que la Ley penal castiga y que el propio art. 20.4 C.E. pone como límite, en su caso, del ejercicio de aquel derecho fundamental"[1352].

Es el mismo Robert ALEXY el encargado de proseguir afirmando que la forma más ambiciosa de una teoría de los Derechos Fundamentales debería estar en condiciones de disponer, para cada caso, una solución correcta *a priori*, si bien, en atención a la complejidad y variación infinita de hipótesis en las cuales diferentes Derechos Fundamentales pueden entrar en colisión, entiende imposible la formulación de ponderaciones hipotéticas, extraídas a través del análisis de grupos de casos reunidos –obviamente ya juzgados– por medio de la inducción, en el intento de preestablecer reglas generales fijas para la solución de colisiones construidas a base de prioridades abstractas. Tal teoría, al efecto de lograr el máximo grado de eficacia en la determinación de la solución aplicable a cada nuevo supuesto surgido, tendría que establecer una relación concreta de prioridad para todos los casos concebibles en que estuvieran en el escenario Derechos Fundamentales, lo que significaría la necesaria elaboración de una regla de decisión para cada hipótesis específica que cupiera presentarse. La teoría aludida se convertiría, por esta vía, en un amplísimo catálogo de reglas de decisión para todos los casos posibles de surgimiento en la praxis[1353]. Pero, como reconoce el autor que venimos considerando, los "límites de la fantasía humana excluyen la posibilidad de confeccionar una lista completa de este tipo",

[1352] STC 320/1994, de 28 de noviembre, entre otras varias.

[1353] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos…, op. cit.*, p. 550.

y, consiguientemente, semejante teoría, de intentarse, "estaría condenada al fracaso"[1354].

Efectivamente, la multitud de sucesos de la vida, con relevancia bajo puntos de vista normativo-valorativos, "es impensable repartirla jamás en un sistema aun tan refinadamente pensado de cajones incomunicados entre sí e inmodificables, que solo fuera preciso sacar para volver a encontrar cada suceso en una de estas casillas"[1355]. De otra parte, ha puesto de relieve Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, claramente apoyado al efecto en las tesis calificadas por el autor de "finísima doctrina" elaborada por Theodor VIEHWEG (esencialmente en *Tópica y jurisprudencia*), que, frente a la tradicional preocupación por "el sistema", es preciso reivindicar el especial significado jurídico que "tiene, y no puede menos de tener, el problema o el caso concreto, o mejor, la serie de problemas, la casuística, cuya resolución es toda la misión del Derecho". Porque, el mundo de lo normativo, da la cara "como un conjunto de respuestas a problemas concretos", esto es, el fenómeno jurídico "es por eso una «tópica» de problemas, los cuales deben ser debatidos (*Problemerörterung*, como tarea dialéctica propia del pensamiento tópico) en su singularidad, aunque sea esencial para ello la determinación de analogías problemáticas y de *lege artis* obtenidos de la experiencia reiterada de los mismos"[1356]. Por ello, cuando Robert ALEXY construye la tesis de la relación de precedencia condicionada entre principios, formulada concisamente como "ley de la colisión", le resulta obligado hacerlo de forma prudente, y siempre atendiendo a la valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, pues variadas estas

[1354] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos…, op. cit.*, p. 551.

[1355] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia…, op. cit.*, p. 442.

[1356] Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Editorial Cívitas, Madrid, 1984, pp. 57-59.

circunstancias, para otro caso diferente, la precedencia de los mismos principios puede ser solucionada inversamente al supuesto previo[1357].

Así consideradas las cosas, toda vez el significado y alcance del ámbito de protección de un Derecho Fundamental solo nos resulta comprensible a partir de la observación de "los datos de la realidad", un cambio de tales datos no puede "dejar de ser tenido en cuenta" en casos futuros[1358]. La ley de la colisión, según el autor, reviste una doble importancia, en cuanto, de un lado, describe la estructura lógica de la solución dada a la colisión, y, de otra parte, indica lo que necesita ser fundamentado, a saber, la conclusión alcanzada mediante el *modus operandi* ponderativo[1359].

Dentro de esos parámetros descritos, aun cuando ciertamente es imposible la construcción de precisas reglas jerárquicas de carácter general y abstracto, de cara a la solución de todas las posibles colisiones de Derechos Fundamentales en el ámbito jurídico-privado[1360], desde otra perspectiva, quizá sí puedan eventualmente extraerse algunos criterios –que no principios[1361]– susceptibles de ser tenidos en cuenta para la solución específica de los diferentes casos controvertidos. Pero, por el

[1357] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos…, op. cit.*, pp. 90 y ss.

[1358] Konrad HESSE, "Significado de los Derechos fundamentales", en *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Madrid, Editoriales Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996, p. 90.

[1359] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos…, op. cit.*, p. 98.

[1360] Wolfgang RÜFNER, pone precisamente de relieve las enormes dificultades para establecer fórmulas generales respecto de la aplicación de los Derechos Fundamentales en el ámbito del Derecho Privado, justamente por la facilidad con la que entran en conflicto en el mismo, y es entonces necesaria la ponderación en una múltiple variedad de supuestos en los que las posiciones jurídicas se oponen entre sí, "Grundrechtsadressaten", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg,… pp. 552 y ss.

[1361] Por todos, de nuevo, Friedrich MÜLLER / Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik…, op. cit., passim.*

momento, mantenemos que el resultado de una ponderación de Derechos Fundamentales como principios, llevará a la formulación de una regla de Derecho Fundamental definitiva y distinta a ser aplicada como norma de decisión del caso concreto, lo que evidencia, en gran medida, que la solución dependerá de las circunstancias y características propias del supuesto específico a solventar, tanto de sus aspectos fácticos como de sus aspectos jurídicos; y, en fin, la aplicación de la norma jurídica, impone la valoración del "caso enjuiciable conforme a ella"[1362].

Y es que aunque necesariamente haya de atenderse al aspecto jurídico, la cuestión de la eficacia de los Derechos Fundamentales ha de tener muy en consideración las dimensiones no estrictamente jurídicas del problema, sin desatender la inequívoca imbricación en cuestiones que habitualmente son consideradas como "meramente políticas, económicas, sociales o mismamente culturales, con el orden jurídico" de capital relevancia, que suponen límites y condicionamientos, así como estímulos para la realidad social de una determinada comunidad, lo cual exige, asimismo, una adecuada política de Derechos Fundamentales (esencialmente cuando se trata de Derechos sociales)[1363].

Pues bien, no obstante lo dicho, a través de la observación de casos jurídicamente similares, también cabe reconocer la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas reiteradas en series de casos concretos de características muy parecidas, lo que conduce a decisiones más o menos previsibles, futuras y coherentes en la mayor medida posible, ante lo que resulta incluso factible proceder a la construcción de ciertas pautas (no nos atrevemos a calificarlas de reglas) para conformar la decisión con independencia de que estas sean de carácter muy genérico. Porque, como ha expresado Karl LARENZ, la "regla" postula ser

[1362] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia…, op. cit.*, p. 203.

[1363] Ingo Wolfgang SARLET, "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficacia e efetividade do direito á saúde na Constituição de 1988", en *Interesse Público*, Vol. 12, 2001, p. 106.

aplicada de la misma forma "a todos los casos que han de ser medidos por ella", aun cuando reconoce ser rigurosamente cierto, realmente, "que ningún caso es igual a otro bajo todos los aspectos", y si se ha "de emplear «la misma» regla, no toda variación de la constelación del caso debe siempre llevar consigo ya también una nueva y diversa interpretación de ella", una vez al objeto de solucionar esa hipótesis, "la idea de «igual medida», un elemento fundamental de la «justicia», sería pura ilusión"[1364]. Y Josef ESSER, a partir de su toma de postura a favor del "sistema abierto", entiende la operabilidad aquí de "una ley histórica", pues en el seno de todas las culturas jurídicas hallamos repetido el ciclo clásico y conformado por el "descubrimiento de problemas, formación de principios y consolidación del sistema"[1365].

Verificándose la concurrencia de las mismas circunstancias en el supuesto objeto de análisis, tales pautas servirían como baliza protectora (no somos capaces de reflejarlo mejor, habida cuenta de lo que sirven antes las grandes tempestades), con objeto de prestar la superior atención a la naturaleza más específica del Derecho Fundamental concernido y a las circunstancias específicas del caso, con carácter de regla general, a la finalidad de poder aplicarse. Estamos quizá ante las denominadas por Robert ALEXY reglas-resultados de la ponderación (aun cuando el autor entendemos va más allá), vinculantes *prima facie* para la solución de nuevas colisiones sin ponderación, que se formulan por el autor en términos de las condiciones "bajo las cuales un principio precede a otro", y conforma el "supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente"; aplicación justificable en virtud de las coincidencias de las circunstancias del caso anterior con las de la nueva colisión de Derechos Fundamentales.

[1364] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia…, op. cit.*, p. 202.

[1365] Josef ESSER, citado por Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia…, op. cit.,* p. 169.

Sin embargo, si el nuevo caso presenta características diferenciables, con justificación objetiva, de las concurrentes en la aplicación de la regla-resultado de la ponderación, habrá que apartarse de esta última, que será, desde luego, el supuesto más frecuente[1366]. No en vano, el propio autor precitado hace mención asimismo a la que denomina "relación de precedencia condicionada", precisamente supeditada a las circunstancias del caso, que en otro supuesto serán diferentes y alterarán el orden de preferencia[1367]. Y quizá se queda aún corto en su razonamiento, pues la ponderación, ajena por completo a cualquier jerarquía abstracta de principios y derechos, concluye siempre mediante la estimación de una "jerarquía" móvil y axiológica[1368].

No obstante lo cual, también nos encontramos frente a un hecho cierto, como es el de que los órganos judiciales continentales, sobre manera los más Altos Tribunales, expone Karl LARENZ, tienen clara tendencia a "orientarse en gran medida por resoluciones paradigmáticas –por los precedentes– lo que sirve a la uniformidad y a la continuidad de la jurisprudencia judicial y, con ello, a la seguridad jurídica"[1369]. Sin embargo, el autor, muestra a reglón seguido una bien matizada precaución frente a estos, al lanzar la advertencia a los jueces con la finalidad de que no se abandonen a los precedentes sin "el menor reparo", a los efectos de que tiendan a formarse un juicio propio siempre que "abriguen dudas respecto de su rectitud" cuando menos, pues según es lo conveniente el órgano judicial "ha de ocuparse siempre de un caso

[1366] Robert ALEXY, citado por Laura Clérico, "Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad", en *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan-R. Sieckmann, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 193-194.

[1367] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos…, op. cit.*, p. 92.

[1368] Según terminología y caracterización de Ricardo GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, p. 170.

[1369] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia…, op. cit.*, p. 429.

determinado y tiene que conformarse con los casos que le son sometidos a resolución", de ahí no esté faculcultado para pasar "por alto, de inmediato, las repercusiones que un principio por él aceptado habrá de tener en grupos de casos comparables, pero a la vez distintos, así como qué restricciones, diferenciaciones o también correcciones pueden, por ello, ser necesarias"[1370]. A todo lo afirmado, hemos de adicionar la importancia adquirida por la aplicación del principio de prohibición de insuficiencia o prohibición de desprotección, medido desde el respeto al principio de proporcionalidad y que es propuesto por la teoría del deber de protección a cargo del Estado, en el sentido de decidir conforme al él, o su empleo, a modo de complemento de la ponderación.

Para Robert ALEXY, lo importante atendiendo al punto de vista del resultado, no va ser tanto la construcción teórica utilizada sino el contenido valorativo que le es imprimido a cada Derecho, lo que determinará su peso correspondiente a través del proceso ponderativo, teniendo en cuenta que, como hemos dicho, las ponderaciones son inevitables cuando todos los integrantes de la relación jurídica son igualmente titulares de Derechos Fundamentales y no se hallan en una disparidad sustancial de posiciones[1371]. Cosa distinta es cuando una de las partes dispone de tal poder social de dominio, que ello signifique una limitación a la libertad del otro polo de la relación.

7.1.3.5. Configuración–delimitación como tarea previa a la restricción de Derechos Fundamentales.

Por lo expresado hasta el momento, para los supuestos de conflictos entre Derechos Fundamentales dentro del ámbito de las relaciones jurídicas privadas en las inexiste un poder privado de supremacía, y sí

[1370] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia..., op. cit.*, p. 431.

[1371] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos..., op. cit.*, p. 515.

contrariamente al menos una tendencial igualdad, es preciso armonizar pretensiones revestidas de un diferente grado de centralidad relativo a los Derechos Fundamentales que colisionan[1372]. Hemos visto, a tal propósito, la idea de admitir restricciones cuando se pueden justificar mediante consideraciones objetivas y razonables a resultas del carácter no absoluto de los Derechos Fundamentales. Ante lo cual, lo primero a tener presente es la distinción entre restricción y delimitación, pues para llevar a cabo la restricción de un Derecho, es preciso haber procedido, con carácter previo, a la tarea de delimitación del contenido del mismo. Y la delimitación del contenido de los Derechos Fundamentales frecuentemente es tarea "ardua, sobre todo por la notable indeterminación de muchos de los enunciados constitucionales" declarativos de Derechos[1373]. A partir de esa delimitación previa del Derecho Fundamental, de su ámbito de protección, únicamente podrá ser este Derecho restringido para los supuestos en los cuales la limitación "venga justificada por la necesidad de proteger otros bienes o derechos garantizados en la Constitución, y satisfaga, además, los requisitos exigidos por el principio de proporcionalidad"[1374].

Por su parte, la doctrina científica alemana mayoritaria, emplea el término configuración en un sentido entendemos próximo al de delimitación utilizado entre nosotros, y concluye que, efectivamente, los Derechos Fundamentales pueden ser configurados legalmente, ahora bien, no en aquellos supuestos de inexistente vinculación alguna para el Legislador proveniente del contenido del Derecho Fundamental, sino en

[1372] Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, *Libertade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 255 y ss.

[1373] Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Editorial Cívitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, p. 105.

[1374] Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 247.

aquellos casos que el representante temporal inmediato de la soberanía popular se mantenga vinculado materialmente al Derecho Fundamental a configurar, y siempre que el mismo entre dentro la categoría de norma de principio (supuesto casi unánime) todo lo cual vendrá a concretarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Respecto a la relación que mantiene este principio jurídico con la restricción, la respuesta de nuevo casi unánime de la doctrina científica más solvente, es que estamos frente a dos diferentes modos "de describir exactamente el mismo fenómeno"[1375].

Volviendo sobre nuestras latitudes, dirá el Tribunal Constitucional que "los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades". Además, "tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspiradas por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción". Por consiguiente, "tanto los derechos individuales como sus límites, en cuanto estos derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social»". Consiguientemente, se produce un "régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad, como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente"; y, a resultas de "esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados

[1375] Por todos, Martin BOROWSKI, *La estructura de los Derechos…, op. cit.*, pp. 85-97.

con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos"[1376].

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán, viene sosteniendo "que el Legislador pueda regular los Derechos Fundamentales no significa que no pueda limitarlos. En cada regulación se vislumbran los posibles límites. Eso no implica que cuando se afirma que el Legislador debe regular los Derechos fundamentales, necesite de una manera notoria y consciente limitarlos (…). En otros términos, los límites insertos en la propia esencia del Derecho Fundamental, son concebidos como delimitaciones del mismo a través de los cuales el Legislador puede disponer del contenido objetivo del propio Derecho"[1377]. Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional ha insistido desde muy temprana fecha acerca de que la razón justificativa para el establecimiento de límites a los Derechos Fundamentales, estriba en la finalidad de garantizar otros Derechos o bienes constitucionalmente protegidos[1378].

Nos hallamos, venimos insistiendo, frente a la presencia de un problema de corte ponderativo, pretendiendo obtener a su través una concordancia práctica y proporcionada entre los Derechos ponderados una vez delimitados, caracterizada en último extremo porque la decisión adoptada nunca debe dejar sin contenido a los diversos valores

[1376] STC 159/1986, de 12 de diciembre. O, entre otras muchas, la más reciente STC 98/2000, de 10 de abril, según la cual "es doctrina reiterada de este Tribunal que «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, y 143/1994, de 9 de mayo, por todas)".

[1377] Así, la temprana BVerfGE 7, 377, (404), citada por Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Editorial Thomson Reuters-Cívitas, Cizur Menor, 2010, p. 51, nota núm. 166.

[1378] Entre otras, nuestras también vespertinas SSTC 11/1981, de 8 de abril, y 22/1981, de 2 de julio.

colisionantes. Y, a mayor abundamiento, por el superior sacrificio incompleto de uno de los Derechos Fundamentales, así como por la preservación, en la mayor medida posible, del contenido de cada Derecho incurso en el conflicto[1379], con lo que el fundamento y la forma de estas restricciones deben seguir las mismas reglas empleadas en las relaciones conflictivas individuo-Estado. Y nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha rechazado la posibilidad de realizar una ponderación abstracta de bienes y derechos que colisionan encaminada a decantar una doctrina general, y debido a ello se limita a la resolución del conflicto con ocasión del caso concreto suscitado[1380]. Precisamente por esta razón, la determinación del peso correspondiente a los bienes y derechos que chocan en el ámbito de la Constitución, únicamente se puede precisar a partir de considerar el modo concreto conforme al cual resolvamos el conflicto. Con lo cual, dado la "medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizar si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos"[1381].

No obstante, fue con posterioridad cuando el intérprete supremo de nuestros derechos y libertades se encargó de definir con superior claridad la estructura y objetivo de la ponderación iusfundamental, y enlazarla con el principio de proporcionalidad para los supuestos en los que hubiese de adoptarse tan "grave medida" como es la restricción del ejercicio de los Derechos Fundamentales. En concreto señala: "hemos tenido ocasión de afirmar que, al igual que los demás derechos

[1379] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts..., op. cit.*, pp. 72 y 142 y ss; Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações...", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 157.

[1380] STC 5/1981, de 13 de febrero.

[1381] STC 53/1985, de 11 de abril.

fundamentales, el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado. El propio Texto constitucional en su art. 21.2 establece explícitamente, como límite específico al ejercicio de ese derecho fundamental, que ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes (…) Para poder restringir el ejercicio del derecho de reunión deberán ponderarse, caso a caso, todas las circunstancias específicas concurrentes en cada una de las reuniones que pretendan llevarse a cabo al objeto de determinar si efectivamente existen razones fundadas para creer que el colapso circulatorio tendrá las características y los efectos antes descritos (…) Esa ponderación casuística corresponde hacerla a los poderes públicos y en especial a la autoridad gubernativa que, en el supuesto de que decida prohibir la concentración, dado que se trata de limitar el ejercicio de un derecho fundamental y en atención a lo establecido explícitamente en el art. 21.1 C.E., que habla de la existencia de «razones fundadas», debe: a) motivar la Resolución correspondiente (STC 36/1982); b) fundarla, esto es, aportar las razones que le han llevado a la conclusión que de celebrarse se producirá la alteración del orden público proscrita; y, c) justificar la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar esos peligros y permitir el efectivo ejercicio del derecho fundamental (…). Y en relación con lo que acaba de decirse, debe advertirse que incluso en los supuestos en los que existan razones fundadas de que una concentración puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes, la autoridad gubernativa, aplicando criterios de proporcionalidad, antes de prohibirla deberá utilizar, si ello es posible, la facultad que le reconoce el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983 y proponer las modificaciones de fecha, lugar o duración al objeto de que la reunión pueda celebrarse"; por consiguiente, a partir de "la aplicación de las premisas sentadas en el fundamento precedente al caso enjuiciado cabe concluir que la Resolución de la autoridad gubernativa prohibiendo la concentración convocada resulta

suficientemente motivada y fundada y que, a la luz de los hechos declarados probados, efectivamente concurrían en este supuesto las circunstancias que permiten adoptar tan grave medida de restricción del ejercicio del derecho fundamental consagrado en el art. 21 C.E. (…) Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto"[1382].

7.1.4. Ponderación *versus* principio de proporcionalidad para la resolución de conflictos surgidos en las relaciones iusfundamentales intersubjetivas.

7.1.4.1. Una aproximación conceptual–funcional a la técnica de la ponderación.

[1382] STC 66/1995, de 8 de mayo. Asimismo, por ejemplo, las SSTC 265/2000, de 13 de noviembre; 103/2001, de 23 de abril; 53/2002, de 27 de febrero, en la que puede leerse: "Las restricciones a la libertad también deben ser proporcionadas. Esto es: idóneas, necesarias y ponderadas (entre las recientes, SSTC 265/2000, de 13 de noviembre, FJ 8; 103/2001, de 23 de abril, FJ 10) (…) regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE (…). Identificada la existencia de un bien constitucional al que sirve la restricción (…) el respeto a la Ley (…) sólo permite restricciones limitadas, controladas y ciertas sobre un bien constitucional (la libertad personal) que goza de una posición constitucional preeminente en su doble vertiente de derecho fundamental (art. 17 CE) y valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) (…). Esta «regla de prevalencia condicionada>> entre los bienes constitucionales en concurrencia tiene, por lo demás, claro respaldo en el art. 5.1 f) del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), que expresamente contempla como posible causa legal de restricción de la libertad personal el impedimento de la entrada ilegal en el territorio del país".

Para aclarar aún más posiciones, una vez venimos hablado reiteradamente de la ponderación como técnica de resolución de conflictos iusfundamentales, entendemos que la concepción defendida por Javier BARNÉS VÁZQUEZ es correcta y adecuada constitucionalmente. Según considera el autor, por ponderación entendemos la participación comparativa desenvuelta "entre diversos bienes, derechos o valores jurídicos, íntimamente entrelazados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en el entendimiento de que en conjunto forman un sistema unitario. Analiza los elementos en conflicto, sus recíprocas interacciones, y su línea de frontera, lo cual, por lo pronto, requiere identificar el contenido básico de cada una de las partes en juego"[1383].

Por su parte, el principio de proporcionalidad es únicamente un caso específico de ponderación, pues esta organiza un "género más amplio, que comprende y admite juicios o perspectivas diferentes, mientras que la proporcionalidad en sentido propio no es más que una de sus modalidades posibles, tan solo preocupada por la razonable relación de costes y beneficios"[1384].

La ponderación ha terminado convirtiéndose, de esta suerte, en un criterio metodológico básico muy empleado en orden a la aplicación jurídica, sobre manera, cuando se trata de dilucidar acerca de la colisión de Derechos Fundamentales. Mientras, desde la perspectiva de pros y contras, Herbert BETHGE ha admitido, si bien cuando la ponderación no había pasado por ulteriores refinamientos, que efectivamente las

[1383] Carlos BERNAL PULIDO, "La racionalidad de la ponderación", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2007, p. 52.

[1384] Peter LERCHE, citado por Javier Barnés Vázquez, "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 35. Por eso, no podemos compartir la estimación de José María RODRIGUEZ DE SANTIAGO, para quien el juicio de ponderación es un método de decisión, mientras que el juicio de proporcionalidad es un método de control, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 105 y ss.

decisiones judiciales conformadas por medio de la técnica de la ponderación, instituyen "una jurisprudencia *ad hoc*, que tiende a magnificar la justicia del caso", aun cuando, del lado opuesto, entraña sacrificios importantes para "la certeza, la coherencia y la generalidad del Derecho"[1385].

Referido a Peter LERCHE, ha reconocido muy expresivamente y desde una perspectiva completamente empírico–realista, cómo los conceptos de proporcionalidad y ponderación innatos a "la prohibición de exceso, «han corregido el texto constitucional en todas las direcciones posibles, completando alguno de sus preceptos», al tiempo que han otorgado «un nuevo dinamismo» a la aplicación del Derecho y al control judicial"[1386].

La racionalidad de la ponderación ha sido cuestionada de muy diversas maneras tal como admite Martin BOROWSKI, y hemos de aceptar la falta de un conocimiento completamente sólido respecto del "parámetro vinculante para decidir preguntas normativas mediante la ponderación"[1387]. También podemos aceptar que diversos intérpretes lleguen a resultados diferentes acerca del "peso y el grado de afectación de un principio de cara al peso y a la realización del principio contrapuesto, así como sobre la relación de precedencia entre ambos". Sin embargo, este defecto no es específico del concepto de ponderación, sino una propiedad que caracteriza a todo procedimiento decisorio de cuestiones normativas. De existir un procedimiento decisorio intersubjetivo y obligatorio en materia de cuestiones normativas, tendría que preferirse a la ponderación. Pero un mejor procedimiento de estas

[1385] Herbert BETHGE, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Franz Vahlen Verlag, München, 1977, p. 276.

[1386] Peter LERCHE, citado por Winfried Kluth, "Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán", en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 234.

[1387] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos…, op. cit.*, p. 56.

características no existe y tampoco está a la vista, a tenor de cuyas circunstancias es preferible el "procedimiento que sea comparativamente mejor, y este es precisamente la ponderación"[1388]. Así estimadas las cosas, es conveniente resaltar que la ponderación constituye un procedimiento común propio del "razonamiento jurídico, y sus resultados se consideran aceptables en general, no solo en el derecho, sino en el razonamiento práctico en general"[1389].

A su vez, el principio de concordancia práctica, al que nos referimos de pasada y desde el cual se defiende por una gran mayoría de la doctrina científica que ha de desembocar la ponderación de Derechos Fundamentales, significa que, cara a la resolución de problemas concretos, los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Fundamental tienen que ser coordinados de manera que cada uno obtenga la máxima realización posible, esto es, evitando que la protección de unos entrañe el sacrificio o desconocimiento total de otros[1390]. Mientras para el Tribunal Constitucional Federal alemán, es necesario "perspectivar" las posiciones de los Derechos Fundamentales "conflictuantes en su funcionamiento

[1388] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos…, op. cit.*, pp. 56-57. Y según recuerda Luis PRIETO SANCHÍS, la ponderación no es una técnica caprichosa a cargo del trabajador de Derecho, pues su sentido radica "en ofrecer una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificativas del mismo valor, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales", "El constitucionalismo de los Derechos", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Editoriales Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, p. 220.

[1389] Carlos BERNAL PULIDO, "La racionalidad de la…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 57.

[1390] En este sentido, reiterando jurisprudencia, la STC 154/2002, de 18 de julio, que reza como sigue: "como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, por todas, SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7, y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5)".

recíproco y de limitarlos de tal forma que puedan ser, tanto cuanto sea posible, eficaces para todos los intervinientes"[1391].

Las normas constitucionales forman una unidad de sistema, aun cuando como toda unidad jurídica ni puede ser completa ni mucho menos perfecta, por lo que deben ser interpretadas y aplicadas del modo más acorde para el correcto funcionamiento del sistema en su conjunto[1392]. Mediante otras palabras, cada norma ha de ser concretizada puesta en relación con la Constitución en términos holísticos, evitando la producción de contradicciones y antinomias entre sus diversas partes, pues debemos "recordar la importancia de la interpretación sistemática, consecuencia del «principio de unidad de la Constitución» –STC 17971994, de 16 de junio, FJ 5-, pues ésta es un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3)"[1393].

La unidad del conjunto de la Constitución o unitariedad de "ese sistema fundamentador de valores"[1394], en fin, ese todo con sentido, conforma ya desde hace tiempo "un principio clásico de la interpretación constitucional"[1395]. Lo previo persigue evitar ponderaciones que ofrezcan un resultado en menoscabo del principio de unidad de la Constitución, e insta al intérprete a no contemplar para supuesto alguno las disposiciones constitucionales de forma aislada, sino integradas en un sistema de elementos que deben ser concordados entre sí. Puesto que

[1391] BVerfGE 89, 214 (2).

[1392] Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 43.

[1393] STC 16/2003, de 30 de enero.

[1394] BVerfGE 7, 209, entre otras.

[1395] Peter HÄBERLE, *Retos actuales del Estado Constitucional*, Editorial Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996, p. 122; Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…, op. cit.*, p. 27.

puede producirse una injerencia, y así será frecuentemente, en la libertad fundamental de una parte cuando se lleva a cabo la protección de un Derecho Fundamental de la otra, la cual deberá ser siempre proporcionada y constitucionalmente justificada[1396]. Estamos, a decir del Tribunal Constitucional Federal alemán, ante la presencia de un "principio del más cuidadoso equilibrio" entre los bienes jurídicos concurrentes y tutelados constitucionalmente[1397].

Es pretensión indisimulada el logro a través de la orientación ponderativa de un justo equilibrio entre las posiciones jurídicas correspondientes a los ciudadanos, y entre las de estos y el interés general. Y de hallarnos para el supuesto ante relaciones jurídicas signadas por sujetos privados, de no afirmar la prevalencia de un Derecho Fundamental ilimitadamente frente al resto de los colisionantes, mediante la ponderación iusfundamental se establecerá cuál Derecho posee un mayor peso atendidas sean las circunstancias específicas concurrentes en la colisión, de modo que se relegará al otro a un segundo plano, pero sin eliminarle[1398]. O, expresado con la formulación de nuestro Tribunal Constitucional, se trata de un criterio de interpretación que "exige dotar de la mayor fuerza normativa a cada uno de los preceptos constitucionales"[1399], el cual debe ser interpretado de tal modo que pueda impedir la desvirtualización íntegra de una de sus disposiciones a favor de lo establecido por otra[1400].

[1396] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…, op. cit.*, pp. 158-159; *Derecho Constitucional y…, op. cit.*, p. 145.

[1397] BVerfGE 39, 1 (53).

[1398] Wolfgang RÜFNER, "Drittwirkung der Grundrechte, Versuch eine Bilanz", en *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, edición de Peter Selmer / Ingo von Münch, Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1987, p. 224.

[1399] STC 227/1988, de 29 de noviembre.

[1400] STC 173/1998, de 23 de julio.

El Tribunal acepta la premisa y parte de la misma, naturalmente, de que los Derechos Fundamentales ponderados adolecen del rasgo de lo absoluto, porque no lo son "ninguno de los derechos fundamentales", como consecuencia de lo cual, todos ellos pueden "ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, FJ 6, y 143/1994, FJ 6, por todas)"[1401]. El propósito estriba en lograr la concordancia, y evitar que, allí donde se producen colisiones, no pueda uno de los Derechos Fundamentales ser realizado a costa del sacrificio precipitado del otro, toda vez, en virtud del principio de unidad del ordenamiento la concretización de cada Derecho, obliga a una tarea de optimización planteada en términos recíprocos. Dicho con similares términos, deben establecerse límites a los dos bienes jurídicos, persiguiendo el objetivo de que ambos puedan llegar al mayor grado posible de eficacia óptima a alcanzar en el caso concernido[1402]. La Constitución, en realidad, garantiza la protección de ambos, y la necesidad de ponderación deriva propiamente de la ausencia de un abstracto orden jerarquizado entre los valores constitucionalmente consagrados[1403].

7.1.4.2. Estructura de la ponderación.

La estructura de la ponderación, según Robert ALEXY, está integrada por tres principios: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y una carga de argumentación[1404]. La Ley de la ponderación fue

[1401] STC 186/2000, de 10 de julio.

[1402] Klaus STERN–Michael SACHS, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band. III/2, C.H. Beck Verlag, München, 1994, p. 656.

[1403] Susana DE TOLEDO BARROS, *O principio da proporcionalidade e…, op. cit.*, p. 166.

inicialmente formulada del siguiente modo: "cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro", en tanto las intensidades leve, moderada y grave, especifican el grado de importancia de los principios en colisión[1405]. Por lo referido a la fórmula del peso de los principios, es preciso prestar suma atención a la jerarquía de la fuente mediante la que están establecidos, y también ha de valorarse la referencia a valores sociales positivos, así como la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado, de conformidad con el cual, la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto[1406]. Tocante a la carga de la argumentación, entra en juego cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso concluye en un empate, para cuyo caso, inicialmente, Robert ALEXY aduce razones que fundamentan una carga de argumentación a favor de la libertad y la igualdad jurídica[1407]. Sin embargo, con posterioridad, mantiene que los empates juegan a favor del principio democrático[1408].

Más actualmente, Robert ALEXY viene acompañando a la fórmula del peso el tercer subprincipio de proporcionalidad o proporcionalidad en sentido estricto, con lo cual, estamos ante una "nueva ley de la ponderación" más afinada[1409], pues al lado de la variante señalada, se

---

[1404] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos…, op. cit.*, pp. 86 y ss.

[1405] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos…, op. cit.*, p. 161.

[1406] Según manifiesta Aharon BARAK, la fórmula del peso es imprescindible al objeto de permitirse la introducción de algún "orden al pensamiento jurídico", sobre manera ante cuestiones normativo-constitucionales, The Judge in a Democray, Princeton University Press, Princeton, 2006, pp. 174 y ss.

[1407] Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos…, op. cit.*, pp. 549 y ss.

[1408] Robert ALEXY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2004, pp. 43 y ss.

[1409] Así es mantenido por Carlos BERNAL PULIDO, "La racionalidad de la…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 65.

toman también en cuenta el peso abstracto de los principios y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los mismos[1410].

La reformulación de la ley de la ponderación, al introducir dos variables más, se vuelve "más sofisticada"[1411]. Existen, naturalmente, supuestos difíciles en los cuales las premisas fácticas y normativas a considerar con objeto de "determinar la importancia de un principio son inciertas"[1412], y el grado de importancia depende de otras premisas fácticas y normativas. Para la estima del peso abstracto de los principios colisionantes, el órgano judicial también dispone de "un margen de deliberación a la hora de determinar el peso abstracto de los principios", reconocido sea que el "peso abstracto es una variable muy particular, por cuanto siempre depende de consideraciones morales e ideológicas y lleva necesariamente al juez a adoptar una posición acerca de la teoría sustancial de la Constitución"[1413]. Por lo referido a las apreciaciones empíricas tocantes a la importancia de los principios, dependen de la eficacia, la velocidad, la probabilidad, el alcance y la duración del efecto sobre los mismos y de la medida que está en juego para cada caso, lo que no es ciertamente fácil de determinar[1414].

Los valores adquieren positividad siempre y cuando sean consagrados normativamente bajo la forma de principios, como sucede con los Derechos Fundamentales. A partir de ahí, la solución normativa a los problemas concretos, no se pauta solo por la subsunción del hecho en la regla específica, sino que exige del intérprete un procedimiento de valoración ponderativa concordante con los diversos principios jurídicos

[1410] Carlos BERNAL PULIDO, "La racionalidad de la…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 66.

[1411] *Ibídem*, p. 66.

[1412] Carlos BERNAL PULIDO, "La racionalidad de la…", *loc. cit.* en *op. cit.* p. 68.

[1413] Carlos BERNAL PULIDO, "La racionalidad de la…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 71.

[1414] Carlos BERNAL PULIDO, "La racionalidad de la…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 72.

envueltos en el litigio a dilucidar, con el fin de concretizar adecuadamente la norma de decisión: "*Il 'principio' è norma che impone la massima realizzazione di um valore"*[1415].

La finalidad trata de clarificar, pues, la medida en la que el "bien jurídico es protegido realmente" y, de otra parte, lograr el esclarecimiento del "grado de perjuicio que habría de sufrir uno u otro bien en el caso en que tuviera que retroceder detrás del otro", a fin de cuya operación ponderativa tienen validez los principios de proporcionalidad, del medio más idóneo o de la menor restricción posible, aunque, observando estos principios, resta aún un "margen libre muy amplio para una valoración judicial". Lo cual, pone de relieve que "la <<ponderación de bienes>> no es simplemente cosa del sentimiento jurídico, un proceso racional que no ha de hacerse en absoluto unilateralmente, sino que es un proceso que, al menos hasta un cierto grado, sigue los principios indicados y, en cuanto tal, es también comprobable"[1416]. Los tribunales emplean cada vez con superior frecuencia la ponderación de bienes en el caso particular, nos dice Karl LARENZ, y consiste este en un método de "desarrollo del Derecho, porque sirve para resolver colisiones de normas –para las que falta una regla en la ley–, para delimitar unas de otras las esferas de aplicación de las normas que se entrecruzan y, de este modo, concretizar los derechos, cuyo ámbito, como el del derecho general a la personalidad, ha quedado en blanco"[1417].

7.1.4.3. Valoración de la ponderación entre Derechos Fundamentales (breve compendio).

[1415] Pietro PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 9 y ss.

[1416] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia…*, *op. cit.*, p. 409.

[1417] *Ibídem*, p. 409.

Aunque autores de alta solvencia intelectual, caso de Walter LEISNER, insisten en considerar a la ponderación como una fórmula retórica[1418], es conveniente responder, de entrada, que la retórica hace presencia con mayor o menor intensidad en toda formulación jurídica. Por todo lo mentado previamente en los puntos de arriba, podemos afirmar que en la determinación normativa de cada caso de naturaleza iusfundamental, realizada mediante la técnica ponderativa, el aplicador jurídico dista de hallarse durante su transcurrir "libre, sino que en algún grado está vinculado a otras determinaciones", a cuya posibilidad de operación ponderativa contribuye decisivamente el hecho de que "los Derechos Fundamentales no tienen todos el mismo peso abstracto, sino que entre ellos puede haber precedencias *prima facie*"[1419]. Y esta ponderación racional vinculada a la teoría de los principios, posibilita adoptar la decisión en "el nivel analítico más alto posible que hasta hoy se conoce"[1420]. Ponderación comprensiva no solo de los derechos de defensa sino también extensible a los derechos de prestación, dado que las normas constitucionales de reconocimiento son igualmente poco definidas, bastante lapidarias y casi siempre demasiado indeterminadas, y cuando surge una situación en la que un derecho de defensa de un ciudadano colisiona con un derecho de prestación de otro, este último solo puede "restringir un derecho de defensa contrario si cumple las

[1418] Walter LEISNER, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1997, p. 171, quien se pronuncia acerca de la complejidad de esta fórmula, así como la entrañada por el principio de proporcionalidad con carácter general. Acerca de la muy alta calidad de este libro, aunque mantenga tesis con alguna frecuencia discrepantes con las seguidas por nosotros, podemos remitir a la "Recensión" efectuada por Niels JANSEN, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophie of Law and Social Philosophy*, Vol. 84, 3, 1998, pp. 439-443.

[1419] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos…, op. cit.*, p. 56.

[1420] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos…, op. cit.*, p. 142.

exigencias del principio de proporcionalidad", pudiéndose afirmar lo mismo a la inversa[1421].

El trabajador del Derecho, al hilo de cada decisión adoptada, establece "nuevas determinaciones abstractas que pueden ser desarrolladas de manera cada vez más clara, hasta conformar un sistema de relaciones abstractas de precedencia", de tal modo que con motivo de la introducción de una "decisión divergente en el sistema, se tiene entonces la carga de la argumentación", y es de esta forma como puede construirse la estructura que sirva a "una teoría de formación de precedentes", con lo cual, dirá Martin BOROWSKI, de entender la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán "como un sistema de estas características, se genera seguridad jurídica"[1422].

Sin perjuicio de lo apuntado hasta ahora, por mucho que se haya perfilado la estructura ponderativa, dada la adopción mediante la misma de cualquier concretización normativa, verdaderamente, siempre va a existir un grado más o menos amplio de indeterminación, a través de cuya rendija se cuelan las "apreciaciones subjetivas del juez", por la propia naturaleza de las cosas. Con todo, estas van a hacer acto de presencia de manera indefectible sea en "la ponderación como en cualquier otro procedimiento alternativo", porque asimismo se denota la presencia de subjetividad en la subsunción[1423], si es que la misma resulta factible en algún supuesto.

[1421] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos…, op. cit.*, pp. 148-154.

[1422] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos…, op. cit.*, p. 58. No obstante, autores como Uwe DIEDERICHSEN han puesto de manifiesto que a partir de la lectura de la jurisprudencia constitucional alemana, no es posible inferir la clarificación de un único criterio de acuerdo con el cual pueda establecerse *a priori* la prevalencia de unos Derechos sobre otros, lo que trae causa de la propia flexibilidad de los Derechos Fundamentales y, consecuentemente, de su acomodo a las condiciones concurrentes, "Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz", en *Juristische Ausbildung*, febrero de 1997, p. 60.

[1423] Carlos BERNAL PULIDO, "La racionalidad de la…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 57.

Como consecuencia, pues, de lo terminado de señalar, resulta completamente inapropiada la pretensión de reemplazar la "supuestamente incierta ponderación, por una supuestamente cierta subsunción"; es más, todo aquel que tiene la pretensión de descartar "la ponderación de las apreciaciones subjetivas del juez, incurre en hiperracionalidad"[1424]. La racionalidad de una decisión jurídica tiene que darse por cumplida cuando la fundamentación permite su enunciación a través de términos conceptualmente claros y consistentes[1425], y si son respetadas las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas[1426]. No existe racionalidad ni objetividad plena dentro del mundo de lo jurídico, pues tal plenitud constituye un "ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo y, mucho menos, en un ámbito controversial como el de los principios tan estrechamente vinculado con las ideologías"[1427]; pero ello tampoco significa imprescindiblemente la renuncia a la pretensión de alcanzarla en la mayor medida posible[1428].

7.1.5. Desde la ponderación a la proporcionalidad, pasando por la concordancia práctica.

7.1.5.1. Planteamiento inicial.

El principio de concordancia práctica postula, dicho sea de modo sintético y desde la consideración del principio de unidad de la Constitución, que los bienes jurídicos "constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad". Por consecuencia, "donde se producen

[1424] *Ibídem*, p. 57.

[1425] Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 185.

[1426] Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación…, op. cit.*, pp. 185-187.

[1427] Carlos BERNAL PULIDO, "La racionalidad de la…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 55-56.

[1428] Carlos BERNAL PULIDO, "La racionalidad de la…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 57.

colisiones no se debe, a través de una precipitada «ponderación de bienes» o incluso abstracta «ponderación de valores», realizar el uno a costa del otro. Por el contrario, el principio de unidad de la Constitución exige una labor de «optimización»: se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima"[1429], y exige la coordinación proporcional de los Derechos Fundamentales y bienes que los limitan de tal modo que cada uno de ellos gane realidad y conserve su identidad[1430].

De conformidad a lo sostenido por el Tribunal Constitucional español, el objetivo perseguido es el de controlar si la ponderación entre los Derechos Fundamentales concernidos para el caso a analizar, "se ha realizado en la forma que la Constitución tolera, o si, por el contrario, se ha producido un desequilibrio entre los mismos del que resulta que la protección de uno ha lesionado de forma evidente y desproporcionada el resto de los derechos implicados"[1431]. Porque, en caso de conflicto entre dos Derechos Fundamentales, es obligado jurídica y realmente el sacrificio proporcionado de ambos[1432], resultando en consecuencia

[1429] Konrad HESSE, *Escritos de Derecho constitucional*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 78.

[1430] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…, op. cit.*, pp. 127-128.

[1431] STC 20/1990, de 15 de febrero.

[1432] STC 186/2000, de 10 de julio: "el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho" (SSTC 57/1994, FJ 6, y 143/1994, FJ 6, por todas) (…)". Y aunque específicamente centrada al supuesto de hecho concernido, de modo ilustrativo agrega: "los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4) (…) Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales solo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 9971994, de 11 de abril, FJ 7; 6/1995, de 10 de enero, FJ 3, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 7). Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido,

inadmisible en términos jurídicos el sacrificio completo de uno de ellos en beneficio de la absoluta protección del otro. Esto es, se ejecuta a través de un criterio de proporcionalidad en la distribución de los costes del conflicto, lo que presupone tomar plenamente en cuenta las dos disposiciones constitucionales en sentido jurídico[1433]. Toda vez, el aludido principio se define como un "criterio para determinar el contenido" de los Derechos Fundamentales, ante lo cual, el "presupuesto lógico de su utilización es siempre la circunstancia de que un derecho fundamental deba ser aplicado jurisdiccionalmente"[1434]. Y así, una vez entrada en vigor la Ley Fundamental de Bonn, iba a ser en primer lugar Herbert KRÜGER, el encargado de postular que el principio de proporcionalidad tuviera el rango y la naturaleza de principio constitucional[1435].

Hemos de reconocer que el principio de proporcionalidad refuerza la "fuerza normativa de las disposiciones iusfundamentales y de los bienes constitucionales relevantes que se delimitan mediante su aplicación, y

como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 108/1989, de 8 de junio, 171/1989, de 19 de octubre, 123/1992, de 28 de septiembre, 134/1994, de 9 de mayo, y 173/1994, de 7 de junio), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22)". Con lo cual, atendida la preeminencia "de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación solo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador".

1433 José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares", en *Documentação e Direito Comparado. Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 5, Lisboa, 1981, p. 315.

1434 Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad…, op. cit.*, p. 183.

1435 Herbert KRÜGER, "*Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz*", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 20, 1950, p. 628: "*Früher galten die Grundrechte im Rahmen der Gesetze, heute gelten die Gesestze im Rahmen der Grundrechte*". El autor concluye afirmando que la función integrativa de los Derechos Fundamentales solo puede cumplirse cuando el ciudadano sepa que en todo momento posee esos derechos inviolables, y empieza a perderse en el mismo momento en que comience a cercenarse *ex lege* la existencia y virtualidad de tales derechos.

trata de atribuirles la máxima efectividad posible"[1436], entretanto el concepto de proporcionalidad ha aparecido vinculado a lo largo de su historia con la "idea de justicia material"[1437]. Y, como ya se ha dicho más arriba, presupone estar frente a la presencia de Derechos Fundamentales restringibles y garantizados mediante principios jurídicos, pues junto con el principio de concordancia práctica, mantiene Thomas WÜRTENBERGER, constituyen cánones hermenéuticos direccionados al logro del grado incomparable de realización de los Derechos Fundamentales, esto es, "a una optimización de la libertad"[1438].

Además, según el autor precitado defiende, esta constituye un concepto regulativo, una meta fijada jurídicamente u aspiración máxima a conquistar, sin perjuicio de lo cual su realización "no puede ser demostrada"[1439], algo común a cualquier resultado al que se llegue mediante un proceso de concretización jurídica. Y enlazaría así con este planteamiento la aportación clásica de Peter LERCHE, de acuerdo con la cual, es el Derecho Constitucional el ámbito por excelencia para la aplicación del principio de proporcionalidad, de modo especial, tocante al sector de los Derechos Fundamentales[1440]. Y nuestro Tribunal Constitucional se suma muchas veces a esta idea, al declarar: "el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha

---

[1436] Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad…, op. cit.*, p. 556.

[1437] Javier BARNÉS VÁZQUEZ, "El principio de proporcionalidad…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 23.

[1438] Thomas WÜRTENBERGER, "Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Band. 58, Walter de Gruyter Verlag, Berlin–New York, 1999, p. 144.

[1439] Thomas WÜRTENBERGER, "Rechtliche Optimierungsgebote…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 157.

[1440] Peter LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München-Bonn, 1961, *passim*.

venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (…). Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia (…), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (…) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos"[1441].

Debemos significar que el *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* o principio de proporcionalidad, sobre todo a partir de 1965, cuando el Tribunal Constitucional Federal alemán consideró que, derivado del principio del Estado de Derecho, tiene "rango jurídico constitucional", proviene en el fondo, lo miremos como se quiera, del "propio sustrato esencial de los Derechos Fundamentales"[1442]. Una declaración la última remachada en 1968, cuando este órgano sentenció que vinculaba a la completa actuación de todos los poderes públicos[1443], constituyendo contemporáneamente el parámetro esencialmente empleado por la jurisprudencia constitucional alemana[1444]. Y lo es asimismo de amplia

[1441] STC 55/1996, de 28 de marzo.

[1442] BVerfGE 19, 342 (348). No obstante, el *Bundesverfassungsgericht* venía empleando el principio de proporcionalidad para comprobar el respeto del mismo por el Legislador, sobre cuyos actos, declara, gozan *prima facie* de presunción de legitimidad, a partir de la BVerfGE 7, 377, (412).

[1443] BVerfGE 23, 127, (133).

[1444] Manfred GENTZ, "Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriff", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, pp. 1600 y ss.

utilización por la española, e incluso la realidad nos permite observar, aunque sea fundamentalmente a través de las literaturas jurídicas nacionales y su pertinente valoración, la actual extensión mayoritaria del mismo como resultado de su aplicación con perfecta llaneza a cargo de los Tribunales europeos y los jueces estatal–nacionales de Derechos Fundamentales[1445], a la hora de enjuiciar si se ha desarrollado por parte de los poderes públicos de forma racional e intersubjetivamente controlable, la limitación o restricción de los Derechos Fundamentales que perceptiblemente entraron en colisión (o bien colisionaron con la autonomía privada u otros bienes o derechos constitucionalmente amparados), así como el resto de las obligaciones del Estado para con los Derechos Fundamentales.

A los efectos ahora de interés, el principio de proporcionalidad sirve para determinar acerca de la compatibilidad de la solución dada con las prescripciones constitucionales, atendiendo a la actividad limitadora llevada a cabo, pero no constituye en sí mismo un canon autónomo de interpretación constitucional, cuya alegación pueda realizarse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales[1446]. Al ser los Derechos Fundamentales mayoritariamente principios, como ha reconocido Martin BOROWSKI, prosiguiendo los planteamientos de Robert Alexy, entre el carácter "de principio de una norma y el principio

[1445] Javier BARNÉS VÁZQUEZ, "El principio de proporcionalidad. Estudio…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 22.

[1446] Repitiendo jurisprudencia, STC 55/1996, de 28 de marzo: "el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales -y en particular de los aquí invocados- y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: solo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad".

de proporcionalidad en sentido lato existe una relación de implicación recíproca: el carácter de principio implica el principio de proporcionalidad en sentido lato y viceversa"[1447]. Con lo cual, las restricciones de los Derechos Fundamentales, con independencia del poder público del que procedan, pueden así ser sometidas al control del Tribunal Constitucional, encargado de realizar un análisis de proporcionalidad respecto de la debida medida.

Se plantea el principio de proporcionalidad, pues, con motivo de llevar a cabo "una restricción del ámbito protegido *prima facie*" por la posición iusfundamental afectada, cuando los supuestos en los cuales la máxima extensión "constitucionalmente atribuible al derecho fundamental sufre un menoscabo"[1448], y que debido a su carácter de fundamentos del orden constitucional exigen su no eliminación en los supuestos de colisión, así como no operar una restricción de contenido superior a la necesaria, atendida su eficacia para la vida comunitaria[1449]. Sin embargo, cuando se está frente a hipótesis aquejadas de una ponderación errónea llevada atribuible a un órgano judicial, puede llegar la jurisdicción constitucional al pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, después de revisar la previa valoración judicial[1450]. De otro

[1447] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos..., op. cit.*, pp. 49-50.

[1448] Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales..., op. cit.*, p. 99.

[1449] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts..., op. cit.*, p. 127.

[1450] Entre otras, la STC 185/1989, de 13 de noviembre, donde reconoce: "cuando los Tribunales ordinarios han fijado y valorado los hechos, con ponderación motivada y razonable de los derechos fundamentales involucrados, este Tribunal no podría revisar dicha valoración so pena de invadir las competencias de la jurisdicción ordinaria y de convertirse en una tercera instancia", siendo correcta la tesis "en lo que se refiere a la fijación de los hechos en todo caso y a la valoración de los mismos desde la perspectiva de la legalidad ordinaria aplicable. Sin embargo, cuando se trata de la valoración de normas constitucionales y, en particular, de la ponderación de derechos fundamentales, en ningún caso cabe decir que este Tribunal no puede revisar la efectuada por los Tribunales ordinarios, ya que es el supremo intérprete de la Constitución y, por consiguiente, quien debe determinar en última instancia el contenido de los derechos que la Constitución garantiza. Precisamente, la finalidad del recurso de amparo es la

lado, una ausencia absoluta de ponderación concluirá con la falta de proporcionalidad de la medida[1451] y, finalmente, se terminará por estar ante una inadecuada ponderación a cargo del órgano judicial cuando nos topemos ante hipótesis en las que este último haya abordado la cuestión de los límites de Derecho Fundamental, pero con desatención para la valoración del propio contenido iusfundamental[1452].

7.1.5.2. La construcción dogmática-*alemana* del principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsprinzip).*

7.1.5.2.1. Apunte previo.

El principio de proporcionalidad, desde la perspectiva de su construcción dogmática en sentido amplio, fue teorizado mediante su desglose por la jurisprudencia y literatura jurídica alemana[1453], y

reparación de la vulneración de los derechos fundamentales causada por los Poderes Públicos, reparación que, eventualmente, puede no haber sido ofrecida por los Tribunales ordinarios (...) nada que concierna al ejercicio de los derechos fundamentales podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal (...)"; luego es competencia del "Juez penal, con la adecuada ponderación de los derechos fundamentales en juego, la subsunción de los hechos en los correspondientes tipos delictivos y la calificación jurídico-penal de los hechos que, efectivamente, no es competencia del Tribunal Constitucional. Ahora bien, una errónea delimitación del contenido de un derecho fundamental o una ponderación entre derechos fundamentales que no se ajuste al contenido respectivo delimitado por la Constitución y, en su caso, por este Tribunal, puede y debe llevar, sin género de dudas, a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada efectuando una revisión de la valoración judicial ".

[1451] STC 104/1986, de 17 de julio.

[1452] STC 20/1990, de 15 de febrero.

[1453] Como se sabe, el principio de proporcionalidad parece haber surgido inicialmente en el Derecho de policía prusiano, para extenderse luego al resto del Derecho Público. El rastreo de las primeras teorizaciones, quizá se Günther Heinrich VON BERG, *Handbuch des deutschen Polizeyrechts*, Hahn Verlag, Hannover, 1799, pp. 88 y ss. Y uno de los primeros precedentes que suelen considerarse acerca de la teorización fue la realizada por Max Ernst MAYER para el Derecho Penal, quien postulara a efectos de una protección penal proporcionada, que se trate un bien digno de protección (*SchutzwürdigkeiT*), a su vez necesitado de protección (*Schutzbedürftigkeit*), y finalmente con capacidad de ser protegido (*Schutzfähigkeit*), *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch*, Carl Winter Verlag, Heidelberg, 1915, pp. 22 y ss. Aplicaciones del principio así como su inicial evolución, puede encontrase en varias obras, pero vamos a hacer referencia a dos monografías y un artículo, Walter LEISNER, *Von der*

estructurado conforme a tres subprincios o pasos que ha de realizar el operador jurídico antes de llevar a cabo la actividad limitadora o de restricción de los Derechos Fundamentales en cuestión, o dictaminar acerca de la legitimidad constitucional de la restricción ya realizada[1454]. Es así evidente, su enmarque entre los límites a la actividad limitadora poseedores de "un carácter externo al derecho mismo"[1455].

De su importancia hablan algunas valoraciones doctrinales, como la de haber sido comprendido por Rainer WAHL en términos de la "mayor contribución al Derecho Público que ha tenido lugar después de 1945"[1456]. Asimismo, es el caso de Hasso HOFMANN, cuando le califica de auténtico "descubrimiento", en su estima de técnica de control de las limitaciones o restricciones de los Derechos Fundamentales[1457]. U opinará Fritz OSSENBÜHL, estamos ante un principio que, merced a la jurisprudencia constitucional, ha terminado por llegar a ser la "llave y método de la dogmática del Derecho Constitucional"[1458]. Por su parte,

Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung: Betrachtungen zur möglichen selbstandigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1964, pp. 3-37; Michael Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985; Georg RESS, "Der Grundsatz Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht", en *Der Grundsatz der Europäischen Rechtsordnungen*, edición de Hans Kutscher / Georg Ress / Francis Teitgen / Felix Ermacora / Giovanni Ubertazzi, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1985, pp. 5 y ss.

1454 Peter WITTIG, "Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes", en *Die öffentliche Verwaltung*, 1968, pp. 817 y ss.

1455 Javier BARNÉS VÁZQUEZ, "El principio de proporcionalidad. Estudio…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 41.

1456 Rainer WAHL, "Die bürokratischen Kosten des Rechts- und Sozialstaats", en *Die Verwaltung*, Band. 13, 1980, p. 279.

1457 Hasso HOFMANN, "Die Grundrechte 1789-1949-1989", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 50, 1989, p. 3185. En similares términos Dieter GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991, p. 221

1458 Fritz OSSENBÜHL, "Abwägung im Verfassungsrecht", en *Abwägung im Recht. Symposium und Verabscheidung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlass seiner Emeritierung*, edición de Wilfried Erbguth / Janbernd Oebbecke / Hans W. Rengeling / Martin Schulte, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, p. 40.

Josef ISENSEE sostiene que el empleo del principio de proporcionalidad permite una mayor previsibilidad de las decisiones, y expone a superior control la fundamentación del juez constitucional por parte de la Comunidad política, la cual pasa así a desempeñar una tarea de supervisión de la actividad de aquel, tan necesaria frente a un órgano carente de controles institucionales[1459].

El Tribunal Constitucional Federal alemán, a medio de jurisprudencia trillada, ha sostenido que el principio de proporcionalidad "emerge básicamente de la misma naturaleza de los Derechos Fundamentales"[1460]. Y seguramente algo tuviera que ver el recientemente fallecido profesor Roman HERZOG (q.e.p.d.), antiguo presidente de este Alto Tribunal, de la República Alemana, y redactor primero de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tocante a la positivación del principio a cargo del texto incorporado por el artículo 52.1 (2) de la misma, cuya rúbrica es "Interpretación de los derechos y principios"; mientras el texto positivo del artículo dirá: "1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del *principio de proporcionalidad*, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás". Todo ello dentro del TÍTULO VII: DISPOSICIONES GENERALES QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DE LA CARTA".

[1459] Josef ISENSEE, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und…", *loc. cit.* en *op. cit.,* p. 1092.

[1460] Sin ánimo de agotar referentes, por ejemplo: BVerfGE 19, 342 (349); BVerfGE 65, 1, (44); BVerfGE 76, 1, (50-55).

7.1.5.2.2. El «*Prüfung*» dogmático elaborado actualizadoramente por la literatura jurídica y la jurisprudencia constitucional alemanas.

a) *Grundsatz der Geeignetheit*: adecuación (idoneidad).

Inicialmente, la intervención en el ámbito de protección del Derecho afectado requiere de manera indispensable el cumplimiento de la condición de que sea adecuada al fin constitucionalmente legítimo (*Verfassungsrechtlich legitimes Ziel*)[1461] perseguido por el Estado mediante su restricción, al objeto de alcanzar o de favorecer la obtención del citado fin perseguido[1462]. Para ello, será preciso atender al mandato de objetividad general, mediante la realización de una adecuada ponderación de los Derechos o bienes constitucionalmente tutelados colisionantes, con la finalidad de determinar si la medida o medio empleado es funcionalmente adecuado, apto, útil, idóneo o apropiado para alcanzar o promover la consecución del fin inmediato perseguido[1463]. El medio empleado, ha de revelarse "idóneo para conseguir el cumplimiento del objetivo deseado"[1464].

[1461] BVerfGE 83, 130 (154): "*Das verfassungsrechtlich legitime Ziel ist zu Beginn der Prüfung ausdrücklich zu nennen und in der Verfassung zu verorten*".

[1462] Aunque es cuestión es polémica, nos decantamos por esta posición, afirmando el fin constitucionalmente legítimo, y los fines serán legítimos siempre que los Derechos Fundamentales sean restringidos en razón de otros principios que tengan el mismo grado de jerarquía en el ordenamiento jurídico, tesis por la que se orienta la STC 22/1984, de 17 de febrero. Y para la STC 61/1991, de 20 de marzo, la adecuación de las medidas implica su contribución al logro de "la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan". El fin es legítimo, precisa Martin BOROWSKI, si "su consecución está ordenada o en todo caso permitida constitucionalmente", *La estructura de los derechos…, op. cit.*, p. 130. Y resume la STC 60/2010, de 7 de octubre, definiendo la ilegitimidad constitucional del fin, cuando "el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes".

[1463] Nuestra jurisprudencia constitucional, suele referirse al subprincipio con el término de "idoneidad de la medida" (STC 55/1996, de 28 de marzo), y parece orientada por una tendencia que apunta hacia la versión fuerte del subprincipio de idoneidad, esto es, se decanta porque la medida con la mayor eficacia, rapidez y seguridad a la consecución del fin y además sea la que más lo realiza. Así las SSTC 66/1995, de 8 de mayo y

Prohíbe el empleo, por lo tanto, de aquellos medios que, sin "promover los fines con ellos perseguidos, afectan a derechos fundamentales"[1465], porque la medida de intervención ha de estimarse "inidónea cuando no despliega ningún efecto para fomentar el fin pretendido"[1466]. En resumen, para considerar respetada la exigencia de adecuación, es procedente comprobar, se deriva de nuestra doctrina constitucional, "que la norma cuestionada ha de ser idónea o adecuada en punto a la satisfacción de la finalidad a la que pretendidamente sirve, o en los términos de la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, «instrumentalmente apta para dicha persecución». El principio de adecuación reclama, por tanto, la existencia de una relación de congruencia objetiva entre el medio adoptado por el legislador y el fin que con él se persigue, entendiéndose que tal circunstancia se producirá si la medida que se deriva del precepto cuestionado puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido. Por el contrario, la medida habrá de reputarse inidónea o inadecuada si entorpece o, incluso, si resulta indiferente en punto a la satisfacción de su finalidad"[1467].

186/2000, de 10 de julio, consideraron la idoneidad de la medida si era "susceptible de conseguir el objetivo propuesto". Por su parte, las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre y 200/1997, de 24 de noviembre, sostuvieron que toda intervención en los Derechos Fundamentales ha de ser "idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella". Y si cabe aún con mayor intensidad, las SSTC 122/2000, de 16 de mayo y 265/2000, de 13 de noviembre, identificaron el carácter idóneo de las intervenciones practicadas en los Derechos fundamentales con su capacidad para "asegurar" la obtención del objetivo perseguido.

[1464] Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, C- 25/70, Caso *Köster*.

[1465] Robert ALEXY, "Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección", en *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan-R. Sieckmann, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 124.

[1466] Michael Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit…, op. cit.*, pp. 59 y ss.

[1467] STC 60/2010, de 7 de octubre.

Es el conocido con el nombre de principio de adecuación (*Grundsatz der Geeignetheit*)[1468], idoneidad, e incluso también es denominado a veces principio de conformidad o principio de utilidad.

b) *Grundsatz der Erf orderlichkeit*: idoneidad (necesidad).

La limitación debe también ser siempre indispensable o idónea –en términos materiales y formales– por carecerse de instrumentos alternativos igualmente eficaces o útiles para lograrlo con la misma intensidad, pero de resultado menos perjudicial o gravoso, esto es, más moderados, o menos severos a propósito de que restrinjan con una intensidad menor el Derecho Fundamental afectado. Exige de entre los medios "que satisfacen de forma equiparable un derecho de protección, haya de escogerse el que afecte menos intensamente al derecho de defensa. Se aplica lo mismo si ambos medios promueven de forma equiparable cualquier otro fin"[1469]. Esto es, cuando quepa la elección entre varias "medidas apropiadas será necesario recurrir a la menos restrictiva"[1470].

El criterio para eventualmente seleccionar algún medio alternativo entre todos los materialmente útiles, estriba en que estos presenten algún grado de idoneidad para alcanzar el fin u objetivo perseguido (impuesto), e intervengan en un inferior grado sobre el Derecho Fundamental afectado[1471]. Como consecuencia, una medida estatal puede ser idónea, pero "desproporcionada en sentido amplio por no

[1468] *Geeignet:* "*ist ein Mittel, wenn es generell dazu dienen kann, den angestrebten Zweck zu erreichen*", BVerfGE 83, 130 (154-155).

[1469] Robert ALEXY, "Sobre la estructura de los derechos fundamentales…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 124.

[1470] Sentencia del Tribunal de Justicia, C-304/90, de 16 de diciembre de 1992.

[1471] Michael Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit…, op. cit.*, pp. 67 y ss.

aprobar el examen del medio alternativo menos lesivo. Es decir, la restricción al derecho afectado es injustificadamente excesiva si pudo haberse evitado a través de un medio alternativo menos lesivo"[1472]. La exigencia de que el medio alternativo resulte de igual modo idóneo y más benigno de forma patente, evidente y manifiesta, debe acreditarse a través de datos empíricos no controvertidos, es algo subrayado por amplios sectores de la doctrina científica[1473].

Estamos ante el denominado principio de necesidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*) o principio de intervención mínima[1474], también conocido como principio de exigibilidad o de indispensabilidad, y subprincipio del medio más benigno o subprincipio de la intervención más restringida posible. La licitud de la aplicación del denominado control de evidencia en el examen de necesidad, fue asumida por el Tribunal Constitucional español en los siguientes términos: "la realización del juicio de necesidad compete al legislador es una afirmación que ya hemos reiterado y justificado, al igual que la del amplio margen de libertad del que goza y que deriva, no solo de la abstracción del principio de proporcionalidad (STC 62/1982, fundamento jurídico 5) y de la reseñada complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como «representante en cada momento histórico de la soberanía popular» (SSTC 11/1981, 332/1994), En rigor, el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario que la Constitución garantiza (…) de modo que solo si a la luz

[1472] Laura CLÉRICO, "Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 185, con apoyo en jurisprudencia constitucional alemana recogida en la nota núm. 59.

[1473] Por todos Peter LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung…, op. cit.*, especialmente pp. 199 y ss, y 344 y ss.

[1474] *Erforderlich: "ist ein Mittel, wenn es kein milderes Mittel gibt, also kein Mittel, das den Bürger weniger belastet, aber ebenso effektiv ist",* BVerfGE 83, 130 (155).

del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento"[1475].

Asimismo, llegó hasta la descalificación de un medio alternativo por considerarlo más gravoso para el Derecho Fundamental afectado, puesto que lo restringía con una intensidad comparable a la de la intervención del poder público[1476]. En otro momento, se refirió al control de necesidad como el análisis mediante el que se indaga si la medida adoptada por el poder público es "necesaria" para alcanzar la finalidad propuesta[1477].

[1475] STC 55/1996, de 28 de marzo. Entre otras, la STC 136/1999, de 20 de julio, reitera esta doctrina y sostiene la aplicación de un control de evidencia en el juicio de necesidad. Asimismo reitera y resume la STC 60/2010, de 7 de octubre, que a fin de verificar "la satisfacción del principio de necesidad", según ha afirmado repetidamente su jurisprudencia, "desde «la perspectiva constitucional solo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias, si "a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador (…) De ahí que con carácter general no baste para justificar la inconstitucionalidad de la norma penal en virtud del principio de necesidad con proponer diversas medidas alternativas a la que se deriva de la disposición impugnada. En efecto, «el juicio de necesidad que compete a este Tribunal es mucho más complejo y matizado. Como hemos dicho en otras ocasiones, el control del Tribunal Constitucional sobre «la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia (…) tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido»; por ello, esta tacha de desproporción solamente será aplicable cuando «las medidas alternativas [sean] palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada (…) el juicio de necesidad requiere comprobar el grado en el que cada una de las diversas medidas contribuyen a la consecución de los fines y funciones perseguidos".

[1476] STC 66/1995, de 8 de mayo.

[1477] SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; y 49/1999, de 5 de abril.

c) *Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne* (*Angemessenheit*): (proporcionalidad en sentido estricto).

Por último, la importancia de la intervención realizada sobre el contenido del Derecho, en ningún momento debe resultar estrictamente desproporcionada, por lo que ha de guardar, lo más exactamente posible, un equilibrio justo y razonable con la importancia del objetivo al que se aspira, vale decir, deberá medir el grado de restricción legítima del Derecho Fundamental atendiendo a su proporcionalidad respecto de la importancia atribuida al fin perseguido por la intervención sobre el Derecho, en la ecuación costes-beneficios, llevando a cabo la menor restricción posible. Dicho de otro modo, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el Derecho Fundamental, han de "compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general"[1478]. Ello requiere una "proporcionalidad adecuada" entre las "medidas previstas" y el "fin perseguido", vale decir, las citadas medidas han de resultar "lícitas y no desproporcionadas con el objetivo perseguido"[1479].

Nuestro Tribunal Constitucional admite expresamente que estamos ante la verificación suscitadora de más problemas, "sin duda", pues fiscalizar el cumplimiento exige la comprobación, de acuerdo con su propia doctrina, con objeto de "valorar recíprocamente el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro. Y ello en el bien entendido de que no cualquier desproporción o falta de equilibrio habrá de ser, desde la perspectiva que nos ocupa, constitucionalmente relevante, sino

[1478] Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y…, op. cit.*, p. 758.

[1479] Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 1979, C- 44/79, Caso *Haber*.

que solo lo será aquella en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto o evidente. Solo en tal caso producirá la norma un «patente derroche inútil de coacción» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, entre otras) y resultará la declaración de su inconstitucionalidad por nuestra parte respetuosa con el margen de libre configuración política que corresponde al legislador democrático"[1480].

Siguiendo esta línea de principios, cuanto de mayor calado resulte ser el grado de "afectación del derecho fundamental limitado, tanto mayor ha de ser la importancia de los bienes o derechos que a él se oponen"[1481]. Habida cuenta que los límites de la "racionalidad deben ser garantizados"[1482], pues esta impone cómo los "medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido"[1483], o bien que "la medida debe ser racional para los afectados"[1484], debiendo considerarse inválida, por el contrario, si produce el vaciado del "derecho o interés en juego"[1485], es decir, si no respeta el contenido esencial del Derecho Fundamental individualmente considerado, o es lo mismo, el "contenido mínimo, necesario e indispensable de cada derecho"[1486].

[1480] STC 60/2010, de 7 de octubre.

[1481] Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales…, op. cit.*, p. 108.

[1482] BVerfGE 30, 292 (316).

[1483] BVerfGE 35, 382, (401).

[1484] BVerfGE 37, 1, (19).

[1485] Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 112.

[1486] Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 109, aunque matiza más adelante que no todas las restricciones de los Derechos fundamentales que respetan el contenido esencial del Derecho son adecuadas y necesarias, *ibídem*, p. 113, además de que no basta para considerar lícita la restricción que la misma persiga la "salvaguardia de un interés general" sino que es preciso que tal interés "sea directa o indirectamente reconducible a un valor o bien constitucionalmente garantizado", orientación por la que se decantan las SSTC 28/1999, 201/1999 etc., *ibídem*, p. 115, concurrencia de requisitos que no opera automáticamente y, por lo tanto, "habrá de llevarse a cabo mediante la técnica de la ponderación", *ibídem* p. 116. El Tribunal

Este subprincipio o juicio de adecuación[1487], está bastante próximo a la denominada "ley de la ponderación", que enuncia, como apuntamos, la siguiente regla: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"[1488]. Para verificar todo ello será necesario llevar a cabo una "ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican"[1489]. Laura CLÉRICO recuerda que la regla de la proporcionalidad en sentido estricto, admite asimismo tres grados distintos de intensidad a la hora de su aplicación: de evidencia, de plausibidad y el intensivo, para cuya explicación nos remitimos a la propia autora[1490].

Estamos ante lo designado con el nombre de principio de proporcionalidad en sentido estricto (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*

Constitucional español ha empleado muy poco el principio de Dignidad de la persona al objeto de determinar el contenido esencial de los Derechos Fundamentales, una de las escasas veces en que lo ha hecho, se recoge por la STC 120/1990, de 27 de junio, mediante el establecimiento de una regla general, con arreglo a la cual, se podría delimitar el contenido esencial de los Derechos Fundamentales objeto de su restricción, lo que constituiría "un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecia para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona". En contra de la identificación con carácter general entre contenido esencial y contenido de Dignidad humana en los Derecho Fundamentales, dos grandes clásicos de la teoría de la eficacia inmediata, Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen", en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis del Grundrechte,* Band II*, Die Freiheistsrechte*, edición de Franz L. Neumann / Hans–Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner, Duncker und Humblot Verlag, Berlin, 1954, p. 15; Walter LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1960, p. 158.

[1487] Así denominado con frecuencia en Alemania, por ejemplo, Peter LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung…, op. cit.*, p. 22.

[1488] Robert ALEXY, "Sobre la estructura de los derechos fundamentales de…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 124.

[1489] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos…, op. cit.*, p. 131.

[1490] Laura CLÉRICO, "Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 197, nota núm. 108.

im engeren Sinne)[1491], esto es, entre el sacrificio al Derecho Fundamental limitado y el Derecho, bien o interés constitucional que pretende garantizarse[1492]. Precisamente, para nuestro Tribunal Constitucional, al efecto de considerar si una medida es proporcionada en sentido estricto, esta ha de ser ponderada "o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto"[1493]. Es más, referido a las circunstancias del caso concreto, estas deben desempeñar un papel importante en el momento de construir a la solución del análisis de este subprincipio[1494]. Por ello, la fiscalización llevada a cabo por el Tribunal Constitucional respecto del mismo, viene entonces orientada hacia el aspecto de que se ha de tratar de un control de evidencia[1495], así como a su realización de conformidad con "pautas axiológicas constitucionalmente garantizadas y de su concreción en la propia actividad legislativa"[1496].

Asimismo, ha mantenido quedar salvaguardado este subprincipio, cuando la limitación impuesta al Derecho Fundamental se halla "en

---

[1491] *Angemessen ist ein Mittel, wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und der Legitimität des verfolgten Zwecks die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt.*

[1492] Muy crítica con este tercer subprincipio, las manifestaciones de Bernard SCHLINK, por cuanto considera adolece de falta de racionalidad debido a la ponderación entre intereses públicos y privados que le es inherente, y conduce a un auténtico decisionismo propio del ámbito de la política, "Freiheit durch Eingriffsabwehr. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion", en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1984, p. 462. Sin embargo, su enérgica defensa o requerimiento para el escrutinio de igualdad, antes de ayer, por ejemplo, esto es, en enero de 2014, BVerfGE 135, 126, (153 y ss).

[1493] STC 66/1995, de 8 de mayo.

[1494] Por todas, STC 207/1996, de 16 de diciembre.

[1495] Por ejemplo, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, y 161/1997, de 2 de octubre. Como se sabe, el examen del control de proporcionalidad en sentido estricto, puede llevarse a cabo mediante diversos niveles intensidad, junto al aludido control de evidencia, están el control intermedio o de justificabilidad y el control material intensivo.

[1496] STC 55/1996, de 28 de marzo.

relación razonable con el resultado perseguido"[1497]. Y, en tiempos relativamente recientes, reitera su jurisprudencia sobre este subprincipio como sigue: "Este Tribunal ha precisado que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, debe ser fijado siempre «en atención a las circunstancias de cada caso (...)» [STC 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 5]. Sin perjuicio de ello hemos ido ofreciendo claves para esa subsunción concreta, tales como verificar que no se lesione «el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona [SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1º; 65/1986, fundamento jurídico 2º; 160/1987, fundamento jurídico 6º b); 111/1993, fundamento jurídico 9º; 50/1995, fundamento jurídico 7º]» [STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9]; que no concurra un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» entre la medida y la finalidad de la norma [STC 55/1996, cit., FJ 9]; constituyendo límite objetivo de esa proporcionalidad, «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE)» [STC 239/1999, cit., FJ 5]; importando sobre todo que se deriven de la aplicación de la medida, «más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto» [STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 7]. Si bien, en fin, «no cualquier desproporción o falta de equilibrio habrá de ser, desde la perspectiva que nos ocupa, constitucionalmente relevante, sino que sólo lo será aquélla en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto o evidente» [STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 16]"[1498].

7.1.5.3. La acogida más en concreto del principio de proporcionalidad por la jurisprudencia constitucional española.

[1497] Por todas, STC 196/1987, de 11 de diciembre.

[1498] STC 140/2016, de 21 de julio.

7.1.5.3.1. Del acogimiento a la definición jurisprudencial del principio.

Desde la óptica de congruencia con lo previamente expresado, para los casos de conflicto entre Derechos Fundamentales, el término de comparación del "juicio de proporcionalidad está compuesto por Derechos enfrentados: la restricción de una libertad (medio) en beneficio de otra (fin)"[1499]. De esta forma, la técnica de la proporcionalidad termina representando una "garantía constitucional a favor del ciudadano"[1500], hasta el punto de que la "revisión de los derechos fundamentales se llega a confundir con la revisión de la proporcionalidad"[1501]. Justamente, los conflictos entre Derechos Fundamentales de dos particulares, como bien hemos reproducido, van a ostentar "la misma estructura que las intervenciones del Estado en los Derechos y, por lo tanto, en este campo también debe aplicarse el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Para tales casos, existe un acto de un particular, que constituye una intervención en el ámbito *prima facie* de un derecho fundamental de otro particular"[1502]. A este respecto, el Tribunal Constitucional español tiene declarado que "el criterio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad", exige de toda "«toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos» (STC 85/1992). Si se quiere, dicho en otras palabras, que la eventual limitación de un derecho fundamental, por concurrir con otro en

[1499] Javier BARNÉS VÁZQUEZ, "El principio de proporcionalidad. Estudio…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 35.

[1500] Javier BARNÉS VÁZQUEZ, "El principio de proporcionalidad. Estudio…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 49.

[1501] Fritz OSSENBÜHL, citado por Winfried Kluth, "Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán", en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 235.

[1502] Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad…, op. cit.*, p. 566-567.

un mismo supuesto, como aquí ocurre, debe ser necesaria y adecuada en relación con el contenido y finalidad que uno y otro poseen de acuerdo con la Constitución"[1503].

Sin perjuicio de lo apuntado previamente, no es ocioso puntualizar, que Tribunal Constitucional español venía aplicando el principio de proporcionalidad desde 1981 de forma un tanto imprecisa y escasamente sistemática en algunas de sus sentencias para aquellos supuestos referidos a la determinación del contenido de los Derechos Fundamentales[1504], época durante cuyo transcurso, por demás, solo excepcionalmente decidió algunos casos mediante la ponderación[1505]. Sin embargo, en 1991, detalló el contenido del principio de proporcionalidad del siguiente modo: "no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan ser sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor"[1506].

Cautelas adoptadas por el supremo gendarme del texto constitucional, habida cuenta, cómo el mismo ha considerado, que "los

[1503] STC 219/1992, de 3 de diciembre.

[1504] José Juan GONZÁLEZ ENCINAR, "Rechtsstaatlichkeit in Spanien", en *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, edición de Rainer Hofmann / Joseph Marko / Franz Merli / Ewald Wiederin, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996, pp. 167 y ss; Carlos BERNAL PULIDO, "¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la Teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España", en *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan-R. Sieckmann, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 225, etapa, recuerda, en la que definió el principio como "criterio" (SSTC 57/1984, 19/1988, 85/1992, 219/1992), "factor" (STC 57/1984), "regla" (SSTC 37/1989, 113/1989), o "examen" (SSTC 215/1994, 76/1990, 207/1996.

[1505] *Ibídem*, p. 225, nota núm. 21.

[1506] STC 66/1991, de 22 de marzo.

derechos fundamentales, en cuanto proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), se erigen en los fundamentos del propio Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) que no pueden ser menoscabados en ningún punto del territorio nacional"[1507]. Y, posteriormente, en enjuiciada como pronunciamiento emblemático sobre el principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional español se interroga si la intervención en el contenido de los Derechos Fundamentales que examina, cumple las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, expresando cuanto sigue: "comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si la medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto (…); si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto"[1508].

[1507] STC 194/1994, de 28 de junio.

[1508] STC 66/1995, de 8 de mayo. La STC 60/2010, de 7 de octubre, sintetiza la jurisprudencia previa acerca del principio de proporcionalidad, del siguiente modo: "sino más bien su sujeción a un canon de control que, aunque no se agota en ellos (art. 53.1 CE), comprende la satisfacción por parte de la medida que incorpora de los dos presupuestos de constitucionalidad que resultan controvertidos en este proceso constitucional: de un lado, el consistente en perseguir una finalidad constitucionalmente legítima, en los términos que se expondrán a continuación, y, de otro, el relativo al cumplimiento del principio de proporcionalidad, cuya verificación exige (…) comprobar sucesivamente el cumplimiento de los tres requisitos siguientes. En primer lugar, la medida debe ser idónea o adecuada para la consecución de los fines que persigue, o, según afirmamos en la STC 136/1999, de 20 de julio, la pena ha de ser «instrumentalmente apta para dicha persecución» (FJ 23). En segundo lugar, la medida debe ser también necesaria, de tal manera que no resulte evidente la existencia de medidas menos restrictivas de los principios y derechos constitucionales que resultan limitados como consecuencia del art. 57.2 CE «para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador». Y, finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, de modo que no concurra un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» (loc. cit.) entre el alcance de la restricción de los principios y

Desde entonces, la jurisprudencia constitucional ha aplicado el principio de proporcionalidad como criterio estructural en orden a la determinación del contenido de los Derechos Fundamentales, y, asimismo, lo ha hecho con el criterio de la ponderación al que se ha valorado como el más determinante a la hora de solucionar las colisiones que se efectúen entre ellos[1509]. Es más, según el Tribunal Constitucional ha recordado, la posición constitucional del Legislador "obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad, para controlar constitucionalmente sus decisiones, deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de aplicar e interpretar las leyes", insistiendo, de otra parte, acerca de que es en el ámbito de los Derechos Fundamentales donde el principio resulta especialmente aplicable, pues "siempre deberá indagarse no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción".

derechos constitucionales que resultan afectados, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro". Y todavía en fecha muy reciente, ha vuelto a ser sintetizado con muy similares parámetros, a través de la STC 140/2016, de 21 de julio: "analizar este motivo desde el prisma de la proporcionalidad que se nos solicita, hemos de partir de nuestra doctrina en torno a los presupuestos que debe cumplir toda norma con rango de ley que resulte limitadora de un derecho fundamental, los cuales son: «de un lado, el consistente en perseguir una finalidad constitucionalmente legítima (…) y, de otro, el relativo al cumplimiento del principio de proporcionalidad, cuya verificación exige (…), comprobar sucesivamente el cumplimiento de los tres requisitos siguientes. En primer lugar, la medida debe ser idónea o adecuada para la consecución de los fines que persigue (…). En segundo lugar, la medida debe ser también necesaria, de tal manera que no resulte evidente la existencia de medidas menos restrictivas de los principios y derechos constitucionales que resultan limitados (…) "para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador" (…). Y, finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, de modo que no concurra un "desequilibrio patente y excesivo o irrazonable" (…) entre el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro"…» [STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 9 y las anteriores resoluciones que cita; en el mismo sentido, SSTC 215/1994, de 14 de julio, FFJJ 4.b) y 5 y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 7]".

[1509] Carlos BERNAL PULIDO, "¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 226-227.

En razón de lo anterior, estima nuestro Alto Tribunal, la intervención en un Derecho Fundamental deberemos considerarla desproporcionada si "el sacrificio de la libertad que impone (…) persigue la preservación de bienes o intereses, no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes"[1510]. Más recientemente reitera la plena coherencia con "la función institucional del principio de proporcionalidad que, como es conocido, opera como presupuesto de constitucionalidad de las medidas que restringen principios constitucionales y, más concretamente, como límite de las normas y actos que limitan los derechos fundamentales, de ahí que sea en las disposiciones constitucionales que los reconocen donde debe encontrarse el fundamento normativo de este presupuesto de constitucionalidad de la ley"; por ser el entorno de los Derechos constitucionalmente reconocidos, "en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad: «[a]sí ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (…)"[1511].

Ahora bien, el Tribunal Constitucional español, a contracorriente de la evolución del principio, niega la autonomía del mismo como canon autónomo de la constitucionalidad, y enfatiza que constituye un *prius* lógico para su aplicación, identificar "los principios constitucionales que se ven limitados por obra de la medida impugnada y cuya constitucionalidad es objeto de controversia", para añadir de inmediato,

[1510] STC 55/1996, de 28 de marzo; jurisprudencia que reiteran, entre otras, las SSTC 175/1997, de 27 de octubre, y 37/1998, de 17 de febrero.

[1511] STC 60/2010, de 7 de octubre.

haberlo reiterado en su doctrina, "ya desde la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3, en la que advertíamos que «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales (...) Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad» (en idéntico sentido, STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22)"[1512].

7.1.5.3.2. La importancia de tener en cuenta las circunstancias del caso.

Como hemos dicho, adicionalmente, la resolución de un conflicto de Derechos fundamentales entre sujetos privados no puede sustraerse a la realización de una ponderada valoración de las circunstancias específicas concurrentes en el supuesto de hecho a enjuiciar, además de realizar una adecuada ponderación de los derechos, bienes e intereses que se enfrentan en el caso concernido. Y es que la vida social en el seno de una gran comunidad, supone, obvio es, "la colisión constante de intereses y derechos entre los individuos", por lo que de modo continuado deberá procurarse un "equilibrio y una ponderación de los derechos enfrentados, según el grado de protección que merezcan"[1513]. Congruentemente con lo anterior, el propio Tribunal Constitucional español ha exigido que las sentencias de la jurisdicción ordinaria llamadas a resolver las colisiones entre Derechos Fundamentales, lo hagan mediante el empleo del criterio de la ponderación[1514], lo que no implica jerarquizar entre sí Derechos

[1512] STC 60/2010, de 7 de octubre.

[1513] BVerfGE 7, 198, (220).

[1514] STC 54/2004, de 15 de abril.

Fundamentales, posibilidad rechazada en diversas oportunidades por el propio gendarme de la constitucionalidad de los derechos y libertades en nuestro Estado[1515].

De esta manera, se convierte en asunto a considerar, el trazado de parámetros al objeto de solucionar los supuestos de disputa entre Derechos, con la finalidad nada disimulada de fijar criterios permisivos de reducir los espacios francos a la discrecionalidad judicial, aunque inevitablemente siempre restará un cierto margen al respecto. Desde un planteamiento metodológicamente correcto referente a la resolución de controversias entre Derechos Fundamentales, es preciso prestar atención, *prima facie*, al ámbito y graduación del contenido de las normas constitucionales colisionantes, al objeto de esclarecer en qué medida y con qué fuerza cada uno de los Derechos está presente e incide en la situación conflictiva objeto de resolución. Y se ha de considerar especialmente, de otro lado, la naturaleza presentada por el caso, con objeto de apreciar los aspectos relevantes de la específica situación en la que se debe adoptar una decisión jurídica[1516].

7.1.5.3.3. Motivación fuerte de las resoluciones iusfundamental–restrictivas proporcionadas.

El Alto Tribunal español ha reiterado en varias oportunidades que los actos restrictivos de Derechos Fundamentales establecidos con arreglo al principio de proporcionalidad, deben ser motivados expresamente, de modo que la carencia de fundamentación o una defectuosa, constituyen la vulneración del enunciado iusfundamental

[1515] Por ejemplo, ATC 324/1990, de 17 de septiembre; o la STC 11/2000, de 17 de enero.

[1516] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais nas relações…" *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 316.

limitado[1517]. Por consiguiente, las exigencias de "motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales derivadas de su proporcionalidad requieren que consten en las resoluciones los elementos que permiten a este Tribunal que se ha efectuado la ponderación requerida por el juicio de proporcionalidad"[1518].

El Tribunal Constitucional viene postulando que esa motivación exprese el juicio de proporcionalidad, al objeto de comprobar si la resolución limitadora ha tenido suficientemente en cuenta el Derecho Fundamental discutido, habiendo hecho del mismo una exégesis constitucional conforme, al tiempo que, de manera paralela, haya interpretado adecuadamente la legalidad ordinaria de conformidad a la mayor efectividad de aquel[1519]. Además, el poder público que llevado a cabo la restricción del Derecho Fundamental, debe estar en disposición de ofrecer la justificación de la medida adoptada, toda vez la considerada restricción, representa una excepción al normal ejercicio del Derecho[1520].

7.1.5.4. Las principales líneas críticas dirigidas frente a la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en materia de Derechos Fundamentales, centradas fundamentalmente en el modo de empleo del principio de proporcionalidad.

7.1.5.4.1. Apunte de las críticas más esenciales, y alguna que otra contrarréplica.

Durante los últimos años ha aumentado la crítica, siempre latente, por parte de la doctrina científica alemana, hacia lo que es considerado un cierto abuso del principio de proporcionalidad por la jurisprudencia

[1517] Por todas, STC 177/1998, de 14 de septiembre.

[1518] STC 161/2001, de 5 de julio.

[1519] STC 5/2002, de 14 de enero.

[1520] SSTC 26/1981, de 17 de julio, o 199/1987, de 16 de abril.

constitucional de su país, incluidas asimismo las de los exmagistrados constitucionales Wolfgang HOFMANN–RIEM y Hans–Jürgen PAPIER[1521], cuando eran magistrado y presidente respectivamente, del Tribunal Constitucional Federal alemán. Una literatura jurídica crítica que apuesta por un modelo de concretización de los Derechos Fundamentales en el que pierda peso el principio de proporcionalidad[1522], con objeto de recuperar una superior importancia del principio de autonomía privada, pues recae sobre la jurisprudencia constitucional la suspicacia de estar acotando esta "de forma inadmisible"[1523].

Una de las vías de reforma propuestas, es la sustitución del principio de irradiación por el deber de protección, pero la doctrina científica no abandona sus dudas, porque si bien mayoritariamente se defiende la existencia para este último caso de "un derecho subjetivo frente al poder público", no deja de advertirse que el mismo no comporta "un derecho a una medida concreta", con lo cual, "dificulta la posibilidad de enjuiciamiento", y, en fin, se relativiza "su carácter de derecho subjetivo accionable frente al poder público"[1524].

La segunda cuestión hace referencia al carácter intangible y absoluto de la Dignidad humana, centrándose el núcleo de la cuestión en si podría la misma ser objeto de ponderación, equiparándose en ello al resto de los Derechos Fundamentales, o si debe seguir siendo un

[1521] Hans–Jürgen PAPIER, "Das Bundesverfassungsgericht als <<Hüter der Grundrechte>>", en *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*: *Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag,* edición de Michael Brenner / Peter M. Huber / Markus Möstl, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, *2004*, pp. 411 y ss.

[1522] Da cuenta de estas intervenciones y objetivo de las mismas Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la…, op. cit.*, 2010, p. 158.

[1523] Esta crítica que recibe menos adhesiones con carácter general, en Claus-Dieter CLASSEN, "Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en *Archiv des Öffentliches Rechts*, Band. 122, 1997, p. 69.

[1524] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la…, op. cit.*, p. 160.

mandato ético–histórico indisponible para el Derecho, constatándose que, a pesar de la polémica, la doctrina mayoritaria se arriesga aún a apoyar "su carácter de derecho fundamental intangible"[1525]. De esta suerte, se postula que la Dignidad humana sea interpretada restrictivamente, de modo que su sector de "actuación debe ser el mínimo indispensable", teniendo en cuenta que las acciones vedadas por la Dignidad humana "no admiten ponderación alguna, la prohibición es absoluta y las consecuencias deben asumirse", resultando todo ello "la lógica conclusión de un concepto absoluto de dignidad humana"[1526].

Otra de las líneas jurisprudenciales que ha fortalecido el poder e influencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en concomitancia con los Derechos Fundamentales, arranca de la interpretación extensiva efectuada respecto del Derecho al libre desarrollo de la personalidad. La crítica se centra aquí en el hecho de haber aceptado con ligereza, a partir de su contenido esencial, la existencia de un Derecho de libertad general, o lo que es lo mismo, el derecho a hacer todo lo que no esté expresamente prohibido, así como llegar a reconocer a través de su concretización otros Derechos Fundamentales de carácter autónomo. Especialmente trascendente ha sido la derivación del Derecho a la autodeterminación informativa, por demás, causa habitual de fricciones con la jurisdicción ordinaria y uno de los Derechos de mayor incidencia en el aumento de los recursos de amparo. Sin olvidar que, en cuanto Derecho de construcción jurisprudencial, y al no haberse fijado para el mismo límites claros, precisos, interfiere en ámbitos cabría pensar más propios del Legislador ordinario.

[1525] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la…, op. cit.*, p. 166.

[1526] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la…*, *op. cit.* p. 170.

Tal interpretación de marcado carácter extensivo, ha permitido al sistema, eso sí, conservar la libertad como rasgo identitario de los Derechos Fundamentales, así como la continua actualización de la jurisprudencia constitucional ante las permanentes necesidades surgidas en la praxis cotidiana[1527]. Esto ha podido ser así respecto del Derecho Fundamental reseñado, y han existido, desde luego, momentos de tensión con el Legislador, pero si nos atenemos a valoraciones como la realizada por el propio Konrad HESSE, con carácter general, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha observado el criterio de corrección funcional referente a la materia de Derechos Fundamentales, interviniendo solo en las hipótesis de infracción específica del Derecho Constitucional. Este autor postularía que el *Bundesverfassungsgericht* intervenga, precisamente, cuando la situación concreta exige un establecimiento o una reconducción de la recta doctrina constitucional sobre la materia, o bien por considerar la existencia del deber de clarificar una cuestión jurídico-constitucional relevante, o si al reclamante se le causa un perjuicio grave e inevitable de no llegarse a una decisión de fondo, procurando, sin embargo, no convertirse en una súper instancia de casación, y siempre desde el respeto de la libertad de configuración del Legislador, fórmula, esta última, de la que dice carece por sí misma de valor instructivo autónomo[1528]. Tal como señala

[1527] Así lo admite Wolfgang KAHL en su corta pero muy meditada monografía, donde subraya que, a pesar de su importancia fundamental, sigue siendo uno de los Derechos Fundamentales menos aclarados "*Zum dahinter stehenden (egalitären) Freiheitsverständnis*", *Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. (1 GG)*: *zugleich ein Beitrag zur Lehre der Grundrechtskonkurrenzen*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2000, especialmente pp. 34 y ss; sostiene el autor que el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, constituye el principal derecho a la libertad de la Ley Fundamental, que "funcionalmente" opera como fundamento de protección de Derechos Fundamentales carentes de previsión expresa por el texto de la Constitución, y analiza críticamente la jurisprudencia constitucional vertida sobre el contenido del Derecho: discute, en particular, acerca de la necesidad de establecer con superior claridad los límites dogmáticos de una categoría de protección complementaria llevada a cabo por el artículo 2. 1 de la *Grundgesetz*, y su licitud a la luz de las competencias iusfundamentales constitucionalmente correctas en perspectiva holística.

[1528] Konrad HESSE, "Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers", en *Gegenrede. Aufkärung-Kritik-*

numerosa doctrina, se ha operado una nada desdeñable objetivación del recurso de amparo a cargo de la jurisprudencia constitucional alemana, aspecto, como todos, merecedor de elogios en varias ocasiones y de críticas para otras tantas oportunidades.

De conformidad con la buena síntesis de Peter BADURA, por la propia naturaleza de las cosas, va resultar imposible resolver definitivamente la delimitación de competencias, conforme a la Constitución, entre la Jurisdicción constitucional y el Legislador; a lo sumo, habrá claridad acerca de la vinculación de la legislación a la Constitución y el reconocimiento por esta de la competencia de ejercer el control constitucional de la primera, incluyendo en ello el monopolio de rechazo, y permitiendo así la creación de un equilibrio inestable (*labiles Gleichgewicht*) entre legislación y jurisdicción constitucional. Pero se trata, a diferencia de lo que pudiera propugnarse, de una situación de equilibrio a recomponer día tras día, siendo inevitable, para supuestos concretos, el rebasado de los límites funcionales[1529]. Si la tarea de la Constitución está basada y apunta a un valor de pluralidad, constituye deber esencial de la jurisdicción constitucional contribuir a preservar intactas las posibilidades de competencia política y social, impidiendo

Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst G. Mahrenholz, edición de Herta Däubler-Gmelin / Klaus Kinkel / Hans Meyer / Helmut Simon, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, pp. 542 y ss. Similar valoración la realizada por Roman HERZOG, "Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts", en *Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, edición de Hartmut Maurer / Peter Häberle / Walter Schmitt Glaeser / Wolfgang Graf Vitzthum, C.H. Beck Verlag, München, 1990, pp. 431 y ss. Sin embargo, un año más tarde haría referencia Konrad HESSE a una serie de riesgos a los que consideraba estaba expuesta la jurisprudencia constitucional, tales como: "juridificación de la política y politización de la judicatura, desplazamiento del orden democrático hacia un Estado jurisdiccional, restricción del significado del Derecho ordinario, en especial del Derecho Privado, inflación de Derechos Fundamentales y perpetuación de todo ello a través de la creciente eficacia vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal", "*Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel", en Juristen Zeitung*, Jahrgang 50, Heft. 6, 1995, p. 273.

[1529] Peter BADURA, citado por Luis Villacorta Mancebo, *El pleno sometimiento a la Constitución…, op. cit.*, p. 97.

que una mayoría eventual se apropie del poder de producir normas y tratar de imponer modelos político–sociales con pretensiones totalizadoras sobre todo en materia de Derechos Fundamentales, tendentes a la exclusión de todos los otros de manera definitiva. Por eso, la jurisdicción constitucional ha de estar abierta al conflicto, tratando de integrarlo y, para ello, debe garantizar el acceso a las partes sin discriminaciones ni privilegios[1530]. En la observancia de ese desempeño, el Alto Tribunal alemán, según valoraciones generales, ha cumplido sobradamente, vale decir, referido al desarrollo de su función de "jurisdicción de la libertad"[1531].

Con todo, conviene recordar que la conflictividad es inherente a la realidad política, y por ello deviene acertada matización efectuada por Francisco TOMÁS Y VALIENTE, acerca de la resolución a cargo de los Tribunales Constitucionales siempre de conflictos políticos, aun cuando sea "en forma jurídica", por lo cual, en momento alguno puede dejarse dominar el defensor de la Constitución por el ilusionismo de "estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar. Su posición es eminente, la propia de un juez. Pero su imparcialidad objetiva y la independencia de criterio de sus magistrados no son garantía intangible a los ojos de muchos, porque afectando sus resoluciones a temas clave de la organización del Estado y de la esfera de libre acción de los ciudadanos en la sociedad, es inevitable que los

[1530] Gustavo ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino Societa Editrice, Bologna, 1988, p. 53.

[1531] En la clásica caracterización de Mauro CAPPELLETI, *La giurisdizioni costituzionale della libertà*, Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1976, p. 16. En el artículo de Eberhard GRABITZ, publicado en el año 1973, se reconocía que el Tribunal Constitucional Federal había reconocido un amplio margen de Libertad al Legislador para la configuración del ámbito de protección de los Derechos Fundamentales, al tiempo que valoraba esta era superiormente amplia o más estrecha según el ámbito de protección del Derecho, correspondiendo la menor intensidad de intervención en lo tocante al libre desarrollo de la personalidad, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en *Archiv des öffentliches Rechts*, Band. 98, 1973, especialmente pp. 608-615.

conflictos salpiquen al órgano que los resuelve. Lo esencial es que la politización del litigio jurídico y del paralelo debate social no influyan en la resolución del Tribunal"[1532].

Sin embargo, ciertamente existen voces discrepantes en la propia Alemania, y es por ejemplo resaltable a tales efectos la posición mantenida por Uwe DIEDERICHSEN, cuyas objeciones contienen una fuerte crítica de la jurisprudencia constitucional, al valorar que el Alto Tribunal Constitucional alemán ha llegado a convertirse sin ningún género de duda en una auténtica instancia de revisión de la jurisdicción ordinaria, sobre manera, tocante al ámbito de los conflictos de Derechos Fundamentales de naturaleza jurídico–privada, realizando en múltiples supuestos funciones propias de un Tribunal Supremo en materia civil, mercantil o laboral, algo para lo cual carece por completo de competencia, además de invadir con frecuencia ámbitos competenciales propios del Legislador[1533].

Son realizadas así las aludidas objeciones frente a la jurisprudencia constitucional conforme a las consideraciones más arriba expuestas, sin embargo lo que es llegar a una eventual modificación hasta favorecer la ponderación desde la propia Dignidad humana (intangible), y constreñir el ámbito de protección del Derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo que implicaría reestructurar los pilares mismos del sistema alemán de Derechos Fundamentales, supondría, se admite por la doctrina científica tanto crítica como acrítica, un giro copernicano sencillamente impensable, por cuanto rompería con el espíritu de la propia Ley

[1532] Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "La Constitución y el Tribunal Constitucional", en *La jurisdicción constitucional en España, Tribunal Constitucional*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 18-9.

[1533] Uwe DIEDERICHSEN, "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 198, Heft. 2/3, 1998, pp. 171 y ss.

Fundamental de Bonn[1534]; de cualquier forma, por ahora, prosiguen lentamente buscándose soluciones. Por su parte, Alexei JULIO ESTRADA, destaca un aspecto positivo y uno negativo de la "doctrinalmente rica" jurisprudencia constitucional alemana. En la vertiente positiva, pone de relieve el "loable" propósito que anima a los jueces constitucionales, al objeto de "aprehender cada vez más supuestos de hecho", llegando al sacrificio, cuando ello es necesario, de la claridad de "los presupuestos estructurales creados por la misma jurisprudencia", muestra de la preocupación por la finalidad de lograr "una justicia efectiva en el mayor número posible de casos"[1535]. Sin embargo, como lado menos apreciable, reprocha al Alto Tribunal germano, lo innecesario para el logro de tales nobles propósitos, del sacrificio de "la claridad dogmática", así como el desorden de la propia jurisprudencia, lo que unido a la aludida riqueza de matices, genera auténticas dificultades para su estudio y seguimiento[1536].

De cualquier modo, no se ha podido por menos de reconocer que, mediante el empleo de "un complejo arsenal doctrinal", el Tribunal Constitucional Federal alemán ha logrado la realización del contenido completo del efecto irradiación, pues puede sostenerse en la actualidad, la inexistencia de ámbito alguno del orden jurídico privado que se sustraiga del "influjo de los derechos fundamentales", mientras tanto su "peso en las relaciones contractuales es cada vez mayor"[1537]. La conclusión acertada afirma que si todo lo anterior se ha logrado a expensas de "limitar uno de los principios sobre los cuales reposa la

[1534] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la…, op. cit.*, p. 188.

[1535] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 207.

[1536] *Ibídem,* p. 207.

[1537] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la…, op. cit.*, pp. 188-189.

concepción liberal del Estado de derecho, cual es la autonomía privada", ello no resulta "*a priori* criticable"[1538]; ni tampoco *a posteriori*, pues si este principio no tenía ya un carácter absoluto en la estructura del Estado Liberal, al margen de las exacerbaciones que se produjeran teórico–prácticas en determinados momentos, su carácter relativo y limitado, siempre de acuerdo a términos de proporcionalidad, se convierte en una exigencia propia del Estado Social y Democrático de Derecho.

7.1.5.4.2. La crítica específicamente centrada en el habitual modo de empleo del principio de proporcionalidad por la jurisprudencia constitucional alemana.

7.1.5.4.2.1. Líneas básicas de la crítica e intento de "superación" por la Sala primera del *Bundesverfassungsgericht*.

Los cuestionamientos quizá más severos hacia la orientación seguida por la jurisprudencia constitucional alemana en materia de Derechos Fundamentales, se centran en lo valorado como un cierto uso abusivo del principio de proporcionalidad, y ello a costa, estiman tales posiciones críticas, de la difuminación de los conceptos de ámbito protegido de injerencia, así como la expansión considerada excesiva del ámbito de la jurisdicción constitucional. Pues bien, la solución buscada, siendo luego acogida en algunas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal alemán, consiste en definir con carácter previo a la ponderación, el contenido garantizado de cada libertad. O, dicho con otras expresiones, habría de concretarse el espacio tutelado por cada Derecho Fundamental, y solo después de esta delimitación estricta se daría paso a la ponderación, e incluso en numerosos supuestos esta última no sería necesaria, como tampoco lo iría muchos

[1538] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 208.

veces a ser el acudir al empleo del principio de proporcionalidad con la finalidad de precisar si la injerencia está o no permitida.

Las pretensiones tampoco radican en tratar de cambiar de manera radical el paradigma, sino de modificar la función y el papel del Tribunal Constitucional Federal alemán a través de "un empleo decreciente del principio de proporcionalidad, poniendo el acento en la determinación del alcance" del derecho concernido, de su ámbito de garantía, y empujado asimismo a ello por la necesidad de integración con la jurisprudencia del TJUE y del TEDH; pero estos emplean habitualmente el principio de proporcionalidad al adoptar sus decisiones en el espacio europeo de los Derechos. De su importancia habla, el haber sido considerado por el primero, desde la sentencia *Mannesmann* (13 de julio de 1962), un principio inmanente al ordenamiento comunitario[1539], hasta alcanzar la naturaleza de su valoración como un "Derecho Fundamental general de la Comunidad"[1540]. El Tribunal de Estrasburgo, considera al principio

[1539] Por todos, en este sentido, Hans Peter IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, pp. 512 y ss, donde se destaca su uso ya habitual por la jurisprudencia del Tribunal, a fin de medición de las intervenciones restrictivas del ámbito de protección de los Derechos Fundamentales. No será sin embargo hasta bastantes años después, mediante la sentencia de 18 de mayo de 1993 (Sentencia Yves Rocher), cuando en Tribunal de Justicia aplique en toda su plenitud y rigor el principio de proporcionalidad, haciendo pedagogía del mismo. En su virtud, y dada la importancia adquirida en el Derecho "comunitario", ha reclamado Udo DI FABIO, la dogmática y la jurisprudencia estén muy atentas a estos desarrollos y a extraer las correspondientes consecuencias, *Das Recht offener Staaten*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1998, p. 74. Insistiría en varias ocasiones Manfred ZULEEG acerca de necesidad de una permanente intercomunicación entre los Derechos Fundamentales nacionales y europeos, por ejemplo, "Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte", en *Europäische Grundrecht–Zeitschrift*, 2000, pp. 111 y ss, especialmente p. 116. Como bien es conocido, el principio haría su entrada en el Derecho de la Unión, por medio del artículo G 5 de Tratado de Maastricht, por entonces referido a la actividad de las instituciones comunitarias y bajo la fórmula del criterio de la proporcionalidad. Y ya hemos oportuna referencia a su recepción normativa empresa por la Carta europea de Derechos Fundamentales.

[1540] Sentencia *Testa*, C- 41/79.

una máxima jurídica no escrita, y es acogido por primera vez mediante su sentencia de 23 de julio de 1968[1541], haciéndose luego habitual.

Así las cosas, conforme proponen los críticos, la eventual reforma habría de orientarse hacia nuevos criterios que favorezcan la atenuación de la "intervención del TCF en la vida socio-jurídica"[1542]. De este modo, la jurisprudencia de la Primera Sala está siendo en los términos descritos tan constante que es posible hablar de una nueva línea jurisprudencial, a partir de la cual, como decimos, pretende la precitada Sala delimitar el alcance de cada Derecho Fundamental, decreciendo la aplicación del principio de proporcionalidad. Pero no persigue su desaparición de la escena, porque será de necesaria aplicación para supuestos de aquellas injerencias que sí entran en el contenido de los Derechos; aunque haya mantenido paralelamente el libre desarrollo de la personalidad como Derecho de amplio alcance[1543]. Así, sostener la concepción amplia de este último Derecho, posibilita permanentemente dinamizar y completar el sistema, actuando el artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn a modo de cláusula subsidiaria ante nuevos conflictos y problemas, y rechazar de modo absoluto las vulneraciones de derechos desconocedoras de la identidad que la sociedad alemana construyó tras la postguerra, ante lo cual, sigue constituyendo junto con la Dignidad humana los dos "pilares básicos del sistema alemán"[1544].

Acerca del principio de proporcionalidad y su eventual empleo decreciente, se ha sostenido acertadamente entre nosotros, que si el Tribunal Constitucional no tuviera a su disposición el principio de

---

[1541] Caso *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*.

[1542] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la…, op. cit.*, pp. 193-197 y 216.

[1543] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la…, op. cit.*, pp. 197 y ss.

[1544] *Ibídem*, pp. 197 y ss.

proporcionalidad a los efectos de enjuiciar las restricciones de Derechos Fundamentales, sería aún mayor el riesgo "bien de activismo, bien de denegación de la justicia", porque la eventual "huida del test de proporcionalidad por parte del juez", haría considerablemente más probable la subida a bordo de "los problemas que acaso se pretendiera conjugar con su silencio". A partir de tomas de posición como la señalada, se prosigue resolviendo enfáticamente sobre la necesaria "irrenunciabilidad del juicio de proporcionalidad", vale decir, la imposibilidad de sustraerse "a la implacable lógica de la proporcionalidad"[1545]. Lo cual, evidentemente, es válido asimismo para la situación alemana; es más, seguimos siendo epígonos de aquella. En efecto, reducir la discrecionalidad del órgano encargado de interpretar los Derechos Fundamentales, es una de las funciones básicas del principio de proporcionalidad, en la medida en la que "le impone adicionalmente la carga de aumentar la racionalidad (utilidad, necesidad y ponderación)" de la conclusión, y prescindir "de este criterio implica todavía una mayor discrecionalidad, subjetividad y peligro de arbitrariedad en la determinación del alcance de los derechos"[1546].

5.1.5.4.2.2. Líneas básicas de la crítica e intento de "superación" por la Sala primera del *Bundesverfassungsgericht*.

Con todo, esta nueva jurisprudencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal alemán, tampoco ha estado exenta de objeciones, de las que mencionemos algunas. En primer término, la delimitación del ámbito garantizado por cada Derecho Fundamental otorga un enorme poder a la jurisdicción constitucional, toda vez dicha figura se fija

[1545] Javier BARNÉS VÁZQUEZ, "El principio de proporcionalidad. Estudio…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 33.

[1546] Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales…, op. cit.*, p. 141.

unilateralmente por esta conforme a parámetros en absoluto claros, dando la impresión de estar ante decisiones subjetivas y sorpresivas,[1547] con aumento de la inseguridad jurídica y claro déficit argumentativo de sus resoluciones[1548]. Por su parte, ello supone un incremento de la complejidad de la dogmática de los Derechos Fundamentales, que se hará difícilmente manejable, frente a la situación actual de creación de criterios que se proyectan sobre el conjunto del sistema, así como la restricción en superior medida del papel del Legislador[1549]; temor ante el hecho de que esta interpretación estricta del ámbito de los Derechos Fundamentales termine derivando en una disminución del estándar de dichos Derechos[1550].

Momentáneamente, de otra parte, es impensable cualquier renuncia excesiva al principio de proporcionalidad como método para solucionar los conflictos o colisiones de Derechos Fundamentales, pues el punto crucial de estos últimos radica, ha escrito Martin BOROWSKI, en que a "consecuencia de la formulación lapidaria con la cual se positivizan, los casos de Derechos Fundamentales solo pueden resolverse excepcionalmente con base en las determinaciones del constituyente, según su sentido semántico e intencional"; y, de este modo, el aplicador jurídico, debe para el resto de los casos, "establecer una determinación normativa mediante la ponderación de principios"[1551]. Y la reflexión

[1547] Renata MARTINS, citada por Maribel González Pascual, *El Tribunal Constitucional alemán en la..., op. cit.*, p. 208.

[1548] Wolfgang KAHL, citado por Maribel González Pascual, *El Tribunal Constitucional alemán en la..., op. cit.*, p. 208.

[1549] *Ibídem*, p. 208.

[1550] Rüdiger ZUCK, citado por Maribel González Pascual, *El Tribunal Constitucional alemán en la..., op. cit.*, p. 209.

[1551] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos..., op. cit.*, pp. 55-56. Incluso la Corte Costituzionale italiana, muy vinculada históricamente al canon de la razonabilidad, ha incorporado asimismo con referencias más o menos explícitas el canon de proporcionalidad, como puede verse por ejemplo, en la sentencia núm. 196 de

efectuada por Ralf POSCHER, le lleva a concluir que el principio de proporcionalidad no de ser comprendido como un mandato de optimización, y para ello y su mejor funcionalidad repetuosa con todo el contenido constitucional, sería alternativamente preferible su fijación en el sentido de "prohibición de una desproporcionalidad grave", o bastando con la "garantía de una posición mínima"[1552].

Evidentemente, la vinculación a la obra producto de la soberanía popular, vale decir, "a lo establecido y querido por el constituyente tiene ciertamente en principio prioridad sobre la ponderación que se presenta entre principios contradictorios, sin embargo, estos elementos, por lo general, no aportan muchos puntos de vista a los que pudiera estar vinculado el operador jurídico", razón suficiente para que en muchos supuestos la decisión haya de adoptarse "mediante la ponderación entre

2009, de 1 de julio, pues entre los argumentos esgrimidos por la Corte constitucional para tal supuesto, se reprocha la falta de adopción de medidas financieras por parte del Estado, exigiéndole transparencia y cumplimiento del principio de proporcionalidad aplicable a la materia enjuiciada en virtud del artículo 17 de la Ley de contabilidad pública. Puede verse más ampliamente sobre la cuestión, Tania GROPPI–Irene SPIGNO, "Constitutional reasoning in the Italian Constitutional Court", en *Rivista Aic (Associazione Italiana dei Costituzionalisti)*, núm. 4, 2014, especialmente pp. 17 y ss, y p. 33: "las leyes no se declaran inconstitucionales porque es posible dar con ello una interpretación inconstitucional, sino porque no es posible dar una interpretación constitucional." 41 41 Sentencia n. 356/1996, providencia n. 147/1998, sentencias n. 65/1999, n. 174/1999, n. 200/ 1999, n. 319/2000, n. 301/2003. Y concluyen: "'Proportionality' is rare in Italian constitutional case law and this circumstance can probably be explained by the fact that even if the Italian Constitutional Court is familiar with proportionality reasoning, until recent cases it has not developed a real test and uses proportionality as reasonableness. Thus, proportionality is only incidentally quoted with reference to a legislative measure that is found to be disproportionate (Dec. 23/2011), while with regard to state-regions relationships proportionality is invoked in order to evaluate the public interest underlying the assumption of regional functions by the state (Dec. 303/2003). Dec. 1/2014, on electoral law, not considered in this paper (as it was posterior to the selection of the 40 cases examined), represents one of the most important judgments of the Court's history and contains new statements on proportionality, among which is a clear adoption of the proportionality test of the ECHR and to the "severity of the economic situation" in Dec. 223/2012. Likewise, in Dec.10/2010 the Court stated that the statès intervention in regions' competences in order to guarantee fundamental rights is characterized by the features of exceptionality and urgency due the international economic and financial crisis that hit Italy in 2008 and 2009".

[1552] Ralf POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2003, *passim*.

los principios que entran en colisión"[1553], además de la correspondiente aplicación, claro es, del principio de proporcionalidad. Máxime, observada la opción prevalentemente a cargo de la dogmática democrática occidental por la teoría amplia del supuesto de hecho, lo que implica concebir de una manera extensa el contorno del ámbito de protección del Derecho Fundamental, ante lo cual "tendencialmente se incrementan las restricciones que necesariamente deben imponerse a los derechos fundamentales"[1554], y, de manera correlativa, aumentará el número de conflictos entre estos[1555]. Así pues, este aparente reforzamiento de las jurisdicciones, no tiene por qué valorarse en términos negativos, toda vez puede favorecer la vuelta al terreno jurídico de batallas civiles y de luchas sociales y políticas[1556]; y aunque la interpretación del juez constitucional se acerque a una función de creación jurídica (siempre la va a haber en alguna medida), no está libre de fuertes condicionamientos previos. La racionalidad de sus argumentaciones se basa en consideraciones "valorativas, finalistas y prudenciales", algo nada precisamente desdeñable, lo que permite presentar sus decisiones "como la mejor expresión de la razón

[1553] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos..., op. cit.*, p. 106.

[1554] Matthias KLATT – Moritz MEISTER, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus", en *Juristische Schulung*, 2014, pp. 193–200; "Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip", en *Der Staat*, Band. 51, Heft. 2, 2012: materialmente más justo en las decisiones por su "matemática" precisión (...) y dando cabida en su aplicación a argumentos morales sin perder un ápice de juricidad, de ahí su éxito (...) como esencial elemento del Estado de Derecho (...) y elemento de un constitucionalismo global (...), esto es, el triunfo de la comprensión jurídica.

[1555] Josef ISENSEE, citado por Martin Borowski, *La estructura de los derechos..., op. cit.*, p. 140.

[1556] Con carácter general, en este sentido, Luigi FERRAJOLI, "Per una storia delle idee di Magistratura Democratica", *en Giudici e democracia. La magistratura progresista nel mutamento istituzionale*, Franco Angeli, Milano, pp. 65 y ss. En muy similares términos, Cármen Lúcia ANTUNES ROCHA, "O constitucionalismo contemporáneo e a instrumentalizaçâo para a eficacia dos direitos fundamentais", en *Revista Trimestral de Direito Público*, Vol. 16, especialmente p. 65.

práctica"[1557]; al fin y al cabo, es forzado dar a alguien la última palabra[1558], aunque, claro es, siempre cabrán lucubraciones schmitianas sobre la cuestión, pero, la hipotética conclusión, no podrá nunca coincidir con la suya.

Ante ello, plantea Martin BOROWSKI el interrogante de si el número alto de colisiones es desventajoso, o bien resulta preferible la protección de "más intereses por medio de los derechos, a pesar de que se causen estos conflictos, o si es mejor dejarlos sin protección desde el principio", pues dada la medida en la cual la libertad de Derecho Fundamental es "un <<

valor en sí misma>>, habla mucho a favor de que ella sea protegida en todos los casos en la mayor medida posible"[1559]. Con lo cual, hay que seguir compartiendo la idea acerca de la importante tarea desarrollada por la jurisprudencia constitucional, como instrumento corrector de "los

[1557] Luis PRIETO SANCHÍS, "Notas sobre la interpretación constitucional", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991, pp. 178 y 187 respectivamente. Efectivamente, debe olvidarse en Europa los viejos resabios revolucionarios constitucionalizados, y aún no hace un siglo, por el artículo 89 de la Constitución austriaca de 1920, se prohibía a los jueces no aplicar las leyes. Cierto, fue más fácil para los jueces norteamericanos asumir el papel de libertadores frente a la opresión del parlamento inglés, y tampoco extraña, naturalmente, que sus colegas europeos fuesen vistos con recelos por la Revolución, en cuanto habían sido servidores del rey y colaboradores estrechos suyos en la opresión, ante lo cual, elevan al Parlamento, expresión de la soberanía nacional, a la condición de magistratura auténticamente defensora de los derechos de libertad de la clase burguesa. Ahora bien, con el principio del sufragio universal, cambian por completo las cosas, y aceptamos las consecuencias del principio democrático, permítasenos la redundancia, con todas sus consecuencias, o luchamos por la realización de la postura del Señor de la Brède sobre la cuestión.

[1558] Respecto de a quién corresponde el "derecho a la última palabra", véase el muy esclarecedor artículo de Louis FAVOREU, "La légitimité du juge constitutionnel", en *Revue internationelle de droit comparé*, Vol. 46, núm. 2, 1994, pp. 557 y ss, quien acertadamente recuerda el peligro para los Derechos Fundamentales que acecha detrás de la *contrattualizzazione* sacada a la luz por Gustavo Zagrebelsky; y tampoco parece ya excesivamente necesario, seguir argumentando a favor de su legitimidad constitucional democrática, o porfiando machaconamente en ingenuidades (en el mejor de los casos) kelsenianas sobre su naturaleza de legisladores negativos.

[1559] Martin BOROWSKI, *La estructura de los derechos..., op. cit.*, p. 141.

posibles déficits en la protección de los derechos fundamentales en que haya incurrido la jurisdicción ordinaria"[1560].

7.1.5.3. Las colisiones entre el principio de autonomía privada y el resto de los Derechos Fundamentales.

7.1.5.3.1. Planteamiento de la cuestión.

Dentro de la esfera de las relaciones intersubjetivas, es frecuente el estallamiento de conflictos entre el principio de autonomía privada y otros Derechos Fundamentales, sin que quepa fijar abstractamente la preeminencia del Derecho Fundamental o de la autonomía privada, y teniendo en cuenta, además, que este último principio también goza de amparo constitucional, por lo que habrá de estarse al resultado de la ponderación realizada para cada supuesto concreto. La teoría de que los Derechos Fundamentales tienen efectividad de diferente intensidad, se basa esencialmente en la idea sobre la existencia de una clara separación entre la obligación de protección de la autonomía privada y el deber de tutela de las demás obligaciones resultantes jurídicamente del contrato[1561]. En el primer caso, se pudiera considerar el aspecto del deber de protección, para las segundas podría resultar afectado el derecho de defensa, pero el punto de partida de la diferencia de grados de eficacia entre Derechos, sin embargo, es complicado de aceptar en términos dogmáticos[1562], con lo cual, por ahí, no podemos resolver la cuestión.

[1560] Alexei JULIO ESTRADA, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los Derechos fundamentales", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Editoriales Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007, p. 157.

[1561] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und Privatrecht", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 184, Heft. 3, 1984, p. 216; del mismo, "Grundrechte und Privatrecht (mit Erwiderung)", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 185, Heft. 1 1985, p. 9.

El principio de autonomía privada no es, con carácter general, el valor supremo a proteger dentro del contexto del tráfico jurídico privado actual, y como principio tutelado constitucionalmente está sometido a limitaciones derivadas, para el caso concreto, de su ponderación con otros Derechos, bienes o valores previstos también por la Constitución, tampoco dotados obviamente carácter absoluto, con los que viene obligado a concordar prácticamente, pues también estos confieren a su titular la posibilidad de disfrutar de libertad en un espacio determinado de la realidad jurídicamente definido[1563].

Un autor poco sospechoso de ideas socializantes, caso de Karl LARENZ, adecuadamente escribe: "en aras de la vida conjunta en una comunidad, que satisfaga las condiciones de un Estado de Derecho, tienen todos que aceptar ciertas limitaciones de su libertad, sin las cuales esta no sería posible. Todo derecho de libertad encuentra por esto su límite en el derecho de libertad de los demás y en los deberes que el Derecho impone a cada uno en beneficio de la paz jurídica y a todos en beneficio de la existencia de una comunidad erigida sobre la idea del Derecho"[1564].

Obviamente, la protección de la autonomía privada será más "fuerte" cuando colisione con bienes débiles en inferior medida dentro del seno de la relación jurídica, sea por la naturaleza de estos, o bien debido a las circunstancias del caso, o sea por ambas cuestiones a la vez. Y será

[1562] Así, Johannes HAGER, "Grundrechte im Privatrecht", en *Juristen Zeitung*, Jahrgang 49, Heft. 8, p. 382.

[1563] Sin embargo, acentuando el carácter de Derecho Fundamental especial propio de la autonomía privada, apoyado en ser emanación del artículo 2.1 de la Grundgesetz en el que se establece el Derecho Fundamental la libre desenvolvimiento de la personalidad, lo que le otorgaría mayor peso en la realización de la ponderación, Wolfgang ZÖLLNER, "Regelungsspielräume im Schuldvertragsrech – Bemerkungen zur – Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen ", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 196, 1996, pp. 5 y ss.

[1564] Karl LARENZ, *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*, Editorial Cívitas, Madrid, 1985, p. 62.

menos intensa en el contexto de otra relación en la que se produce la situación inversa, o cuando la búsqueda persigue la promoción de la solidaridad social en aras del logro de un bien común[1565]. Pietro PERLINGIERI, por su parte, entiende que la autonomía privada comprende tanto el ámbito de las relaciones patrimoniales como el referido a las situaciones subjetivas no patrimoniales, de naturaleza personal y existencial, y considera en ambos casos la existencia de un "denominador común", estribable en la necesidad de que los actos de autonomía estén orientados a la "realización de intereses y funciones merecedores de tutela y cuando son socialmente útiles"[1566].

Modernamente, el Estado no asume solo la tarea de garantizar la libertad y la autonomía contractual de los individuos, sino que interviene en las mismas relaciones contractuales ultrapasando los límites de la justicia conmutativa para promover no solo la justicia distributiva sino también la justicia social[1567]. De este modo, en la jurisprudencia alemana, por lo referido a la cláusula de la buena fe, reiteradamente viene siendo entendida en el sentido de que representa un límite material a la autonomía privada en el ámbito contractual, y, consiguientemente, se autoriza el control judicial del contenido del contrato, negándose la eficacia de las cláusulas contractuales vulneradoras del principio de la buena fe objetiva que, asimismo, se entiende derivada del principio de la

[1565] En este sentido Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2004, p. 218. Al efecto, según reconociera Eberhard GRABITZ, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha establecido una serie de niveles, prima facie, tocante a la intensidad protectora de los Derechos Fundamentales, que pueden "ser descritos, gráficamente, de modo tal que el derecho a la libertad de la persona es el que goza de una protección mayor, mientras que, las libertades económicas y de libre ejercicio de la profesión, junto al derecho de propiedad, se sitúan en una posición más débil", "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 608.

[1566] Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 1999, p. 19.

[1567] Paulo Luiz NETO LÔBO, "Contrato e mudança social", en *Revista dos Tribunais*, Vol. 722, 1995, pp. 40 y ss.

Dignidad humana[1568], sin perjuicio de que otros juristas prefieren anclar la buena fe contractual sobre la base del principio de solidaridad[1569].

7.1.5.3.2. Las situaciones caracterizas por una situación de desigualdad estructural de las partes de la relación jurídica.

7.1.5.3.2.1. Apunte breve acerca de la relación Derechos Fundamentales–principio de autonomía privada (libertad contractual).

Tal como muy pronto declarara el Tribunal Constitucional Federal alemán al iniciar su singladura, el individuo debe asumir aquellos límites impuestos a "su libertad de acción, dentro de los márgenes de lo exigible y siempre que se garantice la autonomía de la persona"[1570]. Se ha sostenido así la necesidad de reconocer que cuanto más sacrificada sea la libertad y la igualdad de un ciudadano, mayor habrá de ser el grado de protección ejercido por el Estado en el ámbito de sus deberes generales y específicos de protección, actuando positivamente cara a la compensación de las desigualdades, mediante la intervención en la esfera de la autonomía privada y la libertad de contratación[1571]. Porque, en último término, el asunto de la *Drittwirkung* resulta de obligado planteamiento como un "problema de conflicto de derechos"; ahora bien, estamos ante una problemática que ya no es susceptible de resolverse siempre, cuando entra en juego, "en favor de la autonomía de la voluntad

[1568] Eugênio FACCHINI NETO, "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado", en *Constituiçâo, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, p. 63.

[1569] Caso de Francesco Paolo CASAVOLA, comprendiéndolo esencialmente como principio de solidaridad en la vida personal y familiar de los trabajadores, así como en las relaciones de los trabajadores entre sí, *I Diritti Umani*, Cedam, Padova, 1997, p. 34.

[1570] BVerfGE 4, 7, (17).

[1571] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 153.

sobre la base de suponer la rigurosa igualdad de las partes"[1572]. La no restricción *prima facie* de la libertad contractual material, dada su condición de "principio ético–jurídico", únicamente encuentra justificación, "al tiempo que ambas partes contratantes están en situación, al menos típicamente, de proteger igualmente sus intereses respecto a la conclusión del contrato"[1573].

Desde luego, cuando existe una desigualdad sustancial entre las partes objetivamente apreciable, es viable la restricción de la autonomía privada del actor social poderoso con el objeto de beneficiar a la parte más débil de la relación de conformidad a términos proporcionales, procurando con ello asegurar un mantenimiento no meramente formal de equilibrio en la relación jurídica, efectivamente rota o bien amenazada de ruptura. Si bien, como ya hemos mantenido previamente, la autonomía privada y la libertad contractual constituyen límites importantes a los efectos de intervenciones dentro de la esfera de las relaciones entre particulares[1574].

Ha de tratarse, para expresarlo con José Carlos VIEIRA ANDRADE, de una relación jurídico-privada caracterizada por un inequívoco y relevante grado de desigualdad[1575]. Sin embargo, la existencia de un poder privado y la correspondiente desigualdad en la relación jurídica, no altera la naturaleza de esta, con lo que seguiremos contando con las dos partes de la relación como titulares de Derechos Fundamentales, y, por lo tanto, la estructura de la relación va a ser siempre distinta de la existente entre los individuos y el Estado; tipo de relaciones caracterizadas por mayor o menor grado de asimetría, demostrativo de una inigualización de

[1572] Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos…*, *op. cit.*, p. 208.

[1573] Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia…*, *op. cit.*, pp. 424-425.

[1574] Ingo Wolfgang SARLET, "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 29.

[1575] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, p. 285.

lo desigual. Y situaciones en las cuales, sin embargo, no podrá dejarse de reconocer la existencia de un conflicto de Derechos Fundamentales, ante lo cual, será necesario una compatibilización o armonización de posiciones iusfundamentales con ocasión del caso concreto a resolver[1576].

Según reconoce la doctrina científica mayoritaria de aquel país, la opinión pública alemana dominante muestra su predisposición a favor de la función de los Derechos Fundamentales para poder llevar a cabo, conforme a ellos, un control de los contratos de Derecho Privado[1577]. A pesar de que las limitaciones no tuvieran su base legal para la actuación estatal, sino en el consentimiento por contrato de parte de los afectados mismos. En caso de existir un desequilibrio estructural entre las partes de la relación jurídica, tendrían que intervenir regulaciones estatales para asegurar la protección de los Derechos Fundamentales de la parte más débil[1578]. " "

De otro lado, hay autores ciertamente bondadosos –según hemos visto–, de acuerdo con los cuales, no siempre que se platee una relación jurídica entre un poder social y un particular vamos a estar ante la presencia de una perturbación sustancial de la parte débil de la relación en el momento de negociar las condiciones de un determinado

[1576] Paulo MOTA PINTO, "O direito ao libre desenvolvimento da personalidade", en *Portugal-Brasil ano 2000 – Tema Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 240.

[1577] Este amplio reconocimiento doctrinal, entre otros muchos autores, en Peter BADURA, "Arbeit als Beruf (Art. 12 Abs. 1 GG)", en *Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag*, edición de Peter Hanau / Gerhard Müller / Herbert Wiedemann / Otfried Wlotzke, C. H. Beck Verlag, München, 1982, p. 34; Claus–Wilhelm *Canaris*, "Grundrechte und…, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 225; Albert BLECKMANN, "Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte", en *Deutsches Verwaltungsblatt, 103,* 1988, pp. 940-942; Jost PIETZCHER, "Drittwirkung — Schutzpflicht — Eingriff", en *Das Akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, edición de: Hartmut Maurer / Peter Häberle / Walter Schmitt Glaeser / Wolfgang Graf Vitzthum, C.H. Beck Verlag, München, 1990, p. 363; Wólfram HÖFLING, *Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1991, pp. 57 y ss.

[1578] BVerfGE 81, 242 (253 y ss).

contrato[1579]. No obstante, habitualmente reconocen la necesidad de tomar conciencia acerca de la limitación del ejercicio de los poderes sociales en el tráfico jurídico-privado, con el objetivo de proteger los Derechos Fundamentales de todos los particulares, especialmente los de los más débiles ante las desigualdades fácticas[1580], pero abogando porque sea el Legislador, primariamente, el que desarrolle la tarea propicia para ejercer ese control sobre los poderes sociales. Por lo referido a alguna otra corriente doctrinal, mantiene una posición diferenciadora, tocante al bien objeto de contrato y su incidencia más o menos fundamental a efectos de la determinación del relativo poder de negociación de los contratantes, posición a la que esa propia doctrina científica ha denominado con la expresión de "paradigma de la esencialidad"[1581]. En tal sentido, los contratos que tengan por objeto "la adquisición o la utilización de bienes" que, a partir de su destino, son "considerados como esenciales", y están sujetos a un régimen tutelar "justificado por la necesidad de protección de la parte más vulnerable"; por el contrario, en el "extremo opuesto, los contratos que tengan por objeto bienes superfluos, se rigen predominantemente por los principios de derecho contractual clásico, teniendo aquí vigor la regla de la mínima intervención heterónoma"[1582].

Según esta directriz que venimos considerando, como observación general, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter no

[1579] A modo de ejemplo, Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 227. En el mismo sentido, Paulo MOTA PINTO, "O direito ao libre desenvolvimento…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 240-241.

[1580] Claus–Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 226, aunque el autor no considera que la presencia de los poderes sociales constituya un problema autónomo, considerándolo más bien un aspecto de la problemática general referida a la cuestión de la paridad contractual, en relación con cuya problemática, el ordenamiento jurídico dispones de instrumentos suficientes, *ibídem*, p. 207.

[1581] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 285.

[1582] Teresa NEGREIROS, *Teoria Geral do Contrato: Novos Paradigmas*, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 2002, p. 453, y la mayor parte de la doctrina científica que se considera en esta obra.

absoluto de la autonomía (privada) de "la voluntad", en su necesaria concordancia con los Derechos Fundamentales para los supuestos de relaciones jurídicas estatuidas entre particulares[1583]. La problemática estriba entonces en el hallazgo de criterios y principios constitucionales válidos de ponderación, posibilitantes de determinar, a efectos del caso concreto, cuándo deberá prevalecer la autonomía privada de los individuos dentro de un complejo de relaciones jurídicas desarrolladas entre partes sustancialmente libres e iguales, cuando inexiste un poder privado de supremacía, y de esta manera los sujetos privados podrán regular sus propias relaciones jurídicas comprendidas dentro del espacio adherido a los Derechos Fundamentales; y de otro, cuándo esos Derechos deben ser obligatoriamente observados en la conformación de las relaciones jurídicas privadas. Estamos ante la mera consecuencia lógica de que los sujetos detentadores de poder privado asimismo son titulares de Derechos Fundamentales.

7.1.5.3.2.2. La superior vinculación a los Derechos Fundamentales de los sujetos privados dotados de superior poder social de dominio.

Una vez constatada la existencia de una relación jurídico-privada entre sujetos situados en una posición de poder desigual, los Derechos Fundamentales ejercerán una eficacia más intensa comparada con la verificada para las relaciones jurídicas establecidas entre sujetos privados situados en una posición sustancial de igualdad. Se trata al fin y al cabo, de proporcionar la mayor protección factible de la libertad individual de los particulares que aparezcan como parte vulnerable de la relación jurídica, en detrimento de los sujetos privados detentadores de posición de supremacía y dotados de un poder social y económico de dominación. Corresponde entonces al Legislador, según Konrad HESSE,

[1583] Entre otras, la STC 177/1988, de 10 de octubre.

el desarrollo de una acción protectora, y ante la ausencia o insuficiencia de esta, se procederá a la interpretación de las normas jurídico-privadas en consonancia con los Derechos Fundamentales, y si ello tampoco fuera posible, cabría una concretización directa por medio de los órganos judiciales con fundamento en el deber de protección inmediatamente deducido de las normas iusfundamentales[1584].

Como consecuencia, uno de los criterios importantes para la resolución de conflictos en los choques que ahora consideramos, aparece estrechamente vinculado con el grado de desigualdad fáctica existente entre las partes integrantes de la relación jurídica. Cuanto más asimétrica sea la relación, mayor habrá de ser la vinculación de la parte más fuerte al Derecho Fundamental que aparezca en el asunto[1585].

Tocante a las relaciones jurídicas caracterizadas por la existencia de una objetiva desigualdad fáctica entre las partes, y como lógica consecuencia, la situación de poder de dominación de una de ellas, hace que tanto los seguidores de las teorías de la eficacia mediata (aunque no todos), como los autores propugnadores de la eficacia inmediata iusfundamental en las relaciones intersubjetivas, hayan reconocido una vinculación directa a los Derechos Fundamentales de los sujetos privados dotados de superior poder social[1586]. Así, según estima Enzo ROPPO, el ejercicio de la libertad contractual de las partes contratantes situadas en posición de superioridad económica y social, provoca como efecto directo la supresión de la libertad contractual de los contratantes colocados en posición económica y socialmente de debilidad[1587]. Cierto es, parece razonable considerar que para tales hipótesis, deberá producirse una

[1584] Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…, op. cit.*, p. 160.

[1585] Daniel SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações…, op. cit.*, p. 316.

[1586] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…" *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 140.

[1587] Enzo ROPPO, citado por Ana Prata, *A tutela constitucional da autonomía private*, Almedina Editora, Coimbra, 1982, p. 77.

vinculación más intensa a los Derechos Fundamentales de los sujetos privados acumuladores de poder especial de dominio y de naturaleza privada, sobre otros particulares carentes del mismo. Pues, como última *ratio*, la razón de ser de los Derechos Fundamentales radica en la posibilidad de disponer de libertad dentro de un "espacio concreto de la realidad jurídicamente definido"[1588], para lo cual, es imprescindible fijar los pertinentes límites al poder con independencia de cuál sea su naturaleza, y, de esta suerte el titular del Derecho dispondrá de la facultad de responder ante los atropellos e injerencias arbitrarias trasgresoras del entorno de su libertad[1589].

Por lo afectante al contenido de un Derecho Fundamental, viene definido por el "poder o conjunto de poderes jurídicos (concebidos como facultades), mediante los que se hace valer frente a terceros el permiso o la prohibición iusfundamental garantizadas"[1590], para la respectiva esfera de libertad. Ante ello, el margen de autodeterminación reconocido a los individuos constituye, bien ha sido reiterado, el núcleo de carácter irreductible que inicialmente los Derechos Fundamentales se dispusieron garantizar. Así las cosas, dentro de los confines del perímetro de actuación preservado y garantizado a los particulares, las conductas, los negocios jurídicos y, en definitiva, genéricamente la vida del individuo, discurre libre de conformidad a los principios de autonomía privada y autodeterminación. Resulta incuestionable, consecuentemente, la pretensión de los Derechos Fundamentales de amparar, por encima de todo, la libertad (real) individual.

[1588] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la…, op. cit.*, p. 196.

[1589] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais nas relações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 243-244.

[1590] Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, "Objeto y contenido de los derechos fundamentales", en *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, edición de Francisco J. Bastida Freijedo, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 108.

El principio de autonomía privada proyecta un sistema de protección de la vida privada, de suerte tal que las relaciones entre particulares nacen, se modifican y se extinguen dentro de una esfera donde existe libertad de acción, por eso, la aplicación indiscriminada, absoluta y generalizada de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas corre el riesgo de restringir el libre desarrollo de la personalidad de forma inaceptable, pues anularía la libertad del ser humano en nombre de la libertad misma. Por consiguiente, el respeto debido a la libertad por parte del poder estatal, se expresa fundamentalmente mediante el reconocimiento del vínculo contractual, siempre y cuando las partes se hayan obligado con libertad[1591]. Ahora bien, la frase en sí misma considerada es inmerecedora de objeción alguna, pero más adelante puede quedar cuestionada cuando hagamos referencia a la concepción de libertad meramente liberal manejada su autor.

7.1.5.3.3. Situaciones caracterizadas por la tendencial igualdad entre las partes de la relación jurídica.

Entre sujetos colocados en una situación sustancial de igualdad, al menos tendencial, parece tener sentido considerar que el equilibrio recíproco de intereses implica la concordancia práctica entre los mismos, y para los casos de la contratación privada, de ordinario, se lleva a cabo por las partes el acuerdo de conformidad con los términos pactados a través de su relación negocial. El contrato será entonces válido siempre que resulte expresión de una real libertad, supuestos para los cuales "la autonomía privada y la libertad contractual", han podido propiamente desenvolver su "eficacia como norma de libertad"[1592]. Al efecto de estos

[1591] Christian HILLGRUBER, "Grundrechtsschutz im Vertragsrecht", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 91, 1991, p. 85.

[1592] Hans-Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, edición de Karl-August Bettermann /

casos, inicialmente, inexiste la necesidad de cualquier otra concordancia, pues las mismas partes fijarán, por medio de una decisión libre, la modulación de sus intereses, situación en la cual los sacrificios a soportar dentro del interior del respectivo ámbito de libertades son compensados por la adquisición de nuevos derechos[1593]. Cada parte dispondrá de habilitación suficiente para reglamentar sus relaciones con la otra, adquiriendo así carácter jurídicamente obligatorio, mediante un concierto libremente establecido. Y al ponerse ambas partes de consonancia desde una posición de verdadera libre voluntad, acerca de "determinadas prestaciones y obligaciones, resultará que ninguna depende del arbitrio de la otra y ambas están en situación de velar así por su propio interés. Al elevarse la voluntad coincidente de ambos como "contenido contractual" a la categoría de norma vinculante de la conducta recíproca, lo que significa la validez jurídica del contrato, toman parte constructivamente en la creación de su relación jurídica"[1594].

Consiguientemente, la autonomía de la voluntad no ha de prevalecer siempre de manera absoluta e incondicionada a costa de los Derechos Fundamentales con los que choque. Sus exigencias deberán ceder proporcionadamente en ocasiones, al objeto de satisfacer las de concretos Derechos Fundamentales, y en otros casos se impondrá lo contrario, dependiendo de las circunstancias concurrentes y de la naturaleza y el peso del Derecho. Frente a ello, sostienen sectores doctrinales españoles, aceptar esta posición contraviene el principio democrático de nuestro Estado, pues supone atribuir a los jueces una competencia que solo puede corresponder al Legislador, como es la de

---

Hans-Carl Nipperdey, Band. IV (*Grundrechte und institutionelle Garantien*) 2. Halbband, Duncker und Humblot Verlag, Berlin, 1962, p. 754.

[1593] Joaquim DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o principio da liberdade contratual*, Almedina Editora, Coimbra, 1999, p. 138.

[1594] Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 65.

determinar el equilibrio entre el respeto a la libertad individual y la vigencia de los Derechos Fundamentales[1595]; algo estimamos bastante desacertado.

Desde esta perspectiva, según va a entenderse, los órganos jurisdiccionales podrían vulnerar la reserva de Ley del artículo 53.1 de la C.E., al limitar la libertad de los ciudadanos sin la existencia de una Ley previa que lo autorice, toda vez "el principio general de libertad", consagrado por "la Constitución en sus artículos 1.1 y 10.1", faculta a "los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas"[1596]. Sin embargo, esta regla general admite excepciones, si la intervención administrativa o judicial resulta útil, necesaria y ponderada para la salvaguarda de un bien jurídico inminentemente amenazado que, en el caso, es de peso superior a las exigencias derivadas del principio de legalidad, o para hipótesis en las cuales exista una laguna legal, supuestos permisivos de la lícita restricción del ámbito protector de la libertad de un ciudadano para proteger los Derechos Fundamentales de otro, siempre desde el respeto del ámbito de garantía efectiva correspondiente al primero[1597].

7.1.5.3.4. Balance conclusivo provisional: el respeto de la Dignidad humana como norte orientador y como fin supremo a observar, en la resolución del conflicto iusfundamental.

[1595] Para esta objeción Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Autonomía Privada y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, Fascículo núm. 1, 1993, p. 65.

[1596] SSTC 83/1984, de 24 de julio; 93/1992, de 11 de junio; 197/1996, de 28 de noviembre.

[1597] Dieter FLOREN, *Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht. Spezifische Mechanismus Grundrechtsschutzes gegenüber der gerechtlichen Anwendung von Zivilvertragsrecht*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1999, pp. 63 y ss.

A partir siempre de la comprensión de que el sistema de Derechos Fundamentales constitucionalmente establecido y el principio al libre desarrollo de la personalidad, remiten en su unidad de sentido al principio de Dignidad de la persona, entendida como dignidad de personas libres e iguales con capacidad abstracta y potencial para realizarse como tal[1598], parece deberán ser interpretadas las normas iusconstitucionales desde la teleología adecuada y dirigida a consagrar el principio de libertad como regla para las relaciones jurídicas estatuidas entre individuos situados en posición de igualdad[1599]. Porque la Dignidad humana es, sí, un principio ético y, originariamente un valor moral, pero como mantiene la doctrina científica alemana, desde su positivización a cargo del artículo 1.1 de la *Grundgesetz*, se trata más bien "de una norma de derecho objetivo", e incorporada con "carácter de mandato constitucional en la Ley Fundamental, implica su aceptación como valor jurídico, es decir, como norma jurídica positiva", respecto de la cual el Estado "se halla jurídicamente obligado a preservar (…) y a proteger en el marco de sus posibilidades". Y siempre deberá ser tenida estimada "como

[1598] Dice así la STC 53/1985 de 11 de abril: "nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) (...) del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás"; o, expresado de otro modo, "el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y con los demás", STC 192/2003, de 27 de octubre. Dignidad humana que estará asegurada, dice Ingo Wolfgang SARLET, cuando resulte posible para la persona una existencia digna que le permita el libre disfrute de los Derechos fundamentales, de manera especial, cuando sea posible su libre desarrollo de la personalidad; porque la dignidad de la persona humana es simultáneamente límite y tarea de los poderes estatales y, en ese sentido, de la comunidad en general, de tos y de cada uno, condición dúplice que también apunta a la inclusión simultánea de la dimensión defensiva y prestacional de la dignidad humana, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, pp. 46 y ss.

[1599] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais nas relações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 245-247.

parámetro valorativo en la especial interpretación de los derechos fundamentales"[1600].

Una de las tendencias más fuertes del pensamiento jurídico moderno es la convicción generalizada acerca de que el fundamento de la validez del Derecho en general y de los Derechos Fundamentales de modo particular, radica en ser producto de la creación humana, lo cual significa que ese fundamento no es otro distinto del propio hombre, considerado a partir de su Dignidad substancial de persona[1601]. Acerca de la especificidad ontológica de la Dignidad de la persona, se han indicado algunas características propias del ser humano, como la libertad, la autoconciencia, la sociabilidad, la historicidad, amén de la unicidad existencial[1602].

El acuerdo de los sujetos privados es considerado determinante, en el dominio jurídico-privado, tocante a la ponderación y valoración del peso relativo de ciertos bienes cuando resulte necesario, principalmente dentro del dominio patrimonial, desde el proporcional respeto, obvio es, de los límites positivos y negativos de la libertad contractual[1603]. Tocante al carácter imprescindible de la libertad contractual, debe recordarse por

---

[1600] Ernst BENDA, "Dignidad humana y Derechos de la personalidad", en *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Madrid, Editoriales Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 2001, pp. 120-121.

[1601] Fábio Konder COMPARATO, "Fundamentos dos direitos humanos – A noção jurídica de fundamento e sua importância em matéria de direitos humanos", en *Revista Consulex*, Año IV, núm. 48, 2000, p. 55.

[1602] Fábio Konder COMPARATO, "Fundamentos dos direitos humanos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 58.

[1603] Sobre esta materia puede verse Ana PRATA, "Libertade contratual", en *Dicionário jurídico, direito civil, direito processual civil e organização judiciária*, 3ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 1998, p. 613. Paulo MOTA PINTO, "O direito ao libre desenvolvimento…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 234. Asimismo, entre otras dimensiones que Jesús GONZÁLEZ PÉREZ atribuye a la Dignidad humana, también incluye su función de "norma de conducta y límite en el ejercicio de los derechos fundamentales", *La dignidad de la persona*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, pp. 83 y ss.

demás su naturaleza de Derecho relacional, una vez a través de su ejercicio van a ejecutarse "también otros derechos, tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, entre otros"; y actualmente, "es imposible que las personas se relacionen entre ellas y vean satisfechas sus necesidades sin recurrir a los contratos[1604]. El argumento reiterado del Tribunal Constitucional Federal alemán, de que la Dignidad de la persona humana es un valor objetivo e indisponible a cuya vigencia cada individuo no puede renunciar, tendría validez, de la misma manera, para los compromisos contractuales y demás acuerdos de Derecho Privado[1605]. Dignidad humana a plena disponibilidad de la persona al margen de la situación en la que se encuentre, como reiterara el año 2007 nuestro Tribunal Constitucional por medio de una repetición–resumen de jurisprudencia previa, de la cual reproducimos un amplio pasaje: "la dignidad de la persona, como «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador. Ello no implica cerrar el paso a las diversas opciones o variantes políticas que caben dentro de la Constitución, entendida como «marco de coincidencias» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7) que permite distintas legislaciones en la materia (…) resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana». Y ello porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2) ni por supuesto negar su

[1604] César LANDA ARROYO, "La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites", en *Themis. Revista de Derecho*, núm. 66, 2014, p. 314.

[1605] Johannes HAGER, "Grundrechte im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 381.

ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» (…) (y) cabe recordar lo declarado en la ya citada STC 91/2000, de 30 de marzo: «proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto 'valor espiritual y moral inherente a la persona' (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (…) constituyendo, en consecuencia un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar» (…) De modo que la Constitución española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos 'que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana' (…)» el Tribunal indicó algunas pautas para identificar cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución «proyecta universalmente», señalando que «hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial (…) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos» (FJ 7). Y precisando aún más, el Tribunal declaró que en este proceso de determinación de tales derechos revisten especial relevancia «la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos

humanos como base fundamental de la organización del Estado» (…) De lo expuesto hasta aquí se concluye que la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución (art. 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex art. 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE"[1606].

Tratándose de relaciones jurídicas establecidas entre partes posicionadas sustancialmente como desiguales dentro de la relación estructural, como también hemos mentado, defienden diversos autores que la autonomía privada, *prima facie*, deberá considerarse prevalente sobre los demás Derechos Fundamentales, lo cual no tiene porqué ser siempre así, y máxime en un ordenamiento como el español que eleva a aquellos a la condición de uno de los fundamentos del orden político y de la paz social[1607]. La inevitable tensión entre el principio de autonomía privada en general, y el de la libertad contractual en particular, con el resto de los Derechos Fundamentales, así como el surgimiento con estos de frecuentes relaciones conflictivas, al margen de presentar algunas

[1606] STC 236/2007, de 7 de noviembre, en la que bien deja caer la dificultad de precisar el contenido de Dignidad humana presente en cada Derecho Fundamental.

[1607] Jorge MIRANDA, por su parte, considera que en la concordancia práctica a establecer entre el principio de autonomía privada y los restantes Derechos fundamentales, es necesario preservar siempre el contenido esencial de estos, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 9ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 336. No obstante, también esta idea de garantía del contenido esencial no está exenta de dificultades, una vez que este, en su acepción absoluta, tiende a identificarse con la garantía del principio de dignidad de la persona que hay en cada Derecho. En este sentido Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos fundamentais", en *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituiçâo*, *Tema Direito*, edición de Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 331.

peculiaridades, son similares básicamente a los conflictos estallados entre cualesquiera otros Derechos Fundamentales, y de esta forma están sujetos a los mismos principios y parámetros en orden a su superación. De otra parte, un sacrificio mayor de la autonomía en el caso, y un debilitamiento de la libertad contractual, no va a depender, desde luego, del reconocimiento y seguimiento de una vinculación directa de los particulares a los Derechos Fundamentales[1608]. Aunque para tales supuestos, ciertamente, también ha sido mantenido por algunos sectores doctrinales, la necesidad de una limitada influencia de los Derechos Fundamentales en el ámbito privado, dícese, a fin de evitar, como hemos visto más arriba, una inflación de los mismos, llegada la cual, "el Derecho privado tendría poco que ganar, y los Derechos fundamentales en su verdadero significado, mucho que perder"[1609].

Igualmente, ya lo hemos analizado, los defensores de la teoría de la eficacia mediata, en último término, muestran su preocupación por la forma conforme a la cual pudieran establecerse límites concretos a un modelo de eficacia inmediata y general de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas desarrolladas entre sujetos privados, esto es, por el modo a través del cual conseguir el establecimiento de un equilibrio entre esos Derechos inmediatamente aplicables y el principio de autonomía privada, lo que no ven posible desde esta corriente de pensamiento, ni jurídica ni realmente. Según mantienen, tratándose del ejercicio de su autonomía privada, las partes disponen libre y conscientemente de sus voluntades, ante lo cual, en un primer momento, va a carecerse de motivos para colocar obstáculos a su poder de autodeterminación. En postrer extremo, es considera asimismo característica inherente del régimen de los Derechos Fundamentales, el

[1608] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 145.

[1609] Frase de Konrad HESSE, a quien citamos por todos los autores representativos de esta tendencia, *Derecho Constitucional y…*, *op. cit.* p. 67; pero las doctrinas civilistas mayoritarias no andan precisamente a la zaga.

establecimiento de un espacio libre de negociación y auto-regulación privadas, que permita a los individuos su libre desarrollo de la personalidad, mediante la creación de ese ámbito no sometido a tales enunciados, de así estimarlo conveniente. Tempranamente, el Tribunal Constitucional Federal alemán, mediante el asunto "*Elfes-Urteil*", se orientó a favor de una concepción muy amplia de la libertad de actuación, al amparo del Derecho Fundamental al libre desarrollo de la personalidad estipulado por el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, a partir de la cual, es posible entender que la inmensa mayoría de las actuaciones públicas inciden actualmente de alguna manera en este Derecho[1610].

7.1.5.6. ¿Límite? de los Derechos Fundamentales por el ejercicio de la libertad contractual.

La cuestión de saber hasta qué punto los Derechos o bienes jurídicos constitucionales tutelados pueden ser limitados por medio de la generación de un contrato, con el acuerdo o consentimiento de los sujetos privados, se abordará *prima facie*, juzgando los casos de renuncia y, en general, de auto-restricción, como aquellos susceptibles de fijar los límites hasta donde más lejos se puede ir, en la garantía de la libertad negocial[1611]. Eso sí, siempre esta libertad sea real, como se viene sosteniendo, por concurrir una igualdad sustancial entre las partes. Podremos hacer aproximaciones, pero, tampoco pecarán por exceso (y reconocemos nos inspira Walter LEISNER); con todo, vamos a proseguir.

Según hemos podido ver, es establecida aquí generalmente como límite el valor inviolable de la Dignidad de la persona[1612], en cuanto

[1610] BVerfGE 6, 32 (36).

[1611] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 258.

[1612] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, pp. 296 y 321; y Manuel Alfonso VAZ, *Leí e Reserva de Lei. A Causa da Lei en la Constituiçâo*

núcleo intangible y absoluto establecido por el ordenamiento jurídico, cuyo respeto debe servir de barrera general infranqueable para los comportamientos de sujetos públicos y privados, al no poder ser objeto de lesión o aminoramiento, dado su valor absoluto[1613].

El Tribunal Constitucional español, exhibe su preocupación mediante la emanación de una doctrina encaminada a garantizar la máxima integridad de los Derechos Fundamentales, por cuanto son expresivos del contenido de "los valores esenciales y trascendentes de un sistema democrático que se configura como Estado de Derecho, con el norte simultáneo de la libertad y la justicia", al objeto, precisamente, del "respeto de la dignidad de la persona"[1614].

Ahora bien, nuestro Alto Tribunal comprende el principio de Dignidad humana de carácter relativo y, por ello, susceptible de ponderación[1615]. La precitada sentencia reconoce que el Derecho a la vida humana (artículo 15 de la C.E.) es "la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional", y se configura como "el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma

Portuguesa, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 344. En su acepción relativa se identifica, a su vez, con el principio de proporcionalidad. Ahora se considera este último principio cuando se trate de una relación entre iguales, no deberá ser utilizado de cara a otorgar la conformidad de renuncia a los principios y reglas constitucionales para la salvaguarda de la autonomía privada. En este sentido, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais nas relações…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 324.

[1613] Jode Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 258.

[1614] STC 50/1995, de 23 de febrero.

[1615] STC 53/1985, de 11 de abril.

en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derecho, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos (…) La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general (…) La vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer (…) en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos"[1616]. Esto es, el Tribunal viene a reconocer la relevancia y significación superior de la Dignidad humana, pero entendemos la coloca a la par del Derecho a la vida, encontrándose "indisolublemente relacionados"; pero indisolubilidad claro, entre dos valores o derechos que solo llega hasta el estallido de un conflicto entre ambos en la práctica[1617]. Y, de manera específica, la subordinación última del principio de Dignidad de la persona y de los Derechos en derivación de la misma, al principio de proporcionalidad[1618].

Para este contexto, emerge asimismo el criterio fijado por la doctrina científica alemana, aceptado luego jurisprudencialmente, y acogido

[1616] STC 53/1985, de 11 de abril.

[1617] Remitimos más ampliamente para estos temas a dos buenos estudios de los que nos sentimos tributarios en nuestra precomprensión, Werner MAIHOFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, BdeF editorial, Montevideo–Buenos Aires, 2008; Alberto OEHLING DE LOS REYES, *La Dignidad de la persona – Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional, y relación con los valores y Derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

[1618] STC 98/2000, de 10 de abril.

después por las jurisdicciones constitucionales de diversos Estados, conforme al que se alude a la necesidad de intensificar la protección de las normas definidoras de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados mediante las cuales se ponga en acción la Dignidad humana intangible, la cual no puede quedar nunca afectada en su contenido, referido al carácter de límite general mínimo constitucionalmente establecido[1619]. Según nuestro Tribunal Constitucional, cabe apreciar una perspectiva absoluta de la Dignidad humana y una relativa dependiente de las circunstancias sociales, distinción a la que hace referencia cuando mantiene que el Derecho al honor comprende un "concepto jurídico que, aunque expresa de modo inmediato la dignidad constitucional inherente a toda persona, depende, en parte, de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, por lo que comporta un margen de imprecisión que ha de irse reduciendo por concreción judicial"[1620]. Teniendo en cuenta que en Alemania el artículo 1.1 de la *Grundgesetz* no es solo el primer precepto de la Ley Fundamental de Bonn, sino el más importante, ya que sitúa al hombre en el centro del orden constitucional[1621], la vinculación del derecho al libre desarrollo de la personalidad con la Dignidad humana ha de estar en condiciones de asegurar un "ámbito autónomo de desarrollo de la propia vida, en el que el particular puede llevar a cabo y preservar su propia individualidad"[1622]. De otro lado, igualmente en una relación entre sujetos privados situados aparentemente en igualdad sustancial de posiciones de poder, es necesario esclarecer si el contrato es el resultado

[1619] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 258. El contenido esencial como límite constitucional infranqueable para toda restricción de los Derechos fundamentales, es destacado asimismo por Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.* p. 109.

[1620] STC 46/2002, de 25 de febrero.

[1621] Josef Franz LINDNER, "Die Würde des Menschen und sein Leben", en *Die öffentliche Verwaltung*, 2006, p. 581.

[1622] BVerfGE, 35, 202 (220).

de una decisión realmente libre de ambas partes, lo que implica evaluar si tenían plena autonomía para enjuiciar las ventajas y los riesgos que implicaba el pacto[1623] alcanzado, porque el orden objetivo de valores conformado por el sistema de Derechos Fundamentales protegidos constitucionalmente, está asentado, sobre el valor de la libertad como factor decisivo e infranqueable para los poderes estatales.

7.1.7. Vuelta acerca del reclamo de la vinculación de los sujetos privados dotados de poder social a los Derechos Fundamentales; especialmente, cuando surjan amenazas para la Dignidad humana.

Actualmente, resulta con claridad insuficiente ocuparse solo de la protección de la libertad de los individuos frente a las injerencias en sus esferas de libertad provenientes de los poderes públicos, como venimos reiterando a lo largo del trabajo, de ahí que sea preciso prestar necesariamente atención a otros posibles conflictos entre poder y libertad, una vez que el ciudadano de nuestra época histórico-concreta está asimismo sometido a múltiples y fuertes dependencias sociales, algo que también hemos reconocido[1624]. El *status* de inferioridad del individuo hace particularmente necesaria su protección en relación a sujetos privados dotados de poderes sociales y económicos de facto[1625]. Las relaciones de poder–dependencia, como sucede en una buena parte de

[1623] Aunque insistiremos, por todos, ahora, José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional…, op. cit.*, p. 464, quien introduce la matización respecto de situaciones en que al ciudadano le afecte una situación de presión o dependencia, y aún así, ello puede no ser motivo para invalidar esa renuncia.

[1624] Uno de los primeros en llamar la atención acerca de este aspecto, fue Ulrich SCHEUNER, "Fundamental rights and the protection of the individual against social groups and powers in the constitucional System of the Federal Republick of Germany", en *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber. La protection des droits de l`homme dans les rapports entre personnes privées*, Vol. III, edición de Marceau Long/François Monnier/Jean Graven, Augusto Perdone Éditions, Paris, 1971, p. 268.

[1625] Andreas KHOL, "The protection of Human Rights in relationships between private individuals: the Austrian situation", en *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, Vol. III…, *op. cit.*, Augusto Pedone Éditions, Paris, 1971, p. 212.

las ocasiones, por ejemplo, es muy claro el caso de las forjadas entre el empresario y el trabajador, estamos consiguientemente ante una situación análoga a la que caracteriza a las relaciones entre el individuo y los poderes estatales. Existe ahí tal relación de disparidad sustancial que podrá afectar, desde luego, a la autodeterminación y a la libertad real de la parte más débil[1626]. La autodeterminación es imposible dejarla invertirse y transformarse en heterodeterminación[1627]. De este modo, la influencia de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado va a ser tanto más importante, y menor el margen del principio de autonomía privada, cuanto mayor sea el poder social de una de las partes de la relación jurídica, pues en esa situación de desequilibrio, no habrá libertad real de la parte más débil cuando llegué el momento de obligarse[1628]. El poder social de dominación, no tiene por qué ser un poder jurídico, es suficiente con estar ante cualquier de facto, inequívoco y objetivamente determinable[1629].

La vinculación de los sujetos privados dotados de poder social a los Derechos Fundamentales, extrañamente va a producirse en los mismos términos conforme a los que se lleva a cabo la vinculación de los propios poderes públicos, toda vez los primeros son también titulares de Derechos Fundamentales. En otro orden de consideraciones, desde luego, queda excluida toda facultad de exigir la protección positiva o activa de los Derechos Fundamentales a cargo de sujetos privados, toda vez las

[1626] João José NUNES ABRANTES, *O Direito do Trabalho e a Constituiçâo,* Associação Académica da Facultade de Direito, Lisboa Editora, 1990-1991, pp. 43-44.

[1627] Bodo PIEROTH–Bernhard SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht* II, 29ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2013, p. 251.

[1628] Wolfgang RÜFNER, "Drittwirkung der Grundrechte, Versuch einer Bilanz", en *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, edición de Peter Selmer / Ingo von Münch, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1987, p. 228.

[1629] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais..., op. cit.*, p. 285.

obligaciones de protección únicamente pueden tener como destinatario de ese deber al Estado[1630].

Sin embargo, también entienden abierta algunos autores la posibilidad de resultar eventualmente insuficiente la existencia de poderes privados de dominio, para poder fundamentar definitivamente una vinculación más intensa de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales. La influencia de la desigualdad fáctica en la incidencia de estos últimos en las relaciones jurídicas privadas, aunque sea fuerte, no permite la simplificación y es imposible su reducción a fórmulas

[1630] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais..., op. cit.*, pp. 321 y ss; "Os Direitos Fundamentais nas..., *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 243-244. Contrariamente, Paulo MOTA PINTO, "O direito ao libre desenvolvimento da..., *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 240-242, que duda de la adecuación de una diferenciación obtenida con recurso a las categorías de poderes sociales o poderes privados, y la correspondiente posición de desigualdad fáctica. El autor entiende que los conceptos de poderes sociales y poderes privados son fórmulas generales, por lo que, fuera de las situaciones en cuales se confronte con el núcleo esencial que viene a proteger la Dignidad humana y que, por ello, vincula a todos los particulares, deberá tornarse operativa la función de protección de los Derechos Fundamentales a través del desenvolvimiento y aplicación de la dogmática de los deberes de protección y del adecuado cumplimiento de estos por las entidades públicas. Así, apenas en su núcleo esencial que visa proteger la Dignidad humana, los Derechos Fundamentales tienen como destinatarios particulares, en la misma medida en que se dirigen a entidades públicas. También Jörg NEUNER, *Privatrecht und Sozialstaat*, C.H. Beck Verlag, München, 1999, p. 38, considera que la protección del núcleo absoluto de la Dignidad se dirige a todos, o sea, obliga al Estado y a los sujetos de derecho privado, por derivación de la eficacia horizontal del artículo 1.1 de la Grundgesetz. Considerando también que al hacer apelación a las categorías "poder privado" o "poder social", como criterio de delimitación de un régimen especial de eficacia de los Derechos, Libertades y garantías para las relaciones entre particulares, la doctrina constitucional reedita las mismas imprecisiones e indeterminaciones que padecen idénticos tópicos distintivos aplicados por el Derecho Privado; a este respecto ver Joaquím DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato..., op. cit.*, p. 141. José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria..., op. cit.*, p. 1293, llega a considerar que aquellas categorías no ofrecen contornos jurídicos para transformarse en categorías operacionales en el ámbito de la problemática de la vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales. Vasco PEREIRA DA SILVA, por su lado, considera que la vinculación de las entidades privadas a los Derechos Fundamentales puede asumir la forma de una eficacia horizontal, cuando son entidades privadas poderosas las destinatarias de las normas iusfundamentales, o puede asumir la forma de una eficacia externa, si los sujetos privados apenas se encuentran obligados a un deber general de respeto de un Derecho Fundamental, constituyendo una relación, relativamente a la cual son terceros. En el primer caso, la vinculación obliga a un deber activo de cooperación, respecto del segundo caso, la vinculación apenas obliga a un deber general de respeto, "A vinculação das entidades privadas pelos Direitos libertades e garantías", en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Año XXIX, abril-junio, 1987, pp. 272-273.

matemáticas. Es preciso darse cuenta de la existencia de una enorme variedad de situaciones heterogéneas, carentes de equiparación entre sí. En la mayoría de las ocasiones, el grado de autonomía real de las partes puede ser un criterio válido, útil y suficiente, para la resolución de conflictos, pero en todos los casos no tiene por qué ser así, toda vez surgirán ocasiones (por pocas que sean) en las cuales, ante una relación entre sujeto privado y poder social privado, podemos no estar enfrente de una perturbación sustancial de la libertad de la parte más débil, si bien buen seguro no sea, como decimos, el supuesto más frecuente[1631].

Cada vez que estemos frente a una relación jurídica privada, en la cual una de las partes manifiesta estar dotada de poder social de supremacía, de facto, ello puede no ser por sí solo inicialmente suficiente para determinar cuál es el grado de vulnerabilidad de los Derechos de la otra parte. A tal efecto, como hemos mentado, el poder de autodeterminación privada deberá admitir la intervención de los Derechos Fundamentales siempre que aparezcan riesgos de vulnerabilidad de la Dignidad humana, comprendida asimismo por nosotros desde una concepción dinámica afectante a la misma, capaz de captar los cambios producidos en los procesos públicos de conformación de la conciencia social, a fin de que su contenido no quede expuesto a la erosión del tiempo[1632]. Tenemos perfectamente asumido que la dignidad humana, como principio fundamental y fundante del ordenamiento jurídico entero, es asimismo vinculante para los sujetos privados. Bien destacaría Hans–Carl NIPPERDEY: "la protección estatal de la Dignidad humana implica el reconocimiento, en el tráfico jurídico-privado, de un

[1631] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações…" *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 130.

[1632] Wolfgang HÖFLING, *Offene Grundrechtsinterpretation – Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interoretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1987, p. 120. Igualmente, la comprensión de la dignidad humana en su carácter intersubjetivo como tarea permanente y dinámica de concretización, en Erhard DENNINGER, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Beltz-Atähenum Verlag, Berlin, 1994, p. 21.

derecho subjetivo absoluto e irrenunciable, ejercitable ante las demás personas"[1633].

La autonomía privada sufrirá limitaciones tanto más intensas cuando fueran identificados comportamientos vulneradores, aunque sea mínimamente, del contenido esencial indisponible de los Derechos Fundamentales de otros sujetos privados, lo que atentaría contra el principio de Dignidad humana. Con lo cual, los particulares podrán invocar sus Derechos Fundamentales contra sujetos privados poderosos, de acuerdo con la naturaleza específica, la razón de ser y la intensidad del poder de dominio ejercido, así como la gravedad de la lesión sufrida, obteniendo una protección más intensa. Pero, únicamente si ello resulta justificado[1634], desde la consideración de que, con todo, las medidas de protección ante restricciones de Derechos Fundamentales para el contexto de las relaciones jurídicas entre particulares, no serán las apropiadas a efectos de la protección de los Derechos frente al Estado; como consecuencia a las diferencias perceptibles en las estructuras de ambos tipos de relaciones, y menos aún cuando la restricción del Derecho perteneciente a un particular ha podido ser libremente aceptada por el sujeto privado[1635].

Las situaciones de poder social de dominación son múltiples y diferenciadas, así como también el grado de autonomía real de las partes envueltas en una relación jurídica de naturaleza privada, ante lo cual, el grado de aplicabilidad directa tiene forzosamente que experimentar variaciones, atendiendo a los tipos de situaciones y de las circunstancias

[1633] Hans–Carl NIPPERDEY, "Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung", en *Recht der Arbeit*, 3, 1950, p. 20.

[1634] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 244.

[1635] Franz BYDLINSKI, citado por Rafael Naranjo de la Cruz*, Los límites de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 171.

específicas concurrentes, lo cual únicamente con ocasión del análisis del caso concreto puede llegar a ser determinado.

A pesar de estar en estos casos frente a situaciones para las que una de las partes es detentadora de poder social o económico más acentuado, no siempre las pretensiones de los particulares son atendidas. Tales supuestos de negativa ponen de relieve bien a las claras la idea de que, ante una relación jurídica caracterizada por la disparidad de posiciones, en la cual, lógicamente, una de las partes se encuentra en clara posición de supremacía, ello por sí solo puede ser insuficiente para determinar cuál es el grado de vulnerabilidad de la otra parte. La tendencia apunta hacia un rol determinante a desempeñar por el Derecho en orden a la tutela de las posiciones económica y socialmente débiles, y ello habitualmente producirá una disminución de la garantía de la libertad que la Constitución viene obligada a proteger. Por consiguiente, los particulares podrán invocar sus Derechos Fundamentales frente a sujetos privados poderosos dotado de posición dominante o de supremacía social, aunque solo deben obtener una protección más intensa en la medida se justifique para el caso concreto, y ello habitualmente no será difícil. Adicionalmente, existen otros criterios autónomos como formas especiales de garantía a considerar en la resolución de estas situaciones de colisión, debido a la existencia de un oder privado de supremacía. De modo particular, tanto la gravedad como la irreversibilidad de la intromisión en los Derechos Fundamentales también deben ser especialmente estimadas, así como la importancia del bien jurídico afectado, o las posibilidades de autoprotección o autotutela por medio del ejercicio de la autonomía privada.

7.1.8. El deber estatal protección de las lesiones frente a sí mismo del titular de los Derechos Fundamentales.

7.1.8.1. Planteamiento.

Vamos a hacer algunas consideraciones de carácter panorámico, acerca de la protección–intervención de los Derechos Fundamentales contra uno mismo, o como más habitualmente se dice, contra sí mismo, esto es, frente a actuaciones llevadas a cabo por el propio titular del bien jurídico amenazado o lesionado. A decir de algún autor, este asunto ha constituido uno de los hitos más "apasionantes y revolucionarios en la reciente jurisprudencia constitucional alemana", si bien la cuestión tardó excesivamente en adquirir relieve[1636]. Pues bien, esta problemática adquiere especial importancia dentro del ámbito del Derecho contractual (el ahora realmente de interés), porque existe en el mismo un acto formal de consentimiento del sujeto afectado, si bien, no se circunscribe exclusivamente a este sector del ordenamiento; sus contornos de actuación son mucho más amplios, y comprenden toda actividad desarrollada por los poderes estatales que suponga una limitación de la libertad individual[1637].

Buena prueba de esa aludida extensión del ámbito de protección de los Derechos Fundamentales ante las consecuencias derivadas del propio hacer contra uno mismo, es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de abril de 2001. Reconoce el órgano judicial mentado, la obligación estatal de protección de un detenido que padecía una enfermedad mental acompañada de signos indicativos de su eventual suicidio[1638]. También cabe recordar cómo nuestro Tribunal Constitucional ha considerado constitucionalmente lícito que, en cumplimiento de su derecho-deber, la Administración penitenciaria haya prestado asistencia médica forzosa a reclusos cuya vida se hallaba en

[1636] Alexei JULIO ESTRADA, "Los Tribunales constitucionales y la eficacia…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 143.

[1637] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, pp. 201-202.

[1638] Citada al efecto, por Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos…, op. cit.*, pp. 153 y 154.

peligro por encontrarse en huelga de hambre[1639]. Y, por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán, a través de la sentencia de 11 de agosto de 1999, juzgaría constitucionales diversas restricciones legislativas encaminadas a limitar la disponibilidad del individuo conducente a permitir de manera voluntaria la extracción de sus órganos para la realización de un trasplante[1640].

7.1.8.2. La mayoritaria aceptación doctrinal y jurisprudencial de la tesis.

Si hasta ahora hemos visto el deber del Estado de proteger a los ciudadanos por las vulneraciones sufridas en sus Derechos Fundamentales a causa de las actuaciones de otros, en este momento lo que nos interrogamos es acerca de la cuestión de "cómo deben reaccionar" los poderes públicos cuando los individuos "voluntariamente se exponen a un peligro o sufren lesiones en sus bienes jurídicos libremente consentidas o incluso francamente deseadas"[1641]. La problemática admite respuestas diversas, si bien estrechamente conectadas con la posición ideológica mantenida por el autor que las propugne, pero cuyo abanico se restringe a la luz de una teoría de los Derechos Fundamentales propia del Estado Social y Democrático de Derecho.

A partir de una síntesis de la buena explicación cuya autoría es debida a Alexei JULIO ESTRADA, respecto del tratamiento dado a la cuestión desde la jurisprudencia constitucional alemana y por determinada literatura jurídica de aquel país, comenzaremos señalando,

[1639] SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 11/1991, de 17 de enero.

[1640] Asimismo, citada por Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos..., op. cit.*, p. 154.

[1641] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales..., op. cit.*, p. 201.

por orden cronológico, que el Tribunal Constitucional Federal alemán vino admitiendo, desde los años cincuenta, cómo inclusive las regulaciones contractuales estaban obligadas a cumplir los requisitos dimanantes del "orden de valores objetivo" expresado por la Constitución[1642].

Sin embargo, el Alto Tribunal alemán cambió su jurisprudencia hasta llegar al rechazo de la posibilidad de admitir la causación de lesiones a los Derechos Fundamentales con ocasión de la introducción de cláusulas contractuales voluntariamente pactadas, independientemente de que conllevaran una merma considerable de la libertad para la parte más débil de la relación, al entender que ello no suponía merma alguna de la libertad, atendido sea el carácter voluntario de la contratación[1643]. Si bien, por nuestra parte, somos de la opinión de que en tales supuestos no se puede hablar de una voluntad libremente formada de la parte débil de la relación jurídica para actuar contra sí misma, debido a la presión estructural, o derivada de la naturaleza de las cosas, ejercida sobre ella a cargo de la parte detentadora de poder social dominante.

Durante el año 1977, la doctrina científica tercia sobre el tema, e Ingo VON MÜNCH responde en términos negativos respecto del interrogante formulado por nosotros al principio, vale decir, acerca de si existía o no un deber del Estado de intervenir en tales situaciones[1644].

Un nuevo giro de carácter radical a favor de una jurisprudencia constitucional mucho más acorde con los principios del Estado Social y Democrático, se produce en el año 1990, a través del dictado el día 7 de

---

[1642] Así BVerfGE 7, 230, (234 y ss); o BVerfGE 17, 302, (305 y ss).

[1643] BVerfGE 70, 115, considerada por Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 202.

[1644] Ingo VON MÜNCH, "Grundrechtsschutz jején sich selbst?", en *Festschrift für Hans Peter Ipsen*, edición de Rolf Stöter / Werner Thieme, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1977, pp. 113 y ss, autor, obra y conclusión, citados por Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 201.

febrero correspondiente a aquella anualidad, de la sentencia BVerfGE 81, 242, referida al conocido fallo del agente comercial (*Handelsvertretrer-entscheidung)*, recurso interpuesto por este, ante la presunta vulneración de los siguientes preceptos de la Ley Fundamental de Bonn: derecho a la dignidad humana (artículo 1); derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2); principio de igualdad (artículo 3); derecho a la libre elección de profesión (artículo 12); derecho de libertad de empresa (artículo 14); vulneración a la tutela judicial efectiva (artículo 19); e, indirectamente, dirigido contra ciertas disposiciones del HGB (artículo 90.a.2.2) permisivas de la incorporación de estipulaciones contractuales contrarias a los Derechos Fundamentales.

El recurrente (el agente comercial, condenado por el Tribunal Supremo Federal en última instancia) esgrimió como argumento ante el Tribunal Constitucional Federal alemán, la falta de libertad real en el momento de suscribir el pacto, pues su voluntad no había sido realmente autónoma, considerando que el propio consentimiento prestado para obligarse estaba por todo ello viciado. El Tribunal Constitucional Federal entendió inconstitucional el § 90.a.2.2 del *Handelsgesetzbuch*, por vulnerar el Derecho Fundamental a la libre elección de profesión consagrado en el artículo 12.1 de la Ley Fundamental de Bonn. El Tribunal sostuvo en su argumentación que los Derechos Fundamentales, y de igual modo la autonomía privada, se fundamentan en el principio de autodeterminación de la persona, y, evidentemente, la garantía de la libertad jurídico–fundamental exigía el establecimiento de unos vínculos cuya forma legal es el contrato. Según asimismo puntualizara, el principio de autonomía privada no justifica la incorporación de cualquier cláusula contractual, pues también este principio debe concordar con la legislación vigente, la cual, a su vez, está obligada a respetar y desarrollar el contenido de las normas de Derechos Fundamentales. Justamente, porque toda vez la autonomía privada, considera la sentencia, se fundamenta en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, de ello

deriva la exigencia jurídica recíproca para las partes de obligarse libremente, algo que no sucede cuando una de las mismas dispone de un poder social capaz de imponer unilateralmente el pacto[1645].

Y, previendo el surgimiento de estos casos, toda vez la Constitución no puede concretar los supuestos en los que surgirá ese desequilibrio, corresponde al Legislador, por mor del deber de protección, intervenir en la defensa de los Derechos Fundamentales ponderando los Derechos enfrentados, y desde la toma en consideración de que la tutela de uno implica la injerencia en el otro. De este modo, son las disposiciones legislativas las encargadas de contrarrestar el "desequilibrio social y económico", por lo que estarán sirviendo a las "decisiones valorativas básicas contenidas en la sección relativa a los Derechos Fundamentales, y con ello, al mismo tiempo, servirán al principio fundamental del Estado Social"[1646].

Vistas las cosas de esta manera, al regular el Legislador las prohibiciones contractuales, debe este garantizar de modo suficiente, de un lado, la protección de los intereses del empresario, si bien, de otra parte, está asimismo obligado a establecer un ponderado equilibrio en la relación que se establecerá entre el empresario y su representante, colocado con carácter general en posición de inferioridad, aplicando para ello el principio de proporcionalidad; de esta suerte, para tal clase de relaciones recíprocas, "ni la limitación de la libertad ni su protección, deberán resultar desproporcionadas"[1647], con lo cual, lógicamente, se produce una injerencia legítima en la libertad contractual[1648].

[1645] BVerfGE 81, 242, (254).

[1646] BVerfGE 81, 242, (255).

[1647] BVerfGE 81, 242, (261). Dieter MEDICUS, "Der Grundsatz *der* Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 192, Heft. 1/2, 1992, p. 61

[1648] *Ibídem*, p. 61.

Realmente, como hemos dicho, si una de las partes contratantes dispone de tal poder social de dominio en virtud de la cual es capaz de incorporar unilateralmente las estipulaciones que tenga por conveniente a la hora de establecer la regulación del contrato, nos encontraremos con la otra parte en una situación de heteronomía, vale decir, de pérdida efectiva de su autonomía privada y, por consiguiente, de su libertad contractual[1649]. Aunque haya prestado su consentimiento "aparentemente" en libertad, como sucedía en el caso tomado en consideración, porque la restricción del artículo 12.1 de la Ley Fundamental de Bonn había sido aceptada por el propio sujeto privado, recurrente ahora en amparo (el agente comercial), en su relación jurídica con un tercero (el empresario). Y es en este momento, según mantiene la sentencia, en el cual los tribunales han de intervenir como consecuencia de la obligación que tienen a su cargo de "protección de los derechos fundamentales", esto es, con fundamento en la tesis del deber de protección, al objeto de reparar las consecuencias surgidas a partir de una relación contractual establecida en una situación de inequívoco desequilibro material entre las partes, concretizando así de paso los requisitos fácticos de la libertad contractual[1650].

Ahora bien, como es obvio, el deber de protección estatal no actúa en el caso considerado para la defensa de una agresión en la libertad fundamental de la parte débil de la relación jurídica que provenga de terceros, sino frente a restricciones de sus Derechos voluntariamente aceptadas por ella misma, de ahí que estemos, en puridad, ante el supuesto de protección frente a sí misma de una de las partes intervinientes en la relación intersubjetiva. De otro lado, como hemos apuntado, la sentencia aborda la relación entre los Derechos

[1649] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales..., op. cit.*, p. 203.

[1650] BVerfGE 81, 242, (256), citada por Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los Derechos Fundamentales..., op. cit.*, 2000, pp. 203-204.

Fundamentales y la autonomía privada, respecto de la que considera debe ser respetada en lo sustancial, pero exigiendo de los tribunales la extracción de límites provenientes de las normas iusfundamentales, en la situación en la cual sea necesario la especial "protección de una de las partes del negocio jurídico"; situación planteada en la hipótesis que venimos considerando, esto es, cuando resulta imposible para una de las partes velar responsablemente por el respeto de sus Derechos Fundamentales, habida cuenta de la limitación de su libertad contractual y, a la postre, debido a la carencia de garantías sufrida por los "presupuestos funcionales" de la autonomía privada[1651].

7.1.8.3. La reacción se sectores doctrinales frente a la tesis del deber de protección estatal del titular del Derecho Fundamental frente a sí mismo.

A pesar de la categórica fijación de postura jurisprudencial reseñada en el punto anterior, y de carácter a nuestro juicio definitivo en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho, el año 1992 se produjo, desde sectores de la doctrina científica, una importante reacción liberal por medio de la monografía de Christian HILLGRUBER, titulada ya significativamente: *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*; elaborada como acabamos de decir desde la concepción liberal de los Derechos Fundamentales, al ser defendida con fuerza por el autor como la única correcta de conformidad al orden de valores recogido por la Ley Fundamental de Bonn. Respondiendo a tal orientación doctrinal, la comprensión de la libertad subyacente, es expresada desde la precomprensión de que esta se realiza en sí misma y, de esa forma, es preciso descartar que consista en una libertad subjetiva para algo. Debido a esta razón, se extiende la libertad al Derecho de hacerse daño a

[1651] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 203.

sí mismo, con el límite de no afectar mediante su ejercicio las posiciones jurídicas o derechos de otros, o bien el interés colectivo, toda vez la libertad como algo inherente al ser humano, conlleva el que de su ejercicio solo puede la persona ser responsable ante sí misma[1652].

La tesis, sin embargo, parece a todas luces una postura extrema e injustificable en el actual estadio de desarrollo del Estado preventivo[1653], además de las dificultades agregadas para determinar cuándo están en peligro los intereses de terceros o el bien común, lo cual, finalmente sería susceptible de ser determinado con mayor o menor grado de aproximación, pero, sobre todo, cuándo está la persona en condiciones de valorar los riesgos a los que se expone con su forma de actuar[1654]. El autor que venimos considerando, polemiza con toda una serie de leyes y decisiones judiciales de signo contrario, a través de las cuales es reconocido la existencia de un deber de protección a cargo del Estado, encargado y obligado a la tutela del individuo aun en contra de su propia voluntad. Y llega a la conclusión de que, a tenor del ordenamiento constitucional, el Legislador carece de toda competencia para intervenir frente a "los efectos nocivos contra sí mismo producto del ejercicio de la libertad propia, y de esta manera, al particular le ha sido otorgada la libertad de autolesionarse y de exponerse a peligros que él mismo acepte"[1655]. Tal toma de posición, es rechazada por Reinhard SINGER, a

[1652] Christian HILLGRUBER, citado por Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre..., op. cit.*, p. 203. La referencia completa del libro de Christian HILLGRUBER, es: *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, Vahlen Verlag, München, 1992.

[1653] Erhard DENNINGER, "Der Präventions-Staat", en *Kritische Justiz*, 1988, pp. 1 y ss.

[1654] Gerhard ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp. 121 y ss.

[1655] Christian HILLGRUBER, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, p. 174, citado por Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los Derechos Fundamentales..., op. cit.*, 2000, p. 203. Una postulado parcialmente contradictorio es el de Josef ISENSEE, al que nos referiremos, pues si inicialmente parece adoptar una postura negacionista fundamentando el deber de protección estatal en el monopolio por este del ejercicio de la violencia física legítima y en la tarea estatal de garantizar la paz social entre los

partir de una concepción de la libertad individual anclada, por su parte, en las teorías institucional y axiológica de los Derechos Fundamentales, cuestionando la existencia de libertad individual en muchos casos en los que concurre una desigualdad fáctica estructural, y desde el empleo de un concepto de interés general de muy superior amplitud al manejado por Christian HILLGRUBER, a partir de cuya situación le va a ser permisible limitar en mayor medida la libertad individual[1656].

De cualquier modo, el fallo sobre el agente comercial no ha sido el único pronunciamiento sobre la cuestión a cargo de la jurisprudencia constitucional alemana, siendo de destacar en el mismo sentido la sentencia que contiene el denominado caso sobre la fianza (*Bürgschaftentscheidung*)[1657]. Para el supuesto, el avalista de un préstamo recurre en amparo por estimar que, en el momento de la firma del contrato, había emitido su consentimiento carente de libertad, no siendo este, por consiguiente, expresión de su voluntad real, habiéndose vulnerado en tal hipótesis su autonomía privada y, en concreto, los artículos de la Ley Fundamental de Bonn: 1.1 (derecho a la dignidad humana intangible); 2.1 (derecho al libre desarrollo de la personalidad, en relación con el principio estructural del Estado Social.

---

ciudadanos, seguidamente se refiere al también deber estatal de salvaguardar los Derechos Fundamentales de carácter indisponible, "*Das Grundrecht auf Sicherheit: zu den Schutzpllichten des freitheitlichen Verfassungsstaates: Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. November 1982*", Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1983.

1656 Reinhard SINGER, citado por Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 201. A favor de una intervención del Estado en función del deber de protección que le compete, sin establecer diferencias respecto del origen del que provengan los ataques a los Derechos Fundamentales, incluidos los que son de autoría del propio titular de los Derechos, precisamente atención a la naturaleza y finalidad de estos, por ejemplo, Johannes DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker und Humblot Verlag, Berlin, 1992, p. 103. Y También Peter UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1996, p. 76.

1657 BVerfGE 89, 124, citada al efecto por Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 204.

El Tribunal Constitucional Federal alemán deja plenamente sentado que el examen de las condiciones bajo las cuales se produce la libertad contractual real de las partes, a partir de cuyo concurrencias adquiere validez la introducción de alguna cláusula limitativa de Derechos Fundamentales de uno de los contratantes, conlleva a su vez y obviamente, el control del contenido de los contratos; llegándose de este modo al "extremo más temido" por sectores doctrinales, esto es, a la realización del "escrutinio de las estipulaciones convencionales a la luz directa de los derechos fundamentales"[1658]. El *Bundesverfassungsgericht* consideraría en su argumentación los presupuestos direccionados a la protección del principio de la autonomía privada en cuanto bien constitucionalmente tutelado, que se entiende vulnerado en el caso por no haber esclarecido los órganos de la jurisdicción ordinaria si ambas partes habían adoptado libremente la decisión de contratar y se habían obligado a su vez a cumplir el contenido del pacto; desconsiderando con ello los presupuestos específicos de la libertad negocial, respecto de los cuales, actualmente, existe un amplio consenso al aceptar que esta última únicamente cumple su función cuando en el momento de formalización del contrato ambas partes se encuentran situadas en una posición de igualdad tendencial al menos, y, de ese modo, pueden proteger sus intereses en libertad[1659].

Desde esta perspectiva, será preciso analizar si el contenido del contrato grava a una de las partes de manera inusual, y, de otro lado, valorar si la cláusula o cláusulas gravosas traen consecuencia de una situación de "desigualdad estructural" entre las mismas[1660].

[1658] Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 204.

[1659] BVerfGE 89, 124, (233).

[1660] BVerfGE 89, 124, (234). Hace alusión Alexei JULIO ESTRADA, a que la indeterminación del concepto "desigualdad estructural" que el Tribunal Constitucional Federal no aclara, salta a la vista, y no en vano ha dado lugar a un candente debate doctrinal, *La eficacia de los Derechos Fundamentales…, op. cit.*, p. 204.

Consecuentemente, ante un contrato estipulado entre dos partes situadas en posición de desigualdad, siendo la parte más débil la que ha aceptado compromisos inasumibles, al margen de haber consentido obligarse (por lo dicho, para nosotros, sin hallarse en una situación de libertad real), el juez está obligado a intervenir en cumplimiento del deber de protección, a fin de corregir el contenido del contrato, impidiendo con ello los abusos y la vulneración de las cláusulas de las buenas costumbres y de la buena fe, en el bien entendido sentido que los órganos judiciales tienen el deber de interpretar y aplicar las cláusulas generales, garantizando "que los contratos no sirvan como instrumentos de heteronomía"[1661], restaurando a favor de la libertad contractual su función de autodeterminación.

7.2. La renuncia a los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas.

7.2.1. Planteamiento: el carácter irrenunciable de la titularidad de los Derechos Fundamentales.

Ciertamente, el rechazo absoluto de la posibilidad de renunciar a los Derechos Fundamentales o a alguna de sus facultades, se hace difícil de sustentar en los momentos actuales, esencialmente en el campo de las relaciones intersubjetivas que, a los fines de este trabajo, es el que interesa examinar. Y ello, por prevalecer *prima facie* en el mismo el principio de autonomía privada, lo que ha presionado, frente a la posibilidad de cualquier tipo de renuncia, incluso a la literatura jurídica refractaria por excelencia, a proceder a una revisión de sus planteamientos clásicos.

Ahora bien, también resulta ser cierto que, en favor de la libertad contractual y negocial, la comprensión de una eficacia limitada de los Derechos Fundamentales en la esfera jurídico-privada puede conducir a

[1661] BVerfGE 89, 124, (234).

extremos indeseados. Según hemos indicado hace unas líneas, a través de la aplicación en términos radicales del principio de la autonomía privada, la proyección de los Derechos Fundamentales puede resultar excluida, y buena parte de las reglas y negocios jurídicos serían susceptibles de ser definidos sin la protección dispensada por esos Derechos. De esta forma, se estaría admitiendo que, en la esfera de las relaciones jurídico-privadas, los Derechos Fundamentales se hallarían, en principio, a la libre disposición de los individuos, configurándose, de este modo, como derechos disponibles o renunciables en ciertos supuestos a los cuales aludiremos brevemente; concepto de renuncia que se sitúa cercano a los de pérdida y no-ejercicio de los Derechos Fundamentales, pero sin llegar a confundirse con ellos[1662].

Pues bien, según Jorge REIS NOVAIS, las tres situaciones aludidas, que a veces se confunden, pueden no obstante diferenciarse con arreglo al criterio que vamos a analizar. En los casos de renuncia, el sujeto privado se vincula jurídicamente a no invocar un Derecho Fundamental aunque sea ante otros individuos, o lo que es lo mismo, adquiere el expreso compromiso de abandonar temporalmente su ejercicio o hacerlo ante supuestos de hecho concretos, en relación a algunas de las pretensiones, facultades o poderes que integran el contenido de ese Derecho. Para el supuesto de pérdida de un Derecho Fundamental, se verifica también un no ejercicio de la posición jurídica individual protegida por la disposición iusfundamental; ahora bien, a diferencia de lo acontecido en los casos de renuncia, esa pérdida es determinada no por la voluntad del interesado sino por el propio ordenamiento, fundamentándose en la verificación de ciertos presupuestos de hecho establecidos por el mismo. Por lo referido al no ejercicio, se produce cuando el titular del Derecho Fundamental dispone de una posición

[1662] Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos fundamentais", en *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituiçâo 1976*, edición de Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 291 y ss.

jurídica que el ordenamiento le permite o no le permite ejercer, pero cuya falta de ejercicio se efectúa sin compromiso alguno ante nadie, aunque sea por un periodo prolongado de tiempo, no comportando como corolario de su carácter imprescriptible la pérdida debida del Derecho no ejercitado. De modo que la renuncia vincula jurídicamente al titular del Derecho.

El núcleo esencial del concepto de renuncia al ejercicio de Derechos Fundamentales es el debilitamiento voluntario de una posición jurídica individual protegida por una norma iusfundamental, determinado por una declaración de voluntad del titular de esa posición que le vincula jurídicamente a aceptar el correspondiente alargamiento del margen de actuación de la parte opuesta frente a las pretensiones derivadas de aquella posición jurídica[1663].

Tal y como se ha escrito recientemente, lejos de reducirse a espacios de segundo orden o carácter anecdótico, la renuncia "los Derechos y Libertades Fundamentales es una cuestión transversal por excelencia, que trasciende el conjunto de los derechos fundamentales y tiene implicaciones en ámbitos sumamente variados, y, en ocasiones insospechados". Renuncia a los Derechos Fundamentales conducente, de otra parte, a la necesidad de concentración "en desafíos importantes", así como "a menudo contradictorios"[1664].

[1663] Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 273 y ss.

[1664] Philippe FRUMER, "Variaciones en el tema de la renuncia a los Derechos y Libertades fundamentales", en *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*, edición de Philippe Frumer / Ignacio Villaverde Menéndez, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp. 12-13.

Dos reputados constitucionalistas portugueses, tienen en mente el planteamiento que tratamos de sintetizar con ayuda de Luísa Neto, quien parece compartir criterios, y menta que la renunciabilidad es un modo de ser del derecho subjetivo 8caben excepciones, pensamos nosotros), "que não pareceria inerente à essência do mesmo (…)", y apoyándose en Jorge Miranda y los autores previos, dice respecto de la auto-restricción y la auto-suspensión de los Derechos Fundamentales, que su "indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos fundamentais não implica que o seu exercício seja obrigatório nem que em determinadas circunstâncias e para fins

Efectivamente, en el sector de la renuncia considerado surge una auténtica paradoja, pues según la doctrina tradicional, los Derechos Fundamentales son irrenunciables e indisponibles mediante actos de Derecho Privado, y lo son por tratarse de Derechos innatos de los que no puede privarse el individuo a sí mismo[1665]; de ello no deriva, naturalmente, su carácter de ilimitables[1666]. Entre nosotros, Luis María

constitucionalmente relevantes, ou que não contrariem, pelo menos, os princípios do Estado Direito democrático, os seus titulares não possam aceitar a sua restrição, ou não possam, por sua vontade, suspender o exercício de alguns desses direitos. As hipóteses de auto-suspensão não estarão vedadas pela Constituição, desde que 1) sejam livremente decididas ou consentidas; 2) se encontrem reguladas por Lei, quando envolvam algum poder conexo da Administração; 3) sejam limitadas no tempo; 4) sejam livremente revogáveis. Não serão porém admissíveis situações que colidam com a dignidade humana, com os direitos insuscetíveis de suspensão em estado de sítio, com bens pessoais íntimamente associados a valores comunitários e que afetem a moral, a ordem pública e o bem- estar numa sociedade democrática nos termos do nº2 do artigo 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por sua vez, Gomes Canotilho explicita que a admitir-se a renúncia a direitos fundamentais esta terá sempre como condição que o titular do direito disponha do seu direitode forma livre e esclarecida. Esta questão encontra-se concatenada com a eficácia *erga omnes* dos direitos fundamentais e com a renúncia aos direitos de personalidade. Este autor segue uma orientação diferenciada: 1) é irrenunciável qualquer direito estruturalmente ligado à dignidade da pessoa humana; 2) os direitos fundamentais, como totalidade, são irrenunciáveis; 3) os direitos, liberdades e garantias, isoladamente considerados, são também irrenunciáveis, devendo proceder-se à distinção entre a renúncia ao núcleo essencial, que é constitucionalmente proibida, e a limitação voluntária ao exercício de direitos, aceitável sob certas condições; 4) os direitos fundamentais dos trabalhadores e das suas organizações sobretudo os atinentes a direitos liberdades e garantias dos trabalhadores são irrenunciáveis; 5) a admissibilidade de uma auto-restrição mais ampla que a restrição legal está sujeita à manutenção do núcleo essencial do direito afetado e a autolimitação voluntária ao exercício de um direito num caso concreto, pois, uma renúncia geral de exercício é inadmissível, debe considerar-se sob reserva de revogação a todo o tempo; 6) deve-se atender ainda ao direito fundamental concreto e ao fim da renúncia", José Joaquím GOMES CANOTILHO–Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, *Reality Shows e Liberdade de Programação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 57 y ss", Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos fundamentais*, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 384 y ss, José Joaquím GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7ª, Almedina Editora, Coimbra, Luísa NETO, *op. cit.,* p. 376.

[1665] Así son estimados desde las Declaraciones de Derechos del siglo XVIII como "*Droits inaliénables*", según habla el Preámbulo de la Declaración Francesa; y, con carácter previo, la naturaleza "*unalienable rights*" de los mismos, se recoge por la *Virginia Declaration of Rights* (1776), y en la *Massachusetts Declaration of Rights* (1779).

[1666] Entre otras, la STC 2/1982, de 29 enero, dice que: "no hay derechos ilimitables", pues "todo derecho tiene sus límites, límites que en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, arranca del artículo 6 del Código Civil, donde se establece que las renuncias de los derechos solo son válidas "cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros", con lo cual, el gran límite de la renuncia de los Derechos Fundamentales vendría dado, consiguientemente, por el "ineludible respeto al orden público"[1667]. Sin embargo, prosigue el autor, nuestro Tribunal Constitucional (entre otras, las SSTC 63/1995, y 42/2000) ha dejado claro que por orden público debe entenderse "el pacífico ejercicio de los derechos fundamentales", idea que enlaza con lo dispuesto por el artículo 10.1 de la C.E. donde se afirma que los derechos inviolables inherentes a la persona se erigen en uno de los elementos constitutivos del "fundamento del orden público y de la paz social"[1668].

Si la esencia del orden público viene determinada por el pacífico ejercicio de los Derechos Fundamentales, mal va a poder considerarse al primero como límite a una eventual renuncia de los segundos, pues ello supondría obstruir el "carácter básico de los derechos fundamentales", y desleír, al mismo tiempo, tanto el "orden público sobre el que se apoya la sociedad democrática", como su propio orden jurídico; ante lo cual, evidentemente, este autor concluye afirmando: "los derechos fundamentales son irrenunciables"[1669]. Por otro lado, buena parte de la doctrina ha respaldado que estas esferas de libertad adquieren tal cualidad citando en su apoyo inveterada jurisprudencia del Tribunal

---

de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos". Más tarde, la STC 151/1997, de 29 de septiembre, admitió la ilimitabilidad de los Derechos Fundamentales en "contadas excepciones, como la del derecho a no ser sometido a tortura".

[1667] Luis María DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 137.

[1668] *Ibídem*, p. 137.

[1669] *Ibídem*, p. 137.

Constitucional que se expresa como sigue: "los derechos constitucionales son irrenunciables –proposición jurídica que es indiscutible–"[1670].

7.2.2. Diferencias de los Derechos Fundamentales con los Derechos patrimoniales (compendio sintético).

A la división entre Derechos Fundamentales y Derechos patrimoniales hace referencia con propiedad Johannes HAGER. A juicio del iuscivilista alemán, la diferencia va resultar expresiva, entre otras razones, mediante la propiedad de que los Derechos Fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, irrenunciables, intransmisibles y personalísimos; si bien, como contrapartida, los Derechos patrimoniales son derechos disponibles, negociables y alienables. Según sostiene, esa diferencia es algo tan cierto que allí donde estuviera facultada la libre disposición de los Derechos Fundamentales, los mismos resultarían degradados a la condición de Derechos patrimoniales. Es más, en línea con lo anterior, tal diferimiento se concreta en que los Derechos Fundamentales constituyen un límite no solo para los poderes públicos, sino también, y desde luego, frente al principio de autonomía de los sujetos privados[1671].

A tales efectos, se han establecido cuatro diferencias esenciales entre Derechos Fundamentales y Derechos patrimoniales:

a) los Derechos Fundamentales son derechos universales, por lo que son reconocidos a todos los titulares de igual forma, en tanto los Derechos patrimoniales son derechos singulares, porque pertenecen

[1670] STC 11/1981, de 8 abril. Y puede verse Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, "La renuncia de los Derechos Fundamentales", en *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*, edición de Philippe Frumer / Ignacio Villaverde Menéndez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp. 91-92.

[1671] Johannes HAGER, "Der Schutz der Persönlichkeit und des Privatlebens im Verfassungsrecht und im Zivilrecht", in *Ritsumeikan Law Review*, No. 31, 2014, pp. 53 y ss. Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts…, op. cit.*, p. 28.

a cada individuo de manera diversa, tanto en cualidad como en cantidad;

b) los Derechos Fundamentales son indisponibles, mientras los Derechos patrimoniales son disponibles;

c) los Derechos Fundamentales tienen su fuente exclusiva en la Constitución, mientras los Derechos patrimoniales, entretanto, poseen su fuente en actos de tipo negocial;

d) los Derechos Fundamentales son verticales, pues mantienen relaciones de carácter público, entre sujetos privados y poderes estatales, sin embargo, los Derechos patrimoniales son horizontales, pues amparan relaciones jurídicas intersubjetivas de tipo civil[1672].

De cuanto antecede se sigue que los autores precitados se suman a la posición mayoritaria de la doctrina científica que, apoyándose en la naturaleza esencialmente inalienable de los Derechos Fundamentales, esto es, en su insusceptibilidad de alienación a través de un acto de voluntad de su titular, rechazan *a limine* la posibilidad de admitir a favor de este el poder absoluto de disposición individual sobre tales Derechos. Al objeto de tal finalidad, básicamente, utilizan los siguientes argumentos:

1º) los Derechos Fundamentales son absolutos, inviolables e inalienables y, como tal, irrenunciables e indisponibles;

2º) la disponibilidad que podría venir implicada en la dimensión subjetiva de los Derechos Fundamentales, sería anulada por la necesidad de preservar la dimensión objetiva;

[1672] Luigi FERRAJOLI, "Diritti Fondamentali", en Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 31.

3º) los Derechos Fundamentales son normas de competencia negativa, y delimitan el espacio en el cual los poderes públicos dejan de poder intervenir[1673].

José Joaquím GOMES CANOTILHO y Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, plantean como matiz: los Derechos de la peronalidad pretenden, por encima de todo, constituirse como espacios de libre desenvolvimiento de la personalidad y no como una orden dada de valores homogénea e heterónoma; y sus fronteras pretenden impedir o limitar "agressões e intromissões não desejadas por parte do Estado e de terceiros e não condicionar as possibilidades de expressão realização e florescimento dos seus titulares", y con ello, pese a lo entusiasta y "florido" de las frases, tampoco por están vez nos aclaran las cosas los prestigios autores del país hermano. Y, añaden, concerniente a los Derechos, liberdades e garantias, encontramos la ideia de que los mismos se caracterizan por su "densidade subjetiva autónoma, no sentido de que cabe ao seu titular a tomada das decisões fundamentais nesse dominio"; esto de la densidad objetiva autónoma "suena" bien jurídico–libertariamente hablando, pero estamos ante el supueto anterios, y es que las cosas tampoco deberían complicarse tanto allí donde la ley de la naturaleza no distingue[1674].

7.2.3. Irrenunciabilidad a la titularidad *versus* renunciabilidad al ejercicio de los Derechos Fundamentales.

Los derechos fundamentales —tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales— son derechos universales

[1673] Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 291 y ss.

[1674] José Joaquím GOMES CANOTILHO y Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, *op. cit.*, 2003, pp. 464-465.

(*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales —del derecho de propiedad a los demás reales y también los derechos de crédito— son derechos singulares (*singuli*) [...]. Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransmisibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales —de la propiedad privada a los derechos de crédito— son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables.

Sin menospreciar los casos de renuncia de los Derechos Fundamentales en las relaciones individuo-Estado, en la esfera privada es casi irrealizable la inadmisión de algún tipo de libertad de disponibilidad de aquellos o de algunas de sus facultades ante una realidad que nos presenta situaciones múltiples y diversificadas. Así, al criticar la teoría de Luigi Ferrajoli sintetizada más arriba, concluye Mario JORI que los Derechos Fundamentales podrán, en determinadas circunstancias, ser alienados a favor de terreros, al menos parcialmente, inclusive por medio de negocios jurídicos de contenido patrimonial[1675]. Por su parte, defiende Ricardo GUASTINI que la indisponibilidad de un Derecho Fundamental solo subsiste cuando está instituida por una norma; norma distinta de aquella que determina la titularidad del Derecho y que es la encargada de regular su ejercicio[1676].

Ciertamente, la cuestión se remonta, en buena medida, a las ya analizadas construcciones teóricas respecto de la eficacia de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas *inter privatos*.

[1675] Mario JORI, "Ferrajoli sobre los derechos", en Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001. pp. 122-125.

[1676] Ricardo GUASTINI, "Tres problemas para Luigi Ferrajoli", en Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 62.

Según los mentores de la teoría de los efectos indirectos, la defensa de una eficacia directa y absoluta de los Derechos de carácter iusfundamental en las relaciones entre sujetos privados, conduce a la suposición de que esos Derechos limitan indiscriminadamente las actuaciones privadas de los individuos, frente a lo cual, estaríamos ayunos de espacio alguno al objeto de la libre disposición del haz de garantías iusfundamental a cargo de su titular. Por el contrario, prosiguen, la eficacia mediata será planteada como garantía de la autonomía privada y de la posibilidad de renuncia a los Derechos Fundamentales cuando así lo crean conveniente los particulares en sus relaciones jurídicas, lo que se presenta como una forma de desechar toda pretensión traducida en una tutela paternalista de aquellos, o mejor reflejado, a fin de impedir la eventual llegada de un "totalitarismo de los Derechos Fundamentales"[1677].

No obstante, con arreglo a lo ya visto y ha sido mantenido por sectores doctrinales divergentes, las diferentes construcciones teóricas acerca de la eficacia entre particulares de los Derechos Fundamentales, no deben ser comprendidas de forma excluyente unas de otras, sino procurando en todo instante su permanente coordinación recíproca. Por añadidura, y en ello podemos estar más de acuerdo, se venido a concluir asimismo, que los defensores de las diversas construcciones dogmáticas establecen una especie de implícito consenso acerca del siguiente aspecto: la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico privadas debe posibilitar que sea factible la coordinación del grado superior de protección de la autonomía privada, con la máxima garantía y eficacia del resto de Derechos Fundamentales.

Así consideradas las cosas, el problema de la renuncia a los Derechos Fundamentales se refiere, en última instancia, al intento de

[1677] Jesús GARCÍA TORRES-Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, p. 146.

conciliar su comprensión como derechos irrenunciables e inalienables con la necesidad de garantizar, al mismo tiempo, la facultad de los individuos de autodeterminación en el ejercicio de sus Derechos. Y también, cómo no, de su autonomía privada, incluido en muy destacada primera posición el Derecho al libre desarrollo de la personalidad, aunque deba admitirse que a nuestra jurisprudencia constitucional le falte aún dar el paso de extraer esta conclusión a partir del artículo 10.1 de la *Norma Normarum*.

7.2.4. Las pretensiones de renuncia a la titularidad y su vía de salida: la renuncia al ejercicio de los Derechos Fundamentales.

La solución a la problemática de las renuncias iusfundamentales, ha pretendido encontrarse por medio del establecimiento de postulados matizados, a través de la realización de algunas distinciones. Así, por ejemplo, Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ se refiere a la distinción entre la renuncia general a un Derecho, la cual sería en todo momento inadmisible, y la renuncia a ejercer en un caso concreto las facultades otorgadas por un determinado Derecho Fundamental, lo que finalmente estima de aceptación[1678]. La distinción se halla próxima, consideramos, a aquella que separa entre renuncia a la titularidad de un Derecho Fundamental y renuncia al ejercicio de ese mismo Derecho, o bien renuncia a algunas de las facultades que integran su contenido material objetivo.

La posibilidad dogmática de establecer la diferenciación entre titularidad y capacidad de ejercicio de los Derechos Fundamentales parece posible realizarse tanto desde la vertiente conceptual como en el plano de la praxis[1679], ya que una cosa es disponer de la titularidad de

[1678] Luis María DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, pp. 137-138.

[1679] La distinción entre titularidad y ejercicio de facultades iusfundamentales, es aceptada tácitamente por la STC 197/1991, de 17 de octubre, al considerar a los

una posición jurídica de Derecho Fundamental, y otra completamente distinta es detentar la capacidad, fáctica o jurídica, de invocar concretamente esa posición en el ejercicio de las facultades o poderes que integran el contenido del ámbito de protección iusfundamental[1680]. Y ello a sabiendas que la cuestión de la titularidad de los Derechos Fundamentales y la relación con su propio ejercicio no puede quedar resuelta genéricamente por relación a todos ellos, sino trabajando Derecho por Derecho de manera individualizada[1681]. Dicho en términos sintéticos, con excepción del derecho a la vida, respecto del cual es imposible disociar entre titularidad y ejercicio, referido al resto de los Derechos Fundamentales, la titularidad es "el *sine qua non* del ejercicio", mientras el ejercicio es "el para qué de la titularidad"[1682].

menores de edad titulares de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, a pesar de que no puedan ejercitarlos por sí mismos. Y, previamente, la STC 64/1988, de 12 de abril, había declarado que el "problema de la capacidad de los derechos fundamentales es de difícil planteamiento y de difícil solución (...) Es indiscutible que, en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los mismos poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquellos. Se deduce así, sin especial dificultad, del art. 10 CE, que, en su apartado 1, vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad y, en el apartado 2, los conecta con los llamados derechos humanos". Para la cuestión, remitimos a Benito ALÁEZ CORRAL, "Los sujetos de los derechos fundamentales", en *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, edición de Francisco J. Bastida Freijedo y otros, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pp. 85-87. La distinción ha tenido acogida en el Derecho positivo a través de la Ley Orgánica 8/2000.

[1680] Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos...", *loc. cit.* en *op. cit.* p. 283. Insiste en la necesidad de delimitar bien el ámbito protegido Martin BORORSKI, esto es, le preocupa altamente aclarar la distinción entre dominio protegido (*Schutzbereich*) y dominio garantizado (*effektiver Garantiebereich*), o ámbito del Derecho dentro del cual la afectación legislativa es constitucionalmente ilegítima y, consubstancial a la misma, la violación de ese Derecho Fundamental, *La estructura de los Derechos..., op. cit.*, 2003.

[1681] STC 19/1993, de 18 de enero.

[1682] Javier PÉREZ ROYO, *Manual de Derecho Constitucional*. Edición revisada y puesta al día por Manuel CARRASCO DURÁN, 15ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 2015. p. 242.

De este modo, renunciar a la titularidad de una posición jurídica tutelada por una norma iusfundamental implicaría la renuncia total e irrevocable a la capacidad jurídica de ejercicio de las facultades o poderes derivados de esa posición por todo el tiempo previsto en la declaración de renuncia, lo cual, como insistiremos, no es jurídicamente atendible. De otro lado, los actos de renuncia, por lo referido al ejercicio de un Derecho Fundamental, tanto si son "puros comportamientos materiales", como si se trata estrictamente de "actos jurídicos", nunca tienen carácter definitivo, vale decir, son en todo momento revocables[1683]. Y a la misma conclusión se llega al sostenerse que resulta jurídicamente imposible la disposición de manera "definitiva e irrevocable del derecho mismo", mientras que sí se revela factible, por el contrario, la renuncia "al ejercicio de un derecho fundamental siempre que sea temporal y revocable"[1684]. En efecto, al no producirse la extinción del Derecho concernido, sino el "compromiso de no ejercitarlo", lo "que entraña una pura obligación"[1685], continúa el sujeto en la titularidad de la posición jurídica, y puede, en todo instante, interesar la revocación de la declaración de renuncia a fin de acogerse de nuevo a las prerrogativas que el Derecho le otorga.

Está constitucionalmente prohibida una renuncia a la titularidad de los Derechos Fundamentales por quien la ostenta, valiendo para este supuesto el postulado según el cual tales Derechos son irrenunciables, obviamente indisponibles, amén de atributivos de poderes jurídicos subjetivos a sus titulares en cuanto normas reguladoras de facultades de

[1683] Luis María DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 139, pues, de lo contrario, continúa argumentando el autor, se estaría permitiendo que "el ordenamiento diera por bueno que las personas se desarmaran de aquellas facultades y garantías que él mismo considera básicas", *ibídem*, p. 139.

[1684] Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, "La renuncia de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.* p. 92.

[1685] STC 11/1981, de 8 de abril.

disposición a "título adquisitivo que resulta ser *ex constitutione*"[1686]. Y, en el mismo sentido, Giorgio LOMBARDI lo formularía en los siguientes términos: "*è evidente che i dirritti fondamentali sono espressi in norme comunemente ritenute imperative e irrinunciabili*"[1687].

Por el contrario, la renuncia como acto de voluntad unilateral encaminado a rechazar el ejercicio de un específico Derecho Fundamental o de determinadas posiciones jurídicas protegidas por el mismo, ha de ser admitida siempre que sean observados ciertos límites y requisitos[1688], aunque también existan Derechos Fundamentales que no admiten renuncia de ningún tipo debido a "la envergadura de la lesión" derivada de su ausencia de ejercicio, caso, *ad exemplum*, del derecho a la vida, a la integridad física o a la libertad personal[1689]. Wolfgang ZÖLLNER lo ha justificado desde una posición parcialmente diferente, una vez llega a afirmar que la posibilidad de contraer obligaciones especialmente gravosas para el titular de la posición jurídica iusfundamental se deriva del propio derecho al libre desarrollo de la personalidad, e implica, por lo tanto, la posibilidad de renunciar al ejercicio de determinados Derechos Fundamentales; ahora bien, asimismo matiza, que, en los supuestos en los cuales esa renuncia no sea libre deberá aplicarse una solución distinta[1690]. En el mismo sentido, considera Ingo Wolfgang SARLET que los Derechos Fundamentales, en cuanto no son absolutos, están, por lo general, sujetos a restricciones, así como al propio reconocimiento de una esfera de disponibilidad, con lo cual, en esta línea de comprensión, se

[1686] Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, "La renuncia de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 103.

[1687] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, I, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1970, p. 100.

[1688] Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 283.

[1689] Luis María DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 140.

[1690] Wolfgang ZÖLLNER, *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat*, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 1996, p. 37.

podrá admitir al mismo tiempo "un cierto grado de renunciabilidad" que entendemos, del contexto, se refiere también al ejercicio[1691].

Y esto último es posible (la renuncia al ejercicio) porque, a partir de la premisa de la titularidad irrenunciable del Derecho Fundamental, resulta factible derivar, precisamente de ahí, el poder de disposición del titular acerca de sí, cuándo, cómo y dónde ejercerá cualquiera de las posibilidades de acción protegidas por el Derecho, pues la Constitución debe ser interpretada en el sentido de fundamentar "la libertad como regla de las relaciones entre individuos libres e iguales"[1692]. En consecuencia, en virtud del principio de autonomía privada, así como del principio de autodeterminación individual derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que integran y moldean a todos y cada uno de los Derechos Fundamentales, surge la facultad de disposición del titular respecto del ejercicio de determinadas posiciones jurídicas de esta naturaleza. Por ello, resulta lícita la renuncia efectuada por el propio titular al ejercicio de su poder de autodeterminación, en uso de su libertad negocial y de sus derechos e intereses legítimos[1693], si de ese modo esperase lograr mayores beneficios de los que alcanzaría de optar por el ejercicio del Derecho afectado, y siempre que concurriesen los presupuestos para la presencia de "la autonomía privada y la libertad contractual" a fin de que puedan llegar a "desarrollar su eficacia como norma de libertad propiamente"[1694].

[1691] Ingo Wolfgang SARLET, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, p. 150.

[1692] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.* p. 258.

[1693] *Ibídem*, p. 258.

[1694] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, edición de Karl–August Bettermann / Hans–Carl Nipperdey, Band. IV, *Grundrechte und institutionelle Garantien*) 2. Halbband, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1962, p. 754.

Ahora bien, debe insistirse en que es admisible para el individuo la renuncia al ejercicio de un Derecho Fundamental, únicamente de manifestarse "entre las partes una situación de igualdad de hecho y de derecho, de tal modo que la acción sobre su propia esfera de derechos fundamentales sea también realmente libre". No obstante lo anterior, cuando el individuo se encuentre frente a poderes sociales de dominio, resultará inadmisible la renuncia apelando a la libertad contractual, por la sencilla razón de que esta libertad no puede existir, y, por ende, tampoco puede evidenciarse una autonomía real[1695].

Así las cosas, la renuncia constituye asimismo una modalidad de ejercicio del Derecho Fundamental. Porque, de un lado, la realización de un Derecho de esta naturaleza, en cierto sentido, comporta la facultad de disponer del mismo -incluso a efectos de su limitación- por ser esta una expresión genuina del principio de autodeterminación derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Y porque, de otra parte, por medio de la renuncia, el individuo prosigue en la realización de fines e intereses legítimos, considerados en el caso concreto más relevantes que los realizables a través del ejercicio positivo del Derecho Fundamental al que se renuncia[1696]; casos, el de la renuncia y, con carácter general, el de la auto–restricción, en los que más lejos se puede ir a fin de garantizar la libertad negocial[1697].

Para expresarlo con nuestro Tribunal Constitucional, la irrenunciabilidad de los Derechos Fundamentales no resulta impeditiva

[1695] Claus–Wilhelm CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht…*, *op. cit.*, p. 27.

[1696] Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 287. Sin embargo, Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ no encuentra fundamento constitucional en que apoyar "la validez y la eficacia" para que la renuncia al ejercicio persiga "un mayor beneficio o ventaja para el titular del derecho", por lo que entiende "irrelevante la razón por la que lo hace", "La renuncia de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 115; si bien admite que la renuncia al ejercicio de un Derecho Fundamental de naturaleza prestacional no se puede hacer en perjuicio de su titular.

[1697] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 258.

al objeto de que pueda "reputarse constitucionalmente legítima la renuncia a su ejercicio cuando ello redunde en beneficio del interesado". Y en el mismo sentido, desde *Doménico Scarlatti* se reitera que "no impide tampoco la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pro de unos beneficios cuyo eventual logro es, para el interesado, más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio"[1698].

Aunque la inmensa mayoría de los autores han defendido con especial convicción la irrelevancia jurídica de una renuncia de Derechos Fundamentales (de su ejercicio) que no contenga una limitación temporal[1699]. Sin embargo, según, Albert BLECKMANN considera, desde alambicadas interpretaciones del ordenamiento jurídico se pretende consagrar la libertad de la renuncia como una "situación duradera"; pero, como bien argumenta, en la renuncia es necesario respetar el núcleo esencial del Derecho Fundamental concernido, exigiendo que se mantenga una significativa posibilidad de su desarrollo futuro, lo cual equivale a la irrenunciabilidad por parte del individuo respecto de un Derecho Fundamental o de una parte del mismo para siempre y ante todos, y de esa suerte el autor considera la renuncia a un Derecho Fundamental será, sobre todo, para un ámbito parcial y relativo a una persona determinada[1700].

7.2.5. Presupuestos jurídicos exigibles para la validez de la renuncia al ejercicio de Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas

[1698] STC 65/2009, de 9 de marzo.

[1699] Clásico en este sentido Günter DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 81, 1956, p. 153.

[1700] Albert BLECKMANN, "Probleme des Grundrechtsverzichts", en *Juristen Zeitung*, Jahrgang 43, Heft. 2, 1988, p. 59.

7.2.5.1. El presupuesto inexcusable de que la renuncia se haga por el titular del Derecho Fundamental.

De conformidad a lo visto en los párrafos previos, la regla viene dada por el principio de indisponibilidad tocante a la titularidad de los Derechos Fundamentales y, solo como excepción, cumplidos ciertos presupuestos, aparece abierta la facultad de renunciar al ejercicio de los mismos. De este modo, se concilia el principio de inalienabilidad de los Derechos Fundamentales con la facultad de la renuncia a su ejercicio en algunos supuestos y bajo determinadas condiciones. Por consiguiente, es preciso definir los presupuestos de admisibilidad y validez de una renuncia al ejercicio de determinados Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas privadas.

En primer término, es inexcusable exigencia que quien renuncie sea el propio titular del Derecho Fundamental, y la titularidad conforme venimos considerando no es disponible. Efectivamente, quien no posee la titularidad, por lógica consecuencia, carece del poder de disposición de ejercicio respecto de las pretensiones, facultades o poderes, derivadas del Derecho: un Derecho Fundamental es el apoderamiento jurídico "puesto a disposición de su titular por la Constitución (disponible para su titular)"[1701]. Por lo tanto, pender el ejercicio de un Derecho Fundamental de condiciones o presupuestos en relación a los cuales el titular del Derecho carece de influencia alguna, sería frontalmente contrario al principio de Dignidad humana[1702].

7.2.5.2. Carácter voluntario de la renuncia.

[1701] Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, "La renuncia de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 100.

[1702] Günter DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 136-137.

En un segundo momento, es preciso poner de manifiesto el carácter esencialmente voluntario que debe asumir la declaración de renuncia, constituyendo, al lado del requisito de la titularidad, una condición "imprescindible" en orden a la "admisibilidad de la propia existencia de la renuncia, pues únicamente a partir de ese presupuesto esta puede ser considerada una manifestación de ejercicio del Derecho fundamental"[1703]. Lo antecedente significa que cuando es acuerdada con terceros la renuncia transitoria al ejercicio de un Derecho Fundamental, queda excluida la posibilidad de sujeción del pacto a "forma alguna de coacción directa o indirecta"[1704], violenta o no violenta, a cargo de otros sujetos privados.

Las condiciones de validez jurídica de la disposición limitadora del ejercicio de Derechos Fundamentales, deben respetar la garantía de autenticidad de la manifestación de voluntad del titular que aboca a la restricción, por cuanto "la renuncia, el acuerdo, o el consentimiento autorizante o aquiescente solo pueden admitirse como fundamento legítimo de una autolimitación de los derechos fundamentales si fueran producto inequívoco de una voluntad libre y esclarecida"[1705]. En este sentido, según el Tribunal Constitucional español alude, "la irrenunciabilidad de tales derechos (fundamentales) no impide tampoco la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio"[1706]. Y así, al objeto de mayor esclarecimiento, pues para la doctrina científica debe ser comparada la similitud de la declaración de renuncia al ejercicio de Derechos Fundamentales con los actos de manifestación de voluntad en el ámbito de los negocios jurídicos de Derecho Privado, esto es, deben ser

[1703] Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 304.

[1704] Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, "La renuncia de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 114-115.

[1705] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 323.

[1706] STC 65/2009, de 9 de marzo.

aplicadas las reglas desarrolladas por la dogmática iusprivatista en el estudio de los actos y hechos jurídico–privados.

7.2.5.3. Exigencia de hacer la renuncia de modo expreso.

La renuncia ha de llevarse a cabo a través de un acto inequívoco de manifestación de voluntad a cargo de su titular. Por lo tanto, son inválidas las formas de manifestación del consentimiento tácitas, en el bien entendido sentido que "toda renuncia de derechos de ser explícita, clara, terminante e inequívoca", no siendo "lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar"[1707], corolario de la protección a dispensar por la buena fe.

Por consiguiente, la renuncia debe ser expresa o deducida de una conducta inequívoca, pues es constitutiva de la "manifestación de la voluntad abdicativa lo que parece determinante en la idea de la renuncia", pero tal noción no debe llevarse al extremo, porque "el mero hecho de no ejercer un derecho o una libertad de los cuales se es titular no supone su renuncia a ellos"[1708].

7.2.5.4. Carácter indemne del acto de renuncia: libertad real del titular del Derecho en el momento de la renuncia a su ejercicio.

Adicionalmente, el acto de renuncia debe ser totalmente incólume, vale decir, hallarse libre de los denominados vicios del consentimiento, tales como el error, el dolo, la coacción, el fraude, la simulación o la lesión. De este modo, resulta obligado la comprobación de la ausencia de coacción, sea física o moral, o incluso económica, fundamentalmente

[1707] STC 65/2009, de 9 de marzo.

[1708] Philippe FRUMER, "Variaciones en el tema de la renuncia a…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 15.

para los casos en los que resulta observable una situación de vulnerabilidad de una parte, no pudiéndose en ese trámite admitir consentimientos meramente tolerantes. Prosiguiendo con esta forma de comprensión, la manifestación de voluntad debe ser esclarecida, basándose en el conocimiento específico de las consecuencias derivadas de la limitación. En ese aspecto particular valen los argumentos esgrimidos para aludir al criterio del predominio del poder social de una de las partes.

Como consecuencia de lo manifestado, las renuncias al ejercicio de Derechos Fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, en principio, serán inadmisibles si son materializadas en una relación asimétrica de poder, situaciones para las cuales es presumible la inexistencia de una declaración desprovista de vicios, al ser precisamente el escenario de la paridad contractual el presupuesto indispensable para la aplicación del principio de autonomía privada. Por lo tanto, *a contrario*, la renuncia será solo admisible para aquellos supuestos en que se manifieste entre las partes una situación de igualdad de hecho y de derecho, de tal modo que la acción del individuo sobre su propia esfera de Derechos Fundamentales también sea realmente libre. Circunstancia que no se hace patente cuando el individuo se halla frente a poderes privados de dominación, en cuya hipótesis no deberá admitirse la restricción de un Derecho Fundamental en nombre de la libertad contractual. Y ello, debido a razones de su manifiesta anulación[1709], desde el momento en el cual por una de las partes se detenta un inequívoco poder de supremacía objetivamente determinable a analizar en términos casuísticos[1710]. Por consiguiente, ante supuestos de ausencia de paridad contractual que no pueda ser contrarrestada por la

[1709] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und Privatrecht", en *Festschrift für Erich Molitor zum 75 Geburtstag 3. Oktober 1961*, edición de Hans–Carl Nipperdey, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1962, p. 27.

[1710] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais..., op. cit.*, p. 64.

ley del contrato, el deber de protección incumbente a los poderes públicos se llevará a cabo principalmente por el Legislador, encargado de producir normas mediante las que se arbitren soluciones a efectos de equilibrar de modo proporcionado los bienes jurídicos colisionados, aunque con ello se produzca una injerencia en la libertad contractual.

Congruente con lo antecedente, el Legislador se dice cumple con su "deber de protección frente al contratante que se encuentra típicamente en una situación de inferioridad cuando, por medio del ordenamiento jurídico-privado, rechaza reconocer aquellos pactos contractuales que crean obligaciones inaceptables para la parte más débil por la limitación de la libertad que suponen"[1711]. Sin perjuicio, eso sí, de que la parte perjudicada haya consentido libre y conscientemente en obligarse, pues al aceptar compromisos inasumibles se estaría vulnerando el principio (Derecho) al libre desarrollo de la personalidad, y ello hace que los Derechos Fundamentales prevalezcan por encima de lo pactado entre los contratantes. En sentido divergente, el pacto será plenamente válido si concurren los requisitos para que operen una auténtica autonomía privada y la correspondiente libertad contractual, encargadas de desarrollar propiamente su eficacia como normas de libertad sometidas al orden de valores constitucionales[1712]. Un régimen de libertad, en el que las partes del contrato "pueden obligarse, en principio, a realizar cualquier acción u omisión y hacer depender el principio o el fin de una obligación de un plazo o de una condición"[1713].

En línea con lo apuntado, la libertad contractual constituye uno de los fundamentos del Derecho Privado cuyo objeto son los individuos, y

---

[1711] Christian HILLGRUBER, "Grundrechtsschutz im…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 76.

[1712] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der Persönlichkeit", en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, edición de Karl–August Bettermann / Hans–Carl Nipperdey, Band. IV (*Grundrechte und institutionelle Garantien*) 2. Halbband, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1962, p. 754.

[1713] *Ibídem*, p. 754.

protegidos estos "por la dignidad del prójimo, fundamento de todo nuestro ordenamiento jurídico, son capaces de regular de forma autónoma sus relaciones jurídicas sobre la base de la libertad y de la igualdad"[1714]. La declaración de voluntad únicamente resultará válida, en orden a la renuncia, de ser incuestionable la libertad efectiva de quien abandona temporalmente el ejercicio de su Derecho Fundamental, y ello constituye criterio decisivo "conscientemente y voluntariamente, en una situación en que quien renuncia está en condiciones de valorar todas las consecuencias de su decisión, y decide, tanto como es posible, libre de constreñimientos, amenazas o coacciones". Y "más aún, cuando las partes de la relación jurídica se encuentran en una situación de poder negocial equilibrado, en el que, en el fondo, la renuncia a una posición jurídica de Derecho Fundamental signifique un ejercicio autónomo de libertad y no un mero disfraz de una restricción heterónoma no admisible"[1715].

El respeto de la autonomía privada, trasunto del libre desarrollo de la personalidad, es insuficiente para justificar la validez de cualquier cláusula contractual[1716], y, en consecuencia, resulta inválido el "el consentimiento del afectado" a fin de excluir la inconstitucionalidad "de la autorregulación privada"[1717]. También, para los defensores de la eficacia mediata, la restricción o renuncia al ejercicio de los Derechos Fundamentales debe considerarse nula si el "mecanismo contractual que garantiza la justicia (*volenti non fit iniuria*) del contenido de los contratos no funciona correctamente", esto es, si el titular del Derecho careció de libertad para actuar, o si la "limitación del derecho contenida en el

[1714] *Ibídem*, p. 754

[1715] Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 304.

[1716] BVerfGE 81, 242 (254).

[1717] Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 94.

contrato no está amparada por la libertad contractual, por lo que en estos casos no solo está justificada la intervención de los poderes públicos, sino que, en la medida conforme a la cual se vea afectado un derecho constitucional de la parte que no ha podido actuar libremente existe por parte de los poderes públicos un deber de intervenir"[1718]. Básicamente, atendiendo con carácter fundamental a una doble circunstancia: a) al tipo de Derecho Fundamental a tutelar (su relevancia); b) y a la estructura del poder de supremacía privada en relación con el cual ha de operar la garantía.

La protección constitucional de que se trate encuentra a un tiempo su fundamento y sus límites, sea respecto de la extensión, sea acerca de la intensidad de la garantía[1719]. Justamente, toda vez el principio de autonomía privada halla su razón de ser únicamente "en el reconocimiento de la autodeterminación (*Selbstbestimmug*) en cuanto valor, la autonomía privada como principio jurídico únicamente se podrá realizar cuando exista el poder real de llevar a cabo esa autodeterminación". Y, como consecuencia, la autonomía privada "exige autonomía", es decir, "equilibrio entre las partes; por lo tanto, donde hay desequilibrio no existe autonomía privada"[1720]. De este modo, si no perseguirse desvirtuar la esencia de los Derechos Fundamentales, privándoles de su contenido de libertad, es obligado reconocer a los titulares de los mismos el poder de limitar libremente el ejercicio de esos Derechos en las relaciones jurídico-privadas, aspecto que no ha sido postulado por defensor alguno de la tesis de la eficacia inmediata[1721].

[1718] Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Autonomía privada y derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 96-97.

[1719] Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti…, op. cit.*, p. 145.

[1720] Werner FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band, *Das Rechtsgeschäft*, 3ª ed., Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1989, pp. 10 y ss.

[1721] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.* p. 27.

Con todo, como hemos dicho, la facultad de disposición es únicamente aceptable cuando ambas partes se encuentran en el mismo plano de hecho y de Derecho, esto es, en una situación de igualdad sustancial, pues de lo contrario la parte más débil actuará sin autonomía plena –reducida en su caso a mera libertad formal– y quedará condicionada por la otra, detentadora de poder social[1722]. Persiguiéndose de este modo, obviamente, el reforzamiento del principio de autonomía privada y, con ello, el de la libertad contractual real, incluso frente a los poderes sociales y a las posiciones fácticas de poder de los propios ciudadanos[1723]. De hecho, para los postuladores de la eficacia directa no es suficiente el mero consentimiento formal expresivo de la voluntad de las partes, a efectos de poder considerar que estas limitan de forma aceptable su libertad. En cambio, para quienes defienden eficacia mediata, si las partes han consentido esas limitaciones en el ejercicio de su voluntad autónoma, la libertad de las mismas queda siempre garantizada. Libertad contractual que sería en este último caso de carácter meramente formal y colocada de espaldas a la realidad social, pues colocaría a la parte más débil en una situación de clara dependencia, contraviniendo las ideas fundamentales de la Constitución y el principio del Estado Social que es aquí, según consideran algunos autores, donde desarrolla uno de sus principales significados[1724].

Referido a Claus–Wilhelm CANARIS, parte de la distinción entre libertad de decisión jurídica o formal y libertad de decisión fáctica o material, y mantiene que se ha producido una materialización de la libertad de contratación reforzando la libertad de mayor decisión real, favorecida por la estrecha relación existente entre justicia contractual formal y justicia contractual material, y precisamente solo desde el

[1722] Hans–Carl NIPPERDEY, "Grundrechte und…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 19 y ss.

[1723] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 756.

[1724] Hans–Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 753.

momento en que las decisiones de los contratantes son libres atendiendo a un punto de vista no solo legal sino también real, puede desarrollar toda su fuerza persuasiva la clásica máxima *volenti non fit iniuri*a"[1725]. De idéntica manera, para aquellos supuestos en los que se detecte posición de monopolio, una renuncia solo es voluntaria y, en cuanto tal, constitucionalmente lícita, si el particular tiene a su disposición "alternativas reales de comportamiento, pues solo entonces su autovinculación puede significar una emanación de autonomía individual"[1726]. Por ello, los Derechos Fundamentales en el intento de proteger a la parte vulnerable de la relación jurídica privada, ejercerán una vinculación más intensa, debiendo ser reputados como irrenunciables.

7.2.5.5. El requisito de la limitación temporal de la renuncia.

7.2.5.5.1. La limitación temporal en sentido propio.

Carácter indispensable adquiere el hecho de que las renuncias estén sujetas a límite temporal, en cuanto una autolimitación de naturaleza iusfundamental desprovista de términos finales se correspondería con una renuncia a la propia titularidad del Derecho, lo cual, como ya hemos expresado, es constitucionalmente inadmisible. De

[1725] Claus–Wilhelm CANARIS, "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 200, 2000, Heft. 3/4, 2000, pp. 285-286.

[1726] Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos…", *loc. cit.* en *op. cit.* p. 304. Joaquim DE SOUSA RIBEIRO, "Constitucionalização do Direito Civil", en *Boletim da Facultade de Direito*, Vol. LXXIV, 1998, p. 750; José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 320. En los casos de renuncia, uno de los presupuestos exigidos es la declaración de voluntad, que solo puede admitirse si fuera producto de una voluntad libre, esclarecida, exenta de error e inequívoca, Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos…, *op. cit.*, pp. 303-304. No obstante, en estos casos, la renuncia tiene que ser una elección consciente, permisiva de la persecución de fines personales y, a los ojos del interesado, que venga a traer alguna ventaja para el mismo, *ibídem.*, pp. 305-306.

idéntico modo, todo titular que renuncie al ejercicio de un Derecho Fundamental o de una posición jurídica amparada por él, tiene la facultad de revocar en cualquier momento la renuncia realizada a través de un acto unilateral de voluntad, carácter transitorio que ha destacado nuestra jurisprudencia constitucional en alguna oportunidad[1727]. Es preciso tener en cuenta a efectos de estas hipótesis, que durante el período de vigencia establecido, la renuncia es vinculante para el titular del Derecho Fundamental, ante lo cual, una eventual revocación previa de la misma debe dar lugar al deber de indemnizar los perjuicios causados[1728].

Tal como se ha apuntado, la renuncia al ejercicio de Derechos Fundamentales tendrá en todos los supuestos carácter condicional y limitado. Así, en el actual momento constitucional histórico-concreto, ha de considerarse ultrapasada la visión liberal, y por consiguiente, la libertad emerge siempre vinculada "a la solidaridad cívica y a una ética de responsabilidad comunitaria, en la que los Derechos fundamentales tienen una doble dimensión, subjetiva y objetiva". De ahí que se perciba "que el primado de la libertad y el correspondiente principio de la disponibilidad de los Derechos fundamentales dependan de algunas condiciones y estén sujetos a determinados límites"[1729]. Ergo, propiamente, se está ante limitaciones del ejercicio de Derechos Fundamentales cuya validez va a depender "de que esa limitación cumpla con las condiciones constitucionales para la imposición de límites a los derechos"[1730]. Opera el denominado por el Tribunal Constitucional

[1727] Así, por ejemplo, la STC 65/2009, de 9 de marzo.

[1728] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais..., op. cit.*, p. 332.

[1729] *Ibídem*, p. 322.

[1730] Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, "La renuncia de los Derechos...", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 109, y cita al efecto los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español en las SSTC 27/1981, de 20 de junio; 51/2003, de 17 de marzo y 65/2009, de 9 de marzo, *ibídem*, p. 110.

español "régimen de concurrencia normativa, no de exclusión", en el sentido de que las normas reguladoras del Derecho Fundamental, así como las encargadas de establecer "límites a su ejercicio, vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente"; toda vez, en el sentido declarado jurisprudencialmente para bastantes ocasiones "es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las personas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto estas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social»"[1731]. Pues bien, a resultas de esa interacción, la fuerza expansiva de los Derechos Fundamentales, restringe por su parte el alcance de las normas limitadoras actuantes sobre los mismos, de ahí la obligación de que los límites a imponer a los "derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos (STC 159/1986, entre otras)"[1732].

Considerando opera el denominado por el Tribunal Constitucional español "régimen de concurrencia normativa, no de exclusión", en el sentido de que las normas reguladoras del Derecho Fundamental, así como las encargadas de establecer "límites a su ejercicio, vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente"; toda vez "es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las personas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos

[1731] Por todas, STC 254/1988, de 21 de diciembre.

[1732] Por todas, STC 254/1988, de 21 de diciembre.

principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social»"[1733]. Pues bien, a resultas de esa interacción, la fuerza expansiva de los Derechos Fundamentales, restringe, el alcance de las normas limitadoras actuantes sobre los mismos, de ahí la obligación de que los límites susceptibles de imponer a los Derechos Fundamentales sean "interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos"[1734] .

7.2.5.5.2. El surgimiento del deber de indemnizar en los supuestos de incumplimiento del plazo por avocación del ejercicio del Derecho.

Recuerda asimismo la literatura jurídica, y pone naturalmente especial énfasis en la regla de la indemnización con motivo de "los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas", que se encuentra expresamente recogida en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen, de 5 de mayo de 1992, referida a "la revocación del consentimiento a intromisiones en la intimidad o la utilización de la propia imagen (STC 117/1994)". Una obligación que, con buen criterio, se estima doctrinalmente "generalizable" para los demás Derechos Fundamentales, alcanzando el deber de indemnizar tanto si la

[1733] Por todas, STC 254/1988, de 21 de diciembre.

[1734] Por todas, STC 254/1988, de 21 de diciembre.

responsabilidad es de naturaleza contractual (será el supuesto ordinario) como si la revocación origina daños extracontractuales[1735].

Ahora bien, de conformidad a lo dicho, el Tribunal Constitucional ha precisado que la revocación del consentimiento contractual a una renuncia de ejercicio, no poseía efectos retroactivos, careciendo de capacidad para invalidar consentimientos previos formulados con anterioridad a la recuperación del ejercicio pleno del Derecho Fundamental, pues "debe afirmarse que también, en tales casos, el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. Mas en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la L.O. 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio"[1736].

7.2.5.5.3. El genérico deber de sometimiento a otros principios y disposiciones constitucionales.

Además de lo previamente resumido, la validez de la renuncia al ejercicio de Derechos Fundamentales estará en estrecha dependencia de su conformidad material a otros principios y disposiciones constitucionales. Emerge en este punto el problema de los límites que el ordenamiento constitucional puede lícitamente establecer tanto a la autolimitación como al ejercicio de los Derechos Fundamentales, en función de los valores superiores de la comunidad[1737], pues la invocación

[1735] Luis María DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de Derechos…, op. cit.*, p. 139. Y de igual modo, para Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ este "puede ser el canon a emplear con carácter general", "La renuncia de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 139.

[1736] STC 117/1994, de 25 de abril.

[1737] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 333.

del "derecho de autodeterminación no libera de la obligación de respetar los valores constitucionalmente protegidos"[1738].

Resultan de obligada consideración los límites inmanentes derivados del contenido esencial de los preceptos constitucionales que establecen Derechos Fundamentales (dada su proyección directa e inalienable de la Dignidad humana) y, de modo significativo, el principio de libertad individual, los derechos de la personalidad y la afirmación inmediata de valores comunitarios básicos[1739]. Mas advirtiendo, eso sí, que "no unos pocos, sino todos los derechos fundamentales están conectados con la dignidad humana", si bien realmente haya "unos derechos más conectados inmediatamente con la dignidad de la persona", en tanto que en otros "esa conexión no es directamente inmediata"[1740].

Quizá por ello reclame nuestro Tribunal Constitucional que la renuncia deberá ser expresa, y formulada mediante términos inequívocos, pues frente a lo deseado, "podrían legitimarse, a través de ella, situaciones contrarias a la dignidad humana"[1741]. E importa ahora subrayar, cómo a partir del artículo 10.1 de la C.E. de la expresión del orden público constitucional puede extraerse una doble consecuencia. De una parte, este precepto operaría como un límite al poder de disposición

[1738] Ernst BENDA, "Dignidad humana y Derechos de la personalidad", en *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Editoriales Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 144.

[1739] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais..., op. cit.*, pp. 239 y 333.

[1740] Manuel ARAGÓN REYES, "Encuesta sobre la Ley de extranjería y la Constitución", en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 11 y ss. De forma similar, estima Francisco FERNÁNDEZ SEGADO que todos los Derechos Constitucionales son inherentes a la Dignidad humana, inherencia extensible a los principios rectores de la política social y económica, si bien, propone "establecer una serie de graduaciones", *Estudios jurídico-constitucionales*, Editorial UNAM, México, 2003, pp. 30 y ss.

[1741] STC 65/2009, de 9 de marzo.

o renuncia al ejercicio de los Derechos Fundamentales, y, de otra, constituiría el fundamento de la intervención del poder público "en la salvaguardia de los derechos fundamentales del renunciante en contra de su propia voluntad de renunciar a su disfrute"[1742].

Consiguientemente, es inadmisible que en la vida social privada las personas puedan o admitieran ser tratadas como si no fueran seres humanos, esto es, degradadas a la condición de objeto de la acción del Estado, a su valor de cambio, pues tal cosa implicaría la negación del presupuesto antropológico que otorga fundamento a la propia idea de los Derechos Fundamentales y el no reconocimiento del individuo como persona dotada de capacidad de autotutela. Por ello, la Dignidad humana en cuanto contenido esencial absoluto del Derecho, nunca puede ser afectada, pues es la garantía mínima que debe extraerse de la Constitución[1743], y estaría prohibida toda lesión de la Dignidad humana por alguno de los Derechos Fundamentales derivados de la misma, a tenor del alcance objetivo atribuido al valor que a esta le corresponde y a la que el Estado se encuentra obligado a proteger activamente[1744], prestando atención desde el punto de vista de su contenido a los condicionamientos histórico temporales[1745]. Además, de la conexión sistemática y sustancial entre los artículos 9.2 y 10.1 del texto constitucional, se extrae por sectores doctrinales aval suficiente para el recurso a la dimensión objetiva de las normas iusfundamentales, al objeto de "justificar constitucionalmente la imposición de límites a la renuncia o disposición" esas normas. Constituyendo el orden público mencionado por el artículo 6.2 del Código Civil el límite para los

[1742] Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, "La renuncia de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 126-127.

[1743] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 258.

[1744] Günter DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 118 y ss.

[1745] BVerfGE 45, 187, (229).

supuestos de renuncia al ejercicio iusfundamental a modo de "garantía de la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona que se precisa en la dimensión objetiva de cada derecho y en el deber positivo de su protección a cargo de los poderes públicos"[1746], y de esta forma va a lograrse permanezca garantizada para cada ciudadano "la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida"[1747].

De hecho, la fórmula alemana de la intangibilidad de la Dignidad de la persona se ha concretado desde el punto de vista sustancial en el "mínimo irrenunciable de cada derecho fundamental sobre el que se proyecta, a modo de núcleo intangible, frente a todo poder público incluido el de reforma constitucional"[1748]. Y fuera de los límites constitucionales inmanentes, por lo que atañe a las restantes premisas recogidas por "el art. 19 LFB, el TCF no ha hecho uso de la figura del contenido esencial de los derechos, siendo la dignidad humana la que ha establecido en realidad un núcleo intocable", habiendo llevado a cabo, de otra parte, "una interpretación amplia de los conceptos básicos que definen el ámbito normativo de los diferentes derechos"[1749].

La dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales, por añadidura, posee un poder de carácter "invalidante de la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales", y garantiza, por el contrario, el ejercicio de los Derechos a su titular en determinados supuestos, como son los casos de las alimentaciones forzosas de reclusos en huelga de hambre (STC 137/1990, de 19 de julio); de las intervenciones médicas inconsentidas (STC 154/2002, de 18 de julio); de la nulidad de pactos

[1746] Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, "La renuncia de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 127-128.

[1747] STC 53/1985, de 11 de abril.

[1748] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la…, op. cit.*, p. 30.

[1749] Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la…, op. cit.*, pp. 53 y 55, respectivamente.

contrarios a los derechos (SSTC 29/2000, de 31 de enero y 51/2011, de 14 de abril); o de las transfusiones de sangre a Testigos de Jehová [1750].

7.2.6. La sujeción más estricta a parámetros constitucionales específicos de la renuncia al ejercicio de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico privado.

7.2.6.1. El peculiar carácter asumido por la técnica ponderativa en este tipo de situaciones renuncia.

Las dificultades inherentes a la adecuación de la renuncia a los principios y reglas constitucionales de los Derechos Fundamentales para las relaciones jurídicas estatuidas entre sujetos privados, nos presenta de nuevo un problema de ponderación de bienes iusfundamentales, en cuyo escenario la libertad real de las partes constituirá de nuevo el criterio determinante a la hora de proceder a la ponderación. Esencialmente la cuestión va a subordinarse al conocimiento de si los intereses y razones constitucionalmente relevantes que juegan a favor del no debilitamiento de la posición jurídica tutelada por la norma de Derecho Fundamental, son más fuertes que las razones también constitucionalmente relevantes, que derivan de la conjunción del interés del sujeto privado en la renuncia con el interés público obligadamente a preservar frente a cualquier medida restrictiva de contenidos iusfundamentales[1751].

Ahora bien, esa aludida ponderación asume un carácter peculiar respecto a las demás ponderaciones realizadas en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, pues la colisión a ser solucionada en estos supuestos ocurre entre la fase protectora y la defensiva de un mismo Derecho Fundamental que corresponde a la titularidad del propio renunciante. Así, en tanto la fase defensiva postula en pro de la libertad del individuo a la disponibilidad del ejercicio del Derecho, la fase

[1750] Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, "La renuncia de los Derechos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 131-132.

[1751] Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 320.

protectora lo hace en la dirección de su no-admisibilidad, esto es, tiende a la tutela del individuo de los eventuales resultados negativos provenientes de su propia renuncia.

Estimadas las cosas de esta manera, desde el momento en que la conclusión resulta favorable a la admisibilidad *prima facie* de la renuncia al ejercicio de los Derechos Fundamentales, sus efectos serán esclarecidos por medio de una aquilatada tarea de ponderación de los valores y bienes jurídicos para los varios estratos en que se exija su realización. A saber, para el plano de la previsión normativa infraconstitucional de la posibilidad o imposibilidad de renuncia, en el plano del ejercicio concreto por el particular de su poder de disposición sobre las propias posiciones iusfundamentales, en el plano de la restricción concreta de una posición jurídica tutelada por una norma de Derecho Fundamental efectuada con apoyo en el consentimiento del titular, y, por fin, desde el plano de la verificación judicial de la regularidad constitucional de los procedimientos anteriores[1752].

7.2.6.2. El alcance decisivo del principio (derecho) de la Dignidad del ser humano.

7.2.6.2.1. Ideas previas.

Tal como obra *ut supra*, a través de la resolución de la multiplicidad y complejidad de los supuestos concretos ya decididos, resulta sin embargo imposible llegar al establecimiento, con carácter previo y abstracto, de los resultados de las ponderaciones futuribles, de modo que sea factible establecer una jerarquía de Derechos Fundamentales a servirse de la misma para cada caso de colisión precisado de solucionar. Supuestos de colisión entre dos o más Derechos Fundamentales, cuya solución va a traducirse al final mediante el otorgamiento de la

[1752] *Ibídem*, p. 320.

preferencia de su respeto y esencial prevalencia a uno de ellos, "justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio". Sin que se trate, sin embargo, "de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente"[1753].

Con todo, sí se considera que resulta admisible, pese a sus dificultades inherentes, por imperativo de atribuir una cierta previsibilidad a los resultados, la elaboración de algunos parámetros generales que, eventualmente, puedan constituir la base para las ponderaciones futuras, con el fin de evitar la imprevisibilidad absoluta de los desenlaces de conflictos iusfundamentales, y sin la pretensión de lograr la objetividad plena, porque semejante objetivo "es una utopía que no puede alcanzarse en ningún sistema normativo"[1754]. La relación de precedencia genérica, estará condicionada a las circunstancias del caso, y resultará válida solo "cuando estas u otras análogas se presenten"[1755], lo que va a ser, se nos antoja, bastante complicado de repetir. Sin embargo, es preciso insistir en el hecho de que tales criterios no asumen la pretensión de garantizar la previsibilidad y corrección del resultado de la ponderación en todos los supuestos, sino únicamente servir de apoyo a la misma, orientando el proceso estructurado ponderativo de los bienes y

[1753] STC 320/1994, de 25 de febrero.

[1754] Carlos BERNAL PULIDO, "¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la Teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España", en *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan-R. Sieckmann, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 233.

[1755] Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos…, op. cit.*, p. 791.

valores constitucionales intervinientes en la relación jurídica al objeto de excluir la arbitrariedad judicial.

A tal fin, propone Robert ALEXY dividir la estructura de la ponderación en los siguientes tres pasos: "en el primer paso es preciso definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro"[1756].

7.2.6.2.2. La necesidad de prestar atención a los diferentes tipos de Derechos.

El aspecto primero de apoyo a efectos de la ponderación, demanda considerar las diferencias susceptibles de hallar entre varios tipos de Derechos Fundamentales. Existe así diferenciación entre los derechos relativos a bienes individuales, cuyo contenido, ámbito o grado de protección constitucional es establecido primariamente en función de la voluntad del titular (inviolabilidad de domicilio, intimidad, propia imagen, libertad de expresión, propiedad), y los derechos relativos a bienes que, siendo personales, constituyen simultáneamente o están íntimamente asociados a valores comunitarios (vida, integridad física, ciudadanía, derecho de información, secreto de voto).

Asimismo, podrán verse claramente indicaciones de un principio de indisponibilidad, por ejemplo, en los derechos a la vida y a la integridad física y moral de las personas, o respecto a los tratos deshumanos y degradantes[1757]; y para estos casos específicos entrará decididamente en juego también el principio de Dignidad de la persona. De este modo, a

[1756] Robert ALEXY, *Epílogo a la Teoría de los Derechos…, op. cit.*, p. 45.

[1757] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 334.

modo de ejemplo, pensemos en las dificultades inmanentes en algunas situaciones de pretensión de renuncia al derecho a la vida en casos extremos, cuya admisibilidad constitucional resulta siempre controvertida.

7.2.6.2.3. El criterio de la necesaria disponibilidad de libertad real por parte del renunciante.

Como criterio relevante a tener en cuenta asimismo, nos referiremos a la existencia de una relación de sujeción o de dependencia de quien pretende renunciar al ejercicio de un Derecho Fundamental en relación a aquel que consiente o se beneficia de la renuncia. En estos supuestos, los Derechos Fundamentales, bajo el pretexto de incidir en pro de la protección de la parte vulnerable, deben considerarse irrenunciables, siguiendo el criterio del predominio social o económico de la parte hegemónica de la relación jurídica. La libertad contractual no admite a su titular la renuncia al ejercicio de Derechos Fundamentales cuando el individuo no es realmente libre para emitir su consentimiento y llegar hasta el extremo de "anularse o vulnerarse sustancialmente a sí mismo o a uno de los principios superiores del ordenamiento". Sobre manera, teniendo muy presente "que la libertad contractual no se atribuye únicamente en el interés del individuo, sino en el interés de todos, y representa, por lo tanto, un principio fundamental del ordenamiento"[1758].

Con independencia de lo apuntado más arriba, hay no obstante quien ha formulado el interrogante, caso ejemplificado por Wolfgang ZÖLLNER (que él considera determinante, y no deja de tener un mucho de retórica), acerca de cuáles pueden ser los menoscabos de la libertad de decisión estimados de tanta relevancia como para llegar a influir en la

[1758] Hans-Carl NIPPERDEY, "Freie Entfaltung der…", *loc. cit. en op. cit.*, p. 754.

validez de la reglamentación contractual[1759]. Senda derrotista e insolidaria por la que se ha transitado, para terminar anunciando nada menos que una nueva muerte del contrato a causa de la intervención de los poderes públicos[1760].

A juicio de Claus–Wilhelm CANARIS, el problema de la justicia del contrato reposa primordialmente en la máxima *volenti non fit iniuria*, en cuanto que se manifiesta con la misma una concepción fundamental de justicia a la que debe contribuir el contrato, y a partir de la cual es posible esgrimir el respeto de la autonomía de la persona así como la incolumidad de su Dignidad[1761]. Con base en lo anterior, para el supuesto de graves perturbaciones de la libertad real de decisión, el poder público se halla obligado a reaccionar y, como consecuencia, el Derecho objetivo está frente al deber de hacer su irrupción en el desarrollo de una función protectora y correctiva de desequilibrios estructurales entre las partes[1762]. A mayor abundamiento, por la propia naturaleza de las cosas, resulta imposible para los contratantes que puedan anticiparlo todo al formalizar el contrato y, por ende, el surgimiento de conflictos no previstos al momento de la regulación inicial es algo más que una posible eventualidad, antes bien, se trata de un

[1759] Wolfgang ZÖLLNER, "Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht – Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen", en *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 196, Heft. 1/2, 1996, p. 28.

[1760] Caso de Frederick TUNG, "The *New Death of Contract*: *Creeping Corporate Fiduciary Duties for Creditors"*, en *Emory Law Journal*, Vol. 57, 2008, pp. 867-868.

[1761] Claus-Wilhelm CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht:* aktualisierte und stark erweiterte Fassung des Vortrags vom 2. Juli 1993, Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Sitzungsberichte, Jahrgang 1997, Heft. 7, C.H. Beck Verlag, München, 1997, pp. 46-49.

[1762] *Ibídem*, pp. 46-49. Por su parte, Jürgen HABERMAS desde una perspectiva más global, ha hecho especial énfasis en la justicia social a la que debe servir el Derecho Privado como totalidad, trascendiendo la tarea de la salvaguarda de la autodeterminación del individuo, *Between Facts and Norms – Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MI T Press, Cambridge, 1996, p. 398.

fenómeno normal e inevitable, atendida sea a la enorme variedad de circunstancias que se pueden presentar durante el desarrollo de la relación contractual y los posibles conflictos a generar a causa de ello, lo que requerirá también por esta vía la intervención del ordenamiento[1763].

7.2.6.2.4. El determinante criterio de respecto a la Dignidad Humana.

7.2.6.2.4.1. La relevancia, ahora sí, decisiva del criterio de la Dignidad de la persona.

El criterio de inicio a buen seguro determinante a considerar, resulta ser el ya aludido concerniente a Dignidad humana que el artículo 10.1 de nuestra Constitución se ha encargado, por extensión, de elevar a uno de los fundamentos "del orden político y de la paz social". Pues bien, en los casos de renuncia y también, con carácter general, para los supuestos de autorrestricción a cargo de un titular del Derecho Fundamental, aquellos en los que se puede ir más lejos en la garantía de la libertad negocial, presupuesta siempre la igualdad de los contratantes y, por lo tanto, la existencia de una voluntad libre suficientemente esclarecida, adquiere aceptación que la propia Dignidad excluya la aplicación del precepto constitucional. Pero, aún ahí, tal eventualidad solo sucederá para las hipótesis en que no llegue a restringirse aquel contenido mínimo del Derecho, desaparecido el cual el individuo quedaría reducido, siguiendo la formulación kantiana, a condición de objeto o no persona, postulando un concepto de Dignidad inadmitivo de gradaciones, pues también para tales casos el bien jurídico debe ser considerado indisponible[1764].

[1763] Andrea D'ANGELO, *La buona fede*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 2004, pp. 42 y ss.

[1764] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais..., op. cit.*, p. 258.

Una formulación kantiana de la Dignidad de la persona que acoge para el Derecho Constitucional Günter DÜRIG, quien considera a la misma implicativa de "la capacidad de autodeterminación del ser humano", capacidad poseedora como característica esencial consistente en asumir que "todo hombre es libre e igual a los demás". Por lo cual, de lo anterior seguimos que se genera una violación de la Dignidad cuando el hombre, "fin en sí mismo", resulta "degradado a la condición de objeto, como simple medio para otros fines o como una cantidad susceptible de ser remplazada", abocándole a su subsistencia bajo condiciones económicas por debajo del umbral del mínimo existencial[1765]. Un aspecto, este último, también acogido por una parte de nuestra literatura jurídica[1766], y luego por la jurisprudencia constitucional[1767]. De ahí la sospecha de Günter DÜRIG por insuficiente, de la fórmula de "no instrumentación" empleada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, y apueste por su concreto desarrollo jurídico positivo por medio

[1765] Günter DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 125-127 y 131 y ss.

[1766] En este sentido Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, quien, al extraer las consecuencias jurídicas derivadas del reconocimiento de la dignidad humana, identifica entre las mismas su función promocional, lo que conlleva la garantía de las condiciones mínimas de vida, hasta el punto de postular que los Derechos sociales deben ser considerados emanaciones asimismo de la dignidad de la persona, *La dignidad de la..., op. cit.*, pp. 62 y ss. Y, para Ingo Wolfgang SARLET, la Dignidad de la persona, de la que deriva una existencia digna, no puede quedar reducida a la supervivencia física, de modo que quede situada la persona en el límite de la pobreza absoluta, pues una vida sin alternativas no se corresponde con la Dignidad humana, en cuanto la vida humana no puede ser reducida a mera existencia. Según estima, la Dignidad personal se halla asegurada cuando resulta posible una existencia que permita el pleno disfrute de los Derechos Fundamentales y, de modo especial, cuando sea posible el libre desarrollo de la personalidad*, A eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, p. 311

[1767] SSTC 113/1989, de 22 de junio; 107/1992, de 1 de julio; 158/1993, de 6 de mayo; o 215/1994, de 14 de julio, entre otras. Incluso en resoluciones como la STC 181/2000, de 29 de junio, la Dignidad de la persona ha terminado por patrimonializarse, al establecerse conforme a la misma el importe de indemnizaciones de naturaleza extracontractual, manteniéndose que "en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos" han de seguirse "unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE)".

de los Derechos Fundamentales en los que se concreta, los cuales están "a disposición del hombre vinculado a su particular situación, que desarrolla su existencia en el tiempo y en la Comunidad"[1768]; de ahí la sospecha acerca de la fórmula de "no instrumentación" empleada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, por insuficiente, y la apuesta por su concreto desarrollo jurídico positivo por medio de los Derechos Fundamentales en los que se concreta, los cuales se hallan "a disposición del hombre vinculado a su particular situación, que desarrolla su existencia en el tiempo y en la Comunidad"[1769].

Y con eta concepción enlaza para este aspecto Hasso HOFMANN, para quien la igual Dignidad de toda persona es entendida como una categoría propia de "la disposición del individuo a convivir" en el seno de una "concreta comunidad de reconocimiento recíproco"[1770]. De ahí, precisamente, el sentido comunitario de la Dignidad humana más restringidamente evocado por nuestro Tribunal Constitucional al referirse a "la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos"[1771].

Por ello, la Dignidad atribuida al ser humano como persona a cargo del artículo 10.1 de nuestro texto constitucional, convirtiéndola en el centro de imputaciones concretadas en el conjunto de Derechos y Libertades que constitucionalmente se atribuyen al individuo, a

[1768] Günter DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 121.

[1769] Günter DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 121.

[1770] Hasso HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde*, Humboldt-Universität Verlag, Berlin, 1993, p. 11.

[1771] STC 91/2000, de 30 de marzo.

diferencia de la cláusula de intangibilidad de la Dignidad humana extraída del artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn, pero "se erige en pieza básica del ordenamiento constitucional para cimentar el orden político y la paz social". De este modo, el "concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo (STC 181/2000, FJ 9º), plasmadas en aquellos valores superiores del ordenamiento tal cual los establece el artículo 1.1 CE y que se materializan en los derechos fundamentales del Título I"[1772], donde se reconocen, para decirlo con el *Bundesverfassungsgericht*, "los últimos límites que ni siquiera el constituyente puede trasgredir"[1773]. Unas notas de indiferenciación de la Dignidad entre las personas e inalterabilidad de las mismas, con independencia de cuál sea la situación en la que se encuentre el ser humano, que han sido acogidas asimismo por nuestra jurisprudencia constitucional[1774].

Con lo cual, la lesión de la Dignidad humana, expresa Werner MAIHOFER, es imputable a cualquier tipo de instrumentalización del individuo, y "supondría, en rigor, la negación radical de la intersubjetividad, de la reciprocidad de las relaciones jurídicas"[1775]. En tanto nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado que la Dignidad "se

[1772] Francisco J. BASTIDA FREIJEDO, "Concepto y modelos históricos de los Derechos fundamentales", en *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, edición de Francisco J. Bastida Freijedo, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 38.

[1773] BVerfGE 3, 213, (233).

[1774] En concreto, la STC 27/1982, de 24 de mayo, dispone que: "son igualmente dignas todas las personas"; mientras para la STC 53/1985, de 11 de abril, la dignidad humana, en cuanto "valor espiritual y moral inherente a la persona", constituye el "*mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona". Por su parte, la más reciente STC 120/1990, de 27 de junio, disciplina que: "la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre".

[1775] Werner MAIHOFER, *Estado de Derecho…, op. cit.*, p. 29.

manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás", para concluir matizando en el sentido de que "excluye que pueda considerársela como mero instrumento"[1776]. Y en una perspectiva similar vino a convenir el Tribunal Constitucional Federal alemán, al pronunciarse que "Convertir el Estado en simple objeto al hombre, contradice la dignidad humana"[1777].

Con referencia al ámbito laboral, merece la pena recordar que, para el supremo exégeta de nuestros derechos y libertades, la Dignidad personal del trabajador, ha de ser entendida "como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y con su entorno"[1778]. Dada su trascendencia, es de continua invocación tanto por los defensores de la eficacia inmediata como por los paladines de la mediata, quienes, en términos mayoritarios, pese a oponerse a la aplicación directa de los Derechos Fundamentales por el peligro que ello entraña para la autonomía privada, admiten sin embargo como excepción la eficacia inmediata de la Dignidad humana y el núcleo esencial indisponible de esta para el resto de los Derechos Fundamentales[1779].

Esta es una de las soluciones posibles: aceptar la libertad de actuación individual, pero solo desde la perspectiva de que no perjudique intolerablemente, desde el punto de vista jurídico, el concepto constitucional de Dignidad humana considerada inviolable[1780],

---

[1776] STC 53/1985, de 11 de abril; y en parecidos términos, aunque con una argumentación menos sólida, la STC 224/1999, de 13 de diciembre.

[1777] BVerfGE 9, 89, (95).

[1778] STC 192/2003, de 27 de octubre.

[1779] Así, Jörg NEUNER, *Privatrecht und…, op. cit.*, pp. 152 y ss.

[1780] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, pp. 258-259.

proyectada o irradiada sobre los Derechos Fundamentales y constitutiva de un "valor espiritual y moral inherente a la persona"[1781]. Esto es, ha de permanecer inalterada "cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, (…) constituyendo, en consecuencia, un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona"[1782].

Dignidad de la persona que expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo, plasmadas en aquellos valores superiores del ordenamiento jurídico tal cual los establece el artículo 1.1 de la C.E. y materializados mediante los Derechos Fundamentales del Título I[1783], y ello nos obliga inexorablemente a la conclusión de que cuantas "más conexiones tenga un derecho fundamental con la dignidad humana, mayor será su peso en la ponderación"[1784].

Y todo lo expresado, sin desatender naturalmente la llamada de atención formulada por Michael KLOEPFER, en el sentido de no olvidar cómo, al igual que el resto de los Derechos Fundamentales y aunque tenga un carácter preferente frente a todos ellos, la Dignidad humana está sujeta a límites inmanentes y, en casos extremos, a ponderaciones demostrativas de su eficacia jurídica, los cuales exigen una concretización diferenciada en el tiempo[1785]. Aspecto que enlaza con la

[1781] STC 53/1985, de 11 de abril.

[1782] STC 120/1990, de 27 de junio.

[1783] STC 181/2000, de 29 de junio.

[1784] Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos…*, *op. cit.*, p. 772.

[1785] Michael KLOEPFER, "Humangentecnhik als Verfassungsfrage", en *Juristen Zeitung*, Jahrgang 57, Heft. 9, 2002, pp. 420 y ss. Las ponderaciones surgen cuando la Dignidad humana de un sujeto concurre con la de otro, y señala al efecto Maribel GONZÁLEZ

temprana concepción de que no podía producirse una lesión de la Dignidad humana en términos abstractos sino como concreciones de su lesión en uno o varios individuos concretos[1786].

7.2.6.2.4.2. La posibilidad de invocación del principio de Dignidad Humana desde una doble perspectiva.

Con relación a este criterio específico de tan alta trascendencia, debemos destacar aún una cuestión de relevancia más que notable. Así, el principio de Dignidad humana puede ser simultáneamente invocado como límite absoluto de las posibilidades de renuncia por el individuo al ejercicio de sus Derechos Fundamentales –en el sentido de invalidar cualquier restricción a un Derecho Fundamental que pueda ser configurada como lesión de aquel principio– y, asimismo, como fundamento del propio poder de disposición sobre posiciones jurídicas protegidas por normas iusfundamentales[1787]. Efectivamente, del reconocimiento de la Dignidad humana deriva también la indeclinable aceptación del poder de autodeterminación personal, y de la libre

PASCUAL, el supuesto, entre otros, de "sacrificar un grupo de inocentes para salvar un número aún mayor de posibles víctimas", porque de acuerdo con la teoría de los derechos a protección, "la dignidad humana posee una dimensión de no lesión y otra de protección", y como consecuencia de ello, "el Estado puede encontrarse entre la imposibilidad de violar la dignidad de un grupo de personas y la obligación de proteger la dignidad de otro grupo". Ahora bien, como el Derecho a la vida es susceptible de ponderación, cabe una injerencia en el mismo siempre que se cumpla con el principio de proporcionalidad, de modo que sí sería constitucional, para evitar el atentado, derribar un avión ocupado por terroristas, por cuanto estos podrían en cualquier momento cambiar su propio destino. Este hecho hace que su Dignidad no se vea alterada, y la ponderación de su derecho a la vida con el deber de protección del Estado frente al derecho a la vida de sus potenciales víctimas, conlleva que sea constitucionalmente admisible una acción estatal que implique acabar con la vida de los terroristas, *El Tribunal Constitucional alemán en la…, op. cit.*, pp. 168 y 173-174.

[1786] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen", en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis del Grundrechte,* Band II, *Die Freiheistsrechte*, edición de Franz L. Neumann / Hans–Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1954, p. 3.

[1787] Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 327.

disposición de las posibilidades de auto-conformación de la propia vida, así como del poder de vincularse al no ejercicio o invocación de una posición de Derecho Fundamental[1788].

Al objeto de no caer en un proceso de raciocinio circular, en el que la renuncia redunde en la violación de la Dignidad humana, la invocación de ese principio no dispensa el recurso a otros criterios, ni de la valoración de las circunstancias específicas del caso, entre los cuales puede darse entrada a un análisis tópico–sistemático, propuesto por ejemplo a cargo de Juarez FREITAS y asumido más tarde por Ingo Wolfgang SARLET, quien plantea extenderlo incluso a la solución de conflictos entre Derechos Fundamentales con carácter general, al objeto de realizar una más completa y adecuada ponderación[1789]. Por consiguiente, mientras la Dignidad humana sea asimismo fundamento del poder de autovinculación, la cuestión radicará en saber a partir de qué medida es posible el ejercicio de esta libertad, pues de admitirse una limitación excesiva, puede terminar deviniendo un obstáculo anulador o destructor de las condiciones de la futura autodeterminación y del libre desarrollo de la personalidad[1790].

Así las cosas, la relevancia de la Dignidad humana tocante a la problemática de la renuncia al ejercicio de Derechos Fundamentales, no consiste en saber si el particular puede renunciar a la pretensión de respeto y protección de su Dignidad, sino en el esclarecimiento, fundamentalmente, de los límites legítimos a establecer al poder del individuo en orden a determinar, por sí mismo, el sentido y contenido de aquella. Estamos ante el supuesto, al fin y al cabo, como bien ha sido observado, de proceder a la protección del individuo contra sí mismo a fin

[1788] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…*, *op. cit.*, p. 258.

[1789] Ingo Wolfgang SARLET, "Direitos Fundamentais e Direito Privado…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 159.

[1790] Jorge REIS NOVAIS, "Renúncia a Direitos…", *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 326.

de que siga siendo persona, habida cuenta de que es la propia Dignidad humana la que "hace referencia al valor, la independencia, la esencia y la naturaleza del hombre"[1791]; y se atenta consigo mismo frente a estos valores, cuando el ejercicio de la libertad de actuación individual perjudica de manera intolerable dicho principio, amén del libre desarrollo de la personalidad, así como de forma más concreta, ante supuestos en que se afecta a fundamentos estructurales del Derecho Privado, como son la autodeterminación y la autorresponsabilidad de la persona[1792]. En fin, dice la STC 236/2007, de 7 de noviembre: "Pero como se dirá seguidamente, la dignidad de la persona, como «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador. Ello no implica cerrar el paso a las diversas opciones o variantes políticas que caben dentro de la Constitución, entendida como «marco de coincidencias» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7) que permite distintas legislaciones en materia de extranjería.... resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana». Y ello porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2) ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano». Dada su trascendencia para el presente recurso, debemos detenernos en estos derechos, pues el Parlamento de Navarra alega que algunos de los regulados en los

[1791] Hans–Carl NIPPERDEY, "Die Würde des…", *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 1-2.

[1792] José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais…, op. cit.*, p. 259.

preceptos impugnados derivan directamente de la garantía de la dignidad humana, fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). En este punto cabe recordar lo declarado en la ya citada STC 91/2000, de 30 de marzo: «proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto 'valor espiritual y moral inherente a la persona' (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar» [STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; también STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a)]. De modo que la Constitución española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos 'que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo... aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana' (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 2, y 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2)» (FJ 7). En esa misma resolución, el Tribunal indicó algunas pautas para identificar cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución «proyecta universalmente», señalando que «hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991, de 29 de octubre) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos» (FJ 7). Y precisando aún más, el Tribunal declaró que en este proceso de determinación de tales derechos revisten especial relevancia «la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite

como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). De lo expuesto hasta aquí se concluye que la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución (art. 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex art. 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE… la dignidad que «ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre»… el Tribunal ha venido destacando que el contenido fundamental de ese derecho se manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas. Junto a este triple contenido, el derecho de asociación tiene también, según dijimos en la STC 56/1995, de 6 de marzo, una cuarta dimensión, esta vez inter privatos, que garantiza un haz de facultades a los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan o en su caso a los particulares respecto de las asociaciones a las cuales pretendan incorporarse (STC 104/1999, de 14 de junio, FJ 4). El art. 22.1 de nuestra Constitución utiliza la fórmula impersonal «Se reconoce el derecho de asociación», mientras los textos internacionales

citados garantizan a «toda persona» la «libertad de asociación» (art. 20.1 de la Declaración universal; art. 11 CEDH) o «el derecho a asociarse libremente con otras» (art. 22.1 PIDCP), con los límites que se han citado ya en el anterior fundamento jurídico……. el derecho de asociación está configurado «'como una de las libertades públicas capitales de la persona, al asentarse justamente como presupuesto en la libertad, viene a garantizar un ámbito de autonomía personal, y por tanto también el ejercicio con pleno poder de autodeterminación de las facultades que componen esa específica manifestación de la libertad' (STC 244/1991, de 16 de diciembre). Este lugar destacado de la libertad de asociación es también un componente esencial de las democracias pluralistas, pues sin ella no parece viable en nuestros días un sistema tal, del que resulta, en definitiva, uno de sus elementos estructurales como ingrediente del Estado Social de Derecho, que configura nuestra Constitución y, por su propia naturaleza, repele cualquier 'interferencia de los poderes públicos' (STC 56/1995)» (SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 8; 104/1999, de 14 de junio, FJ 3). … la tutela judicial consagrado en el art. 24 CE, tal como ha declarado este Tribunal, constituye uno de los derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» o, dicho de otro modo, es uno de «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3)……. como señala la repetida STC 115/1987, citando la anterior STC 93/1984, de 16 de octubre, «sólo cabe declarar la derogación de los de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución 'resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación'» (FJ 1)… la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa (STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23), derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6),…

Voto particular: La Sentencia sitúa la clave conceptual en «la dignidad de la persona 'como fundamento del orden político y la paz social' (art. 10.1 CE) [que] obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes públicos, incluido el legislador» (FJ 3), ligando después a esa clave la ratio de la declaración de inconstitucionalidad. Tal planteamiento en su generalidad de partida no me parece literalmente ajustado al art. 10 CE, ni aceptable, por exagerado, en cuanto a la vinculación a la dignidad humana de los derechos de reunión, asociación y sindicación. Hay que tener en cuenta que cuando el art. 10 CE se refiere a la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social, no sitúa exclusivamente en aquélla dicho fundamento, sino que a ella añade «los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, todos los cuales son fundamento del orden político y de la paz social». Por ello no me parece correcta la alusión exclusiva a la dignidad de la persona como fundamento del orden público y de la paz social, para insertar de partida, de modo generalizado, una exigencia referida a tal orden reducida a ese solo fundamento, sin considerar todos los elementos constitucionales que lo componen".

CONCLUSIONES

(de carácter abierto)

CONCLUSIONES

(de carácter abierto).

(1ª) La primera enseñanza a extraer de la Historia, tan solo a partir de considerar algunas de sus líneas maestras, es que los Derechos Fundamentales afortunadamente no pierden su naturaleza si quedan realizados insuficientemente o son ineficaces del todo, dentro de la esfera social; siempre van a estar ahí, a modo de reivindicación permanente, aun en fases de garantismo débil, como se concluye es el caracterizador de la Sociedad y Estado posmodernos (post–hipermodernos?).

(2ª) Durante la vigencia del tipo histórico de Estado Liberal–burgués, cuyo contrato social va a firmarse a partir fundamentalmente de las ideas propias del iusnaturalismo racionalista, los Derechos Fundamentales eran considerados derechos naturales y realidades prepolíticas previas al a este tipo histórico de Estado. Y, al surgir la nueva organización estatal, transitan a su configuración teóricamente a modo de límites al poder público, vale decir, delimitadores de un espacio privado en orden al desarrollo dentro del mismo de las libertades individuales y la autonomía privada. Arrancando de la idea acerca de la constitución de la Sociedad, como realidad claramente distinta y, en cierta manera, separada e independiente del Estado encargado de realizar una función de servicio en favor de la primera, es exclusivamente el Derecho Privado –en tal sentido, y con carácter general, exhibe su clara primacía material frente

al Derecho Público– respetado por el poder político y adecuado eso sí a la libre competencia, el que lleva a cabo la regulación las relaciones intersubjetivas en el Derecho continental europeo occidental, dentro de cuya esfera jurídica el poder público debía abstenerse de intervenir. Como consecuencia, carece de sentido plantearse ni lógica ni jurídico-sustancialmente, la posibilidad o no de vinculación de los sujetos privados a los entonces Derechos individuales reconocidos, extraños a las relaciones entre particulares, los cuales adquieren validez únicamente por medio de la Ley, asumiendo el objetivo esencial, siguiendo la línea apuntada, de procurar la máxima libertad individual (de la clase burguesa que impone su dominio e intereses). De este modo, conforme la concepción liberal clásica, las constituciones se limitaban a confirmar lo estipulado con carácter previo por el Legislador civil, de ahí la inexistencia de necesidad alguna tanto aparente como real –en función del interés de la clase ascendente, obvio es– de preocuparse específicamente por la problemática referida a la eficacia de los Derechos Fundamentales para su aplicación a las relaciones jurídicas establecidas entre particulares.

(3ª) Con el tránsito al sucesivo tipo histórico de organización del poder a partir de la conquista social del derecho de sufragio universal, traducida en el Estado Social y Democrático de Derecho, de inmediato adquirió cuerpo de forma paulatina y crecientemente, la sensibilidad acerca del ineludible deber de tomar en serio la nueva realidad socio–política, caracterizada por una acusada desigualdad entre los sujetos privados. En este nuevo tipo histórico de Estado, las constituciones adquieren la naturaleza de auténticas normas jurídicas con vocación dirigente, haciéndose más ambiciosas y penetrando mucho más en la realidad social de lo hecho por sus predecesoras liberales, pasando a regular también las relaciones económicas y privadas en sus líneas maestras.

Por lo que ahora interesa, está entre sus fundamentos, la consiguiente defensa de unos Derechos Fundamentales como barreras protectoras de la libertad material frente a la acción arbitraria de los poderes públicos, dirigidos a permitir o posibilitar el logro social de las máximas cotas posibles de igualdad sustancial. Del mismo modo, se ha adquirido gradual conciencia, esencialmente desde el inicio de la segunda mitad del siglo XX, acerca del riesgo provocado por las ilegítimas intervenciones sobre el contenido y ejercicio de los Derechos Fundamentales provenientes de las fuerzas sociales y económicas actuantes socialmente, y, en su caso, del grueso de la totalidad de los sujetos privados. Intervenciones que pueden llegar a ser directamente más abusivas de las posiciones jurídicas individuales que las debidas a la arbitrariedad de los poderes públicos, y, desde luego, actualmente mucho más difíciles de controlar, al estar carentes casi por completo de responsabilidad, al menos *ab initio*. Es así que, en la fijación de postura actual muy dominante dentro del marco propio del constitucionalismo democrático, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, si bien persiste la discusión acerca de la teoría más correcta o más eficaz de la *Drittwirkung* y su correspondiente fundamentación, hay acuerdo con respecto a un punto neurálgico de la cuestión: los Derechos Fundamentales deben desplegar eficacia para las relaciones jurídicas establecidas entre particulares; cosa distinta, es el desacuerdo reinante respecto de cómo lo han de hacer y hasta qué alcance, según la respuesta dada por unas u otras construcciones dogmáticas teorizadas hasta el momento. De todos modos, van existiendo pocas dudas relativas a que la ***Drittwirkung*** constituye ya, la **función por excelencia de los Derechos Fundamentales y su significado hasta lo más profundo[1793],** esto es, del orden material objetivo de valores supremos que la

[1793] Naturalmente, siempre nos objetaría Martin HEIDEGGER, con base en su construcción del fundamento del fundamento.

comunidad política ha querido para sí; hasta tal extremo que, las posturas negacionistas, también consideran es el mayor boquete a tapar, pero por entender representa una de las más graves lesiones causadas al milenario sistema de Derecho Privado y la principal amenaza cernida ahora sobre el mismo. De ahí que propongan, comprensiblemente desde su posición, un pacto interdisciplinar omnicomprensivo, vamos a decir, de *des-Drittwirkung-ciación*[1794].

(4ª) Yerró afortunadamente de nuevo *Ernst Forsthoff*, cuya postura, en este así como para el resto de los temas que tratara, hemos de considerar siempre bajo sospecha, por encontrarnos, no en vano, frente a uno de los máximos exponente teóricos *Der totale Staat* (1ª edición, Hamburg, 1933), parte de cuya obra ha sido paradigmáticamente traducida entre nosotros. Y se equivocó, tocante a lo que ahora interesa, por partida doble; como mínimo. De una parte, con carácter global, para nada ha acontecido su pronosticada disolución de la Constitución por dejar de concebirla e interpretarla exclusivamente como una mera Ley encargada solo de trazar los límites que el poder público no puede traspasar, lo cual carecía por esta vez de toda lógica jurídica, frente a los postulados smendianos cargados de la misma, tal como ha confirmado la Historia. Evidentemente, de haber seguido su tesis, pasando a interpretar la Constitución como una Ley más, sería y desplegaría efectos como otra Ley, ni menos ni más; pero, desde luego, tampoco los iba a desplegar como una Constitución con pretensión de vigencia. En segundo lugar, para qué vamos a aludir sino a modo de mención, a su mero patético intento de construir una tesis negacionista de la *Drittwirkung*; eso también, si su posición merece respeto (al menos en este tema) como todas, la claridad expositiva, ahí y siempre, resulta de obligado

[1794] Una especie de traslación a la dogmática iusfundamental, haciendo de la necesidad virtud, de la "filosofía" o espíritu inspirador, de los acuerdos de paralización y desarme nuclear.

reconocimiento al autor. Así las cosas, carece ahora de fundamento decir que es difícil decidir entre la doctrina–*Smend* y sus consecuencias, y la antidoctrina–*Forsthoff* y lo que hubieran sido sus eventuales derivaciones.

(5ª) Por contraste respecto de la evolución continental, la literatura constitucional estadounidense permanece en su inmensa mayoría anclada a la concepción liberal de los Derechos constitucionalmente reconocidos e incorporados a través de las enmiendas, desde la que reciben exclusivamente la caracterización de límites vinculantes solo para la actividad desarrollada por los poderes estatales en sus relaciones jurídicas con los ciudadanos.

La garantía de los *individual rights and liberties* incorporados por la Constitución y en las enmiendas que conforman el *Bill of Rights*, según la interpretación históricamente hegemónica se apoya en la tesis de que los Derechos Fundamentales prescriben prohibiciones y obligaciones específicamente relativas a la acción del poder estatal. Como consecuencia, únicamente puede ser entablada la acción protectora cuando se está ante una *State action*, o *Government action*; vale decir, solo reconoce la violación de los Derechos Fundamentales si es llevada a cabo mediante una acción estatal presuntamente ilícita, toda vez las conductas de naturaleza privada son *prima facie* inmunes a este tipo de control.

La construcción jurisprudencial de la *State Action Doctrine* tiene así por objeto esquivar ocasionalmente el aludido axioma constitucional vigente en la materia, permitiendo para algunos casos la eficacia entre particulares de los Derechos constitucionales. Pero, la judicatura norteamericana, el Tribunal Supremo incluido y principalmente claro está, en lugar de realizar una construcción sistemática y segura sobre la

cuestión, ha definido asistemática y casuísticamente cuándo una acción privada resulta equiparable a una acción pública. De este modo, según defiende alguno de sus mejores constitucionalistas, caso de *Laurence H. Tribe*, atendido sea el caos jurisprudencial observado y propiciado por la praxis judicial norteamericana referente a la cuestión, solo por medio del estudio pormenorizado de varios casos con sus correspondientes especificidades, es quizá posible, no sin importante esfuerzo, la estructuración, el conocimiento y el hallazgo de alguna posible solución, con el fin de prestar cierto tipo de ayuda con la finalidad de resolver la problemática suscitada por una concreta y nueva *State Action* planteada; porque han sido tantas las concepciones empleadas de esta última, que, ante tamaña disparidad, es más propio hablar de antidoctrina en lugar de hacerlo de una doctrina propiamente dicha. Así, nos topamos ante un enmarañado de decisiones individuales construidas para cada supuesto específico, resultando imposible su sistematización concorde reglas generales adecuadas en orden a la construcción de una teoría coherente, de un criterio sólido aplicable a futuros casos llegados al conocimiento de los órganos judiciales. Particularmente, el Tribunal Supremo ha desenvuelto un cuerpo asistemático de jurisprudencia que, no obstante, cada sentencia a su manera y con las pertinentes particularidades, puede de alguna forma emplearse cual parámetro de decisión para nuevas controversias.

Admitiendo estar ante la presencia de uno de los grandes problemas arrastrados por el constitucionalismo estadounidense mayoritario, sobre manera de legitimación teórica, hemos de reconocer que, no obstante el tenor literal de las cláusulas constitucionales mediante las cuales son establecidos los Derechos Fundamentales y direccionados exclusivamente hacia el Estado, así como la importancia de una cultura jurídico–política anclada mayoritariamente de modo firme en la concepción liberal de los Derechos, la judicatura norteamericana ha logrado dotar de cierta eficacia entre particulares a las normas

constitucionales iusfundamentales, en términos bastante similares a lo efectuado por sus colegas de otros muchos sistemas jurídicos continentales europeos. La caótica situación jurisdiccional, halla siempre el faro en el fundamento del pacto de 1620, invocado incluso expresamente por *John Adams* en los discursos constituyentes de la Union.

(6ª) La teoría de los efectos indirectos de las normas de Derechos Fundamentales para el despliegue de su eficacia en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, que tanto debe a la construcción teórica de *Günter Dürig*, reconoce el significado y la importancia de aquellos tocante a la construcción del Derecho Privado; ahora bien, no se considera desde la misma la existencia de una obligación directa derivada de las disposiciones iusfundamentales para los sujetos privados. Esa concepción base, es la ventaja estimada desde la tesis que ahora consideramos, del despliegue a cargo de los Derechos Fundamentales solamente de un efecto indirecto para las relaciones jurídicas desarrolladas entre particulares. Sin embargo, incluso suponiendo que ello sea una ventaja (nadie sabe muy bien para qué o en favor de quién), ello por sí solo no puede sustituir a una explicación más precisa y de superior calado dogmático, lo cual, particularmente, falta en la teoría de los efectos indirectos. Como bien han denunciado sus críticos, representa apenas un corolario de la afirmación de la Constitución como norma jurídica, pero distorsionando su forma de aplicación, y del principio de interpretación conforme a la misma.

En efecto, la teoría de la eficacia mediata deja sin aclarar de qué manera ese orden objetivo de valores cambia la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas respecto de la aplicación directa de otras normas constitucionales, o en qué se fundamenta la

fuerza de eficacia eventualmente disminuida de las normas iusconstitucionales en sus características al modo de derechos de garantía de los intereses individuales, respecto de la forma a cómo se despliega plena y directamente frente a los poderes públicos. De otro lado, la función del Derecho Privado, vista en su condición de puerta de entrada de este último al Derecho Constitucional para atender el tráfico jurídico privado, es muy poco clara de nuevo desde el punto de vista dogmático. Justamente, como requeriría, su papel no es analizado de modo detallado a través de las formulaciones indicadas desde esta teoría; es más, sin demasiados argumentos, consideramos sobreestima tal acceso muy por encima de su valor, sobre todo, teniendo en cuenta la función de tanta relevancia atribuida a las cláusulas generales. Porque, la solución de cada supuesto problemático, normalmente se produce a través de esas cláusulas generales y de los conceptos indeterminados de Derecho Privado (Civil, principalmente), los cuales funcionan a modo de instrumentos de irrupción de los principios y valores contenidos en los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas. Pero la tarea, cuestionable desde el punto de vista dogmático, no es simple en el modo de proceder práctico, a diferencia de lo que sus teóricos quieren hacer ver. A la dificultad para la identificación de la norma de decisión del caso a partir de los principios y valores envueltos en el litigio, los Derechos Fundamentales con suma frecuencia no son los encargados de prever desde su contenido valorativo la solución para el hecho a resolver. Así, dentro del contexto de una demanda social en permanente transformación, una vez concretizados los Derechos Fundamentales por esta vía, la praxis seguida en su aplicación muestra excesiva rigidez, frente a la necesidad de tomar en consideración con asiduidad una multiplicidad de exigencias, intereses y necesidades, con harta frecuencia colisionantes entre sí.

Como mérito, sí estamos en condiciones de reconocer a la tesis de los efectos iusfundamentales indirectos para las relaciones jurídicas

establecidas entre particulares (*mittelbarer Drittwirkung*), es que siempre ha subrayado la importancia (incluso a veces el rango superior, lo cual ya es considerablemente más problemático) de la autonomía privada, frente a una comprensión de los Derechos Fundamentales como normas prohibitivas de intervención, con efectos indiferenciados para las relaciones jurídico–privadas. Con ello, nos alejamos en la práctica de acentuar una comprensión normativamente correcta, relativa al deber de cumplir de modo inmediato tanto ciudadanos como poderes públicos con la Constitución, y nos acercamos peligrosamente hacía una interpretación de las normas constitucionales de Derechos Fundamentales entendidas al modo de meras directivas de carácter programático que ya tuvieran en el pasado histórico. Ello puede cristalizar en la concepción de una parte de la Constitución, justamente la formada por el orden objetivo de valores supremo, como mera carta política dirigida exclusivamente al Legislador. Así las cosas, tocante a la resolución de un conflicto jurídico–privado, para esta teoría, la obligación del órgano judicial respecto de los Derechos Fundamentales, no consiste en su aplicación de manera directa dentro del ámbito de decisión que resuelve un litigio. Sin embargo, considera que, al mismo tiempo, las normas constitucionales garantes de los Derechos Fundamentales se han erigido en elementos de un orden objetivo de valores que tienen validez como decisión fundamental para todos los sectores jurídicos, y, por lo tanto, también irradian efectos e influyen en el Derecho Privado.

El Derecho Constitucional con su contenido jurídico de orden objetivo de valores supremo, de este modo, se coloca aparentemente en el centro de los diferentes ámbitos jurídicos, y directamente sobre las normas fundamentales de cada rama del ordenamiento, especialmente sobre sus cláusulas generales (¿quién controla la finísima decisión a adoptar para la resolución del caso, mediante la aplicación de una *Generalklausel*, en materia iusfundamental?, nos interrogamos de la mano de la literatura jurídica alemana crítica con la eficacia mediata) y

demás conceptos indeterminados de Derecho común precisados de una tarea concretizante–interpretativa–aplicativa; y este material normativo debe ser interpretado todo él en relación a este considerado contenido iusconstitucional de naturaleza necesariamente valorativa. Efectivamente, con este modo de proceder, existe el peligro real de que los Derechos Fundamentales, cuyo ámbito de protección está cubierto por normas constitucionales, pasen a su conversión en Derechos Fundamentales(no) nacidos de la mano del Legislador ordinario, garantes ya solo de posiciones subjetivas de libertad a tenor de las leyes, y, consecuentemente, a los ojos de más de un autor perteneciente a la doctrina científica alemana, hasta "se weimarizan".

Ya desde la mera consideración semántica, Derechos Fundamentales y eficacia mediata de los mismos, se muestra como una auténtica *contradictio in terminis*. Un Derecho Fundamental, condicionado a desplegar efectos a través de una cláusula general no puede tener nuestro favor, porque la norma iusfundamental, en buena parte de los supuestos, carece de intervención alguna para el caso. El momento histórico concreto en el que teoriza Günter Dürig y la propia realidad a la que pretende aplicar tal teoría, y se aplica a partir de 1958, hacen justamente comprensible que no prosiguiera construyendo teóricamente, pero quedarse ahora ahí, sería una especie de racionalidad antihistórica.

(7ª) Referido a la teoría de la convergencia estatista ideada por *Jürgen Schwabe*, está más pensada de lo que pudiera parecer y desde este punto de vista tiene teóricamente notable interés, sin embargo, con todos nuestros respetos, la hallamos sencillamente incompatible con un ordenamiento establecido a partir del principio democrático, y fundamentado consecuentemente sobre el principio de libertad general.

Así, los sujetos privados, y, particularmente, los ciudadanos individuales, hemos de reiterar, no actúan en sus relaciones por delegación del poder estatal, y consecuentemente asumen la responsabilidad dimanada de sus actos.

Estimar que la totalidad del tráfico jurídico–privado puede caracterizarse porque su desarrollo es producido a través del consentimiento o no prohibición a cargo del poder público, se adecúa francamente poco con el orden objetivo de valores materiales supremo representado por el sistema constitucional de Derechos Fundamentales garantes de la libertad. Singularmente ejemplificativo es el desenvolvimiento de la libertad contractual, a partir de la cual, *prima facie*, los particulares actúan en virtud de una decisión autónoma, cuyo valor es reconocido así como objeto de reglamentación a través del Legislador solo para sus rasgos básicos; y excepcionalmente protegida tocante a su configuración y efectos por los órganos judiciales –situaciones de desigualdad estructural de la partes–. Pero no es llevada a cabo esta actuación por delegación o autorización de los órganos estales, como ergotiza esta construcción teórica; y de igual modo sucede con el ejercicio de la totalidad de Derechos Fundamentales. Consideremos el siguiente punto de partida y conclusión a establecer: si concebimos la vinculación de los particulares como un problema jurídica y empíricamente real, si se acepta la multifuncionalización de los Derechos Fundamentales, basada en su naturaleza de orden objetivo de valores supremo y a partir de la consiguiente doble dimensión de esos Derechos, y, principalmente desde el punto de vista de la praxis, si tomamos los Derechos Fundamentales en serio para todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, dadas las premisas de esta teoría como respuesta al problema de la vinculación de los particulares a los Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, la misma es sencillamente inaceptable.

De inmediato podemos constatar, por añadidura, que la teoría convergencia–estatista sale a la confrontación abierta con las construcciones dogmáticas sobre la *Drittwirkung*. Al proponer una eficacia inmediata y directa de las normas de Derechos Fundamentales va al encuentro (choque) de la teoría de la eficacia mediata; cuando disloca el problema de la vinculación de los particulares para el ámbito de las relaciones entre individuo y Estado, muestra su oposición a la teoría de la eficacia inmediata; si se conciben los Derechos Fundamentales, a modo lo hace, exclusivamente como derechos de defensa, en su consideración de límites al poder del Estado, niega sentido y utilidad a la teoría de los Derechos Fundamentales como deberes (derechos a) protección. Con todo, la construcción resulta quizá útil para fundamentar la acción directa, normativa y/o fáctica del Estado, en orden a la protección de los Derechos Fundamentales, pero es dogmáticamente artificial y totalmente situada fuera de contexto.

Lo que está en cuestión específicamente como "telón de fondo", para la totalidad de las teorías acerca de la *Drittwirkung*, es la vinculación de los sujetos privados a los Derechos Fundamentales; y, desde esta construcción, no encontramos respuesta alguna al interrogante de saber si las normas constitucionales de carácter iusfundamental vinculan de algún modo a los particulares.

(8ª) Tocante a la teoría de los deberes de protección a cargo del Estado, hasta su surgimiento (en la práctica alemana desde1975, quizá con un antecedente más bien claro en 1969, y algún otro menos recognoscible), y considerablemente tributaria de la aportación dogmática de *Claus–Wilhelm Canaris*, antes de entrar a la consideración de la tesis en sentido propio, vamos a recordar alguna cuestión.

Así, de conformidad a la teoría de la eficacia mediata en los términos habitualmente seguidos, trataba de verse a los Derechos Fundamentales desde su clásica función de posiciones jurídicas defensivas frente a intervenciones arbitrarias en la correspondiente esfera de libertad individual. De acuerdo a lo expuesto por esta teoría, el sujeto en cuestión estimada la lesión de un Derecho Fundamental cuya titularidad le correspondía: bien hacía valer que la prohibición de una locución suya infraccionaría su Derecho Fundamental a la libertad de expresión; o bien un acreedor de una cantidad contratada reclamaba que la limitación de sus derechos contractuales a través de la Ley infringía su autonomía privada etc. Pero eso es solo una parte del aspecto de la función a desempeñar por los Derechos Fundamentales en el constitucionalismo democrático, porque, de otro lado, y como segundo aspecto, a veces el Estado debe realizar intervenciones favorables para la otra parte que ha sido lesionada por un tercero en su Derecho Fundamental. En suma, queremos subrayar, al lado del derecho de defensa, la función o deber protector a cargo del Estado de los Derechos Fundamentales frente a los ataques recibidos de sujetos privados u otros sujetos, y el correlativo derecho a protección de los Derechos en favor de los ciudadanos. Ambas funciones de los Derechos Fundamentales se consideran con carácter general, en este contexto teórico concreto del deber de protección estatal, situados en pie de igualdad. De cualquier modo, el punto más problemático para esta teoría, sin duda, es la relación y permeabilidad que debe existir entre el derecho de defensa y la función o deber de protección a desarrollar cuando estemos ante acuerdos contractuales entre particulares.

Es evidente para esta teoría, pues, la obligación exigida al Estado de intervenir si llega a producirse el supuesto de perjuicios en posiciones jurídicas pertenecientes a sujetos privados, aunque también demanden

actuaciones positivas, correspondiendo en ambos casos la primacía de la función protectora al Legislador democráticamente legitimado de manera directa, por períodos temporales, y cuyo margen de actuación ha de ser muy superior, por ejemplo, al de la discrecionalidad administrativa. Ahora bien, no solo las normas del Derecho Privado tienen la función de proteger al afectado, porque según el grado de la puesta en peligro y conforme al rango del Derecho Fundamental amenazado, el Legislador puede verse obligado a reaccionar incluso con sanciones de carácter público, y llegar hasta a la adopción de medidas protectoras obteniendo apoyo para ello con fundamento en el Código Penal; así fue estimado por la jurisprudencia constitucional alemana en las dos sentencias sobre la interrupción voluntaria del embarazo, o en la española. Ambas funciones de los Derechos Fundamentales son consideradas desde este contexto concreto, al menos, de nuevo en pie de igualdad. De otra parte, al tomar en consideración las leyes ordinarias (y para algunos también la jurisprudencia constitucional), en lugar de los Derechos Fundamentales directamente, a hora del desenvolvimiento de la función de dar cumplimiento a los deberes de protección estatal, nos enfrentamos más pronto que más tarde con el mismo fenómeno acontecido desde el seguimiento de la teoría de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales: para el desarrollo del contenido de estos últimos en el sector del Derecho Privado, son artífices principalmente el Legislador y el Poder judicial, cuyas "obras" vienen entonces a ocupar la posición debida al poder constituyente.

A esto sumamos la duda teórica de calado fuerte, respecto de la intensidad diferenciada de la eficacia de la Constitución, de su función jurídica, según la parte de la misma tomada en consideración, por lo que también aquí, en el sentido dogmático, el resultado ofrecido desde esta construcción teórica no puede convencer nunca en su totalidad. Por demás, no mejora sustancialmente mediante esta aportación dogmática y su aplicación, aunque uno no sabría negarle un cierto avance teórico–

práctico, la falta de transparencia y la dificultad de control de las decisiones adoptadas, déficit achacado asimismo a la teoría clásica de los efectos mediatos. De modo particular, hemos de estimar la postulación más o menos acusada, según el autor, acerca de que, cuanto mayor resulte el desequilibrio de poder o la desigualdad de hecho entre los sujetos privados, dado el supuesto en cuestión y las circunstancias concurrentes, superiormente reivindicada, ha de ser la eficacia de las normas de Derechos Fundamentales para las relaciones intersubjetivas, de modo aún más específico si es el Poder Judicial quien ejercita el deber de protección del Estado de los valores supremos del orden jurídico.

El Legislador ordinario, defienden la mayoría de los postuladores de esta teoría, es a quien corresponde la primacía por lo referido al cumplimiento del deber protector estatal de los Derechos Fundamentales, y a nuestro modo de ver, se halla instalado relativamente cómodo entre los principios de *Untermaßverbot* y *Übermaßverbot*; en modo alguno encajonado entre los dos. La prohibición de insuficiencia de protección, únicamente exige que el derecho producido por el Legislador ofrezca globalmente una protección eficaz del Derecho Fundamental a concretizar; tampoco es excesiva la pretensión, pero la jurisdicción constitucional alemana se ha esforzado en que no se quedara en una mera promesa. Sin embargo, deja abiertas amplias posibilidades acerca de cómo ese Derecho deba ser específicamente concretizado. Solo exige de los poderes públicos, dada la amplia libertad de configuración conferida, la implementación de medidas que no sean completamente inadecuadas o insuficientes en orden al amparo de los Derechos Fundamentales.

A tenor de la fórmula del *Untermaßverbot*, estaremos frente a una vulneración del deber de cumplimiento de la obligación protectora, en las hipótesis de: a) las reglamentaciones atacadas y las medidas estatales resultan ser inidóneas o defectuosas para alcanzar el fin protector, o

quedan muy por detrás de lo obligado; b) el poder estatal permanece totalmente inactivo, por lo cual, el examen de la prohibición de protección deficiente exige enjuiciar la proporcionalidad de todos los medios posibles para alcanzar la tutela debida; c) el Estado implementa un medio presuntamente favorable al derecho subjetivo a protección del Derecho Fundamental, y, con todo, surge el interrogante de si esa medida satisface las exigencias de la prohibición de protección deficiente, lo que habrá de medirse proporcionadamente. Todo esto, tiene validez solo para la protección mínima, pero el Legislador dispone de libertad al objeto de asistir más eficazmente a la parte débil, eso sí, absteniéndose de limitar el derecho de defensa de la parte contraria por rebasar el tope marcado desde el *Übermaßverbot.*

Es verdad que no existe una distancia sideral de esta teoría respecto de la tesis de la eficacia inmediata, algo que sí sucede entre la última y la mediata; sobre todo, decimos ello, por el primado inexplicable de las cláusulas generales que contiene entre sus componentes dogmáticos esenciales la teoría de los efectos indirectos. Efectivamente, desde el planteamiento a cargo de la tesis del deber de protección, al estimar que también los órganos judiciales, y no exclusivamente el Legislador, están directamente obligados a la concretización *prima facie* de los Derechos Fundamentales para aquellos supuestos en que resulte imprescindible, la aproximación se produce; aunque la distancia sigue existiendo, como es fácil de apreciar para todo aquel observador no dispuesto a cerrar voluntariamente los ojos. Las fuentes de *logia* pueden estar todo lo cerca que se quiera, pero seguirán siendo dos; ni son tres, ni es una. Por añadidura, de valorar hipotéticamente una distancia inferior a la apreciada por nosotros respecto de la teoría de la eficacia directa (algo más que una mera hipótesis), desde el punto de vista práctico, seguimos sin apreciar la ventaja de distinguir (si resulta posible) entre la concepción de deberes de protección dirigidos también al juez y la tesis de la eficacia directa, por lo cual, entendemos de superior coherencia

dogmático–democrática, que son, de hecho, los propios particulares quienes están directamente vinculados a los Derechos Fundamentales en las relaciones intersubjetivas. Y, desde luego, la aplicación directa supone inferiores riesgos para el real disfrute de los Derechos a cargo del ciudadano. De cualquier modo, observamos con agrado que por lo referido a Alemania –país de su surgimiento–, en términos generales, podemos entender consolidada la jurisprudencia constitucional que asume esta tesis y, además, está siendo ampliada permanentemente (aunque vaya despacio, y con algún que otro tropiezo–retroceso, naturalmente, a los confines más trillados, confortables y de inferior articulación dogmática, propios de la tesis de la eficacia mediata), lo que tendrá la correspondiente repercusión antes o después para otros órdenes jurídicos, y devendrá en una superior concretización de los Derechos Fundamentales para los ámbitos que regulen. Contrariamente, hasta el momento, nuestro Tribunal Constitucional encuentra escasos motivos para la fatiga precisamente por los esfuerzos dogmáticos que realiza acerca de este tema, si hacemos excepción del Auto de 1996 (ya ha llovido, y frecuentemente le ignora) y poco más; adicionalmente, da de tarde en tarde un salto adelante –que no valoramos de pértiga–, de inmediato correspondido por medio hacia atrás. Una de las precauciones esenciales, albergada incluso por autores de entre los más serios defensores de la existencia de un Derecho Fundamental a ser protegido por el Estado frente a terceros, afirman que el mismo no puede disminuir de modo alguno los derechos y libertades del individuo frente al Estado; estos han de seguir protegiendo, frente a todo, al individuo de los excesos del poder público, destacando aquí de nuevo al efecto la decidida toma de postura del profesor Josef Isensee.

A pesar de que en el texto del escrito hemos debido forzosamente decantarnos (bien se nos comprenderá que en algún sitio deberíamos colocar la teoría del deber de protección estatal, aunque no hemos escogido al azar, pues lo que menos seguro tenemos es estar ante dos

planteamientos para llegar la misma consecuencia), aún no alcanzamos a comprender con claridad, si esta construcción dogmática hemos de verla: sea que la teoría del efecto indirecto sobre terceros establecida inicialmente por la jurisdicción del Tribunal Constitucional alemán sobre la base de los trabajos de *Günter Dürig* ha debe considerarse como un subcaso de la teoría de los deberes de protección; sea que, a la inversa, debamos entender el deber de protección como subcaso del efecto mediato sobre terceros; o sea, finalmente, que el efecto indirecto sobre terceros o/y los deberes de protección hemos de entenderlo al modo de diferentes perspectivas del mismo problema, o que se conciben como dimensiones afines de los Derechos Fundamentales. Hay quien incluso aboga más expeditivamente, no son tan pocos, a favor de la sustitución más o menos completa del efecto indirecto sobre particulares de los Derechos Fundamentales, por la dogmática de los derechos/deberes de protección; hasta propugnar los planteamientos más radicales, el abandono y el olvido del término *Drittwirkung*, nos tememos que, venturosamente, con futuro escaso éxito. Otros ven la teoría de los deberes de protección, en fin, como el peligro real, amenazante de exterminio, para un sistema consistente de Derecho Privado, elaborado por medio de reflexiones seculares. A esta falta de certeza contribuye, a buen seguro de forma indeliberada, la jurisprudencia de Tribunal Constitucional Federal alemán, fuente en la que abrevan tantos otros Altos Tribunales, relativa a los efectos de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado; lo que es la prueba de la multiplicación de lo intrincado de la materia, y no una mera traslación de sede del problema a sabiendas de que el mismo no se resuelve. De manera particular, afecta lo previo, tocante a la evolución seguida por la tesis del deber de protección, demostrativo asimismo del muy superior calado dogmático de la teoria del que causa si nos quedamos en una primera impresión. Sí, la jurisprudencia a la que estamos aludiendo, resulta bastante menos uniforme de lo deseado, y asimismo esperaría quien, al dedicar su tiempo

con intensidad a otras materias, no ha tocado a fondo esta cuestión. De estar tratando con ello ante el tendido de puentes hacia esta teoría, desde nuestra perspectiva, debería hacerse para asociar la teoría de los deberes de protección con el principio estructural del Estado Social.

Ello nos lleva ciertamente de vuelta a la problemática de la protección social, hasta ahora vagamente descrita y muy de largo en su asociación sea a la *Drittwirkung* mediata sea a la teoría del deber estatal de protección, cuando deberíamos estar ampliamente reflexionando la manera mediante la cual debe influir como componte de la teoría del deber estatal, hasta concluir en una teoría del deber de protección del Estado Social; pues, por así decirlo, hay una relación *indisolubilitatem*: Derechos Fundamentales–Estado Social. De todos modos, un último matiz, a nuestro modesto juicio, el Tribunal Constitucional Federal alemán tiene en su favor el haber aceptado con carácter general los postulados doctrinales más realistas (no necesariamente los más brillantes dogmáticamente), y él mismo realiza serios esfuerzos por favorecer este desarrollo científico realista.

(9ª) El proyecto de tesis esbozado acerca de la *Drittwirkung* por *Robert Alexy*, está demandado de buenas dosis de continuidad, que no necesariamente de extraer la consecuencia conclusiva. Esta teoría dogmática cerrada, de llegar a finalizarse, por el momento pronosticamos concluirá su autor con la llegada a los mismos resultados que con las previas teorías ideadas…. No es verdad que todas las construcciones sean distintos caminos para llegar al mismo sitio. Consecuentemente, quizá acierte al no proseguir construyéndola, desde ese punto de vista conclusivo. Y no parece que, momentáneamente, algún discípulo formal o solo intelectual suyo, esté avanzando desde los postulados del autor; al menos, desconocemos avance, resultado provisional o definitivo alguno.

Por el contrario, y ello bien es sabido, su aportación intelectual quizá más relevante y las consecuencias de la misma (nos referimos, obvio es, a su mundialmente expandida dicotomía principios/reglas, acogida asimismo por nosotros con matizaciones en este trabajo), sí tiene continuadores, que en nuestra modesta opinión ya la superan o perfeccionan de algún modo; lo cual, habla muy bien de ambos, discípulo y maestro. Ante esto último, no hay que excluir la sorpresa de cara al continuado en la elaboración de la teoría propugnada, sea por el autor de lo hecho, sea por alguno(s) continuadores. Por el momento, nos duele tener que decirlo, estamos ante un galimatías apenas comprensible, y sería bueno que se avanzara en su construcción, pues, de lo contrario, puede quedar en el intento histórico de una especie de reliquia–marasmo; porque si se mezclan todos los caminos conocidos para llegar a un pretendido sitio, hasta es posible que alguien, en algún momento, llegue casualmente a ese destino, incluso ese alguien pudiera ser el propio *Robert Alexy*.

(10ª) El bosquejo teórico procedente de la autoría de *Jose Joaquim Gomes Canotilho*, entendemos que no trasciende, momentáneamente, de los hechos por varios postuladores de la teoría de la eficacia inmediata en términos no absolutos: la necesidad de apostar por soluciones diferenciadas y flexibles cuando se trate de la aplicación futura de la teoría de los efectos inmediatos. Uno no sabría negarle la finura del planteamiento (lo es el autor en todos los órdenes), y no estamos en condiciones de discutir la primacía (paternidad) del matiz o su situación entre los pioneros al apuntar esta postura. De cualquier forma, apostaríamos comparte la idea de que la aplicación diferenciada de los Derechos Fundamentales va de suyo, por la propia naturaleza de las cosas. Es más, ya compartía la idea, previo a ser nosotros un ser-ahí, acerca *de la inexistencia de lex ante casum*, como demuestra su obra, si bien observamos replanteamientos del autor, de carácter meramente

parcial referidos a este último aspecto; pero, consideramos, tampoco eran excesivamente previsibles estos, analizada la aportación teórica del autor.

Quizá valore la inferior capacidad de la incorporación de la tesis de la eficacia inmediata por el constitucionalismo de la posmodernidad, respecto del que está muy sensiblemente preocupado. En tal caso, la sorpresa sería para nosotros que no ofreciera más y cualificadas explicaciones, replanteamientos y avances. Entre tanto, contemplaremos el apunte con cautela, y no sin reservas. O, quizá sea propósito del autor, tender puentes a la teoría del deber estatal de protección, lo que explicaría y justificaría sus apuntes a modo de principio de prohibición de exceso, para incorporar a la construcción dogmática de la tesis de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales; cuyo contenten ido valorativo, eso sí, desplegará siempre efectos o funciones latentes de imposible formalización jurídica, pues son ahora los Derechos quien permiten hablar del simbolismo (político) de la Constitución, algo también admitido por el autor.

(11ª) Hasta ahora, hemos visto *ut supra* que los intentos han sido varios, pero sin excesiva fortuna. A continuación, vamos a referirnos a una vía, desde la que no se llega a la misma conclusión; ni cuando se ha seguido, al mismo resultado.

Especialmente, la afirmación de la democracia, cual fundamento de legitimidad de todo el ordenamiento jurídico del Estado Constitucional, justifica la prevalencia incondicionada de la Constitución como Norma Suprema elaborada por la soberana asamblea nacional constituyente y democráticamente electa, hecho en el que insistiera una mente tan penetrante, y prudente siempre, como fuera la del profesor y juez *Hans–Carl Nipperdey*, por medio de sus numerosas aportaciones sobre la *unmittelbare Drittwirkung*. Disponemos, pues, en sus rasgos esenciales (y

algo más), de una teoría a la altura de satisfacer las necesidades de la práctica –para decirlo mediante expresión empleada por todos en la dicción del maestro (incluso de sus maestros) profesor *Friedrich Müller*[1795]–, aunque esté convenida, lógicamente, de una cierta puesta al día y superior maduración, a producir a buen seguro en algún tiempo, mediante la concretización de cada norma de decisión[1796]; esto es, disponemos de un auténtico *ubi consistat* y la continuidad a partir de, no se puede rechazar por inverosímil. Es más, tesis asimismo acreditada por su exquisita sensibilidad social, mostrante de alta preocupación ante las cada vez más frecuentes, groseras y escandalosas vulneraciones de los Derechos Fundamentales a cargo de los poderes sociales dotados de posición de dominio, y cometidas frente a las partes de las relaciones jurídicas que, emplazadas obvio es, en la posición contraria, emergen caracterizadas por su debilidad estructural. Situación social que únicamente podremos combatir con rigurosidad y más rápidamente, mediante el empleo de la tesis de la eficacia inmediata, lo cual hemos procurado defender argumentadamente a lo largo de nuestro trabajo; en cuanto auténtica demanda de la realidad social empíricamente verificable, y de muy superior coherencia teórica. Opera, por así reflejarlo, una **vinculación objetiva y funcional entre *Drittwirkung* inmediata y máxima garantía factible a conseguir de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico–privado**; y, entonces, ¿por qué renunciar a ella?. Ahora bien, en ningún momento pretendemos decir,

[1795] Tampoco es difícil tropezar con una expresión conceptual menos empleada en general, o sencillamente creada por el maestro germano, a quien en su propio país, vale decir dentro de su propia tierra, le es prestado entre otros reconocimientos, el del autor del inusitado despliegue conceptual; y ello, sin perder un ápice yo calificaría de precisión, otros mucho más autorizados, hablan de rigor.

[1796] Es inexistente la diferencia entre método de aplicación y método de construcción de las normas jurídicas, entre los que sin embargo viera una gran diferencia incluso alguien considerado a sí mismo antipositivista, caso de Carl SCHMITT: „nunca se llegará a subrayar suficientemente la gran diferencia entre ambos"; y a buen seguro que pretendió ser antipositivista, si bien se quedara meramente en antinormativista–kelseniano. Por eso es tachado de positivista sociológico por Friedrich MÜLLER o por Luis–Quintín VILLACORTA MANCEBO; y de atropellador de la normatividad, lo cual, seguramente le preocuparía menos.

que la *Drittwirkung* es el presupuesto o postulado, o estimar que se trata de causa o motivo, o de modo; no creemos, a menos se nos demuestre, haber confundido a lo largo de la páginas presentadas: presupuesto (Derechos Fundamentales) con resultado (su eficacia inmediata en las relaciones intersubjetivas también).

Frente a los discursos teórica y funcionalmente ya anticuados de las teorías previamente descartadas, es claro y preciso resaltarlo a pesar de todo, sobre manera, ante el montaje teórico de la teoría de la eficacia mediata (solo comprensible por estar obligada a oponerse a la veracidad difícilmente cuestionable de la inmediata), temeroso por la mayoría de sus adalides de que el sistema de Derechos Fundamentales funcionara realmente demasiado bien, la teoría de la eficacia inmediata otorga la inevitable primacía formal y material a la obra del poder constituyente del pueblo, frente al resultado de la actividad reguladora–concretizante del Legislador ordinario; inmediato representante el último de ese pueblo sí, pero por períodos temporales, de lo cual derivan consecuencias importantes. Atendiendo a la función promocional y garantista del Derecho Constitucional, el principio democrático impone la máxima eficacia a todos los preceptos constitucionales, comenzando naturalmente por los más esenciales desde la perspectiva cualitativa, esto es, aquellos receptores del orden objetivo de valores comunitarios supremos, expresión más sincera de las profundas aspiraciones de transformación social inmanentes a la comunidad política. Así las cosas, **por medio de la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, es entonces de nuevo la Constitución la que inclina la balanza en un litigio entablado entre sujetos de Derecho Privado para toda relación intersubjetiva**, y no se produce a través de la legislación de Derecho común o mediante la concretización y aplicación del órgano judicial. Se puede mantener, pues, **hay una vinculación objetiva y general entre la debida protección de los Derechos**

Fundamentales en las relaciones jurídicas de naturaleza privada y la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos y Libertades.

Consiste la teoría de la *unmittelbare Drittwirkung*, de otro modo y desde la *substantiam*, en la actualización, el alumbramiento o la desobturación de puras posibilidades, aspecto al que, en el mejor de los casos y haciendo de la necesidad virtud, dirigen su teleología el resto de construcciones en los mínimos factibles. Efectivamente, el desempeño actualmente correcto de la función propia de los Derechos Fundamentales en el tráfico jurídico privado, solamente puede comprenderse de forma adecuada, mediante la vuelta al respeto, al valor sustancial y a la eficacia de la jerarquía de las normas, a la importancia real, no meramente retórica, del orden objetivo de valores supremo constitutivo de los Derechos Fundamentales; y todo ello, a su vez, permite asimismo el margen suficiente de actuación al objeto del despliegue de la eficacia necesaria correspondiente al principio de autonomía privada, tutelado por la Constitución y aplicable plenamente a situaciones en las que las partes de la relación jurídica se hallan en una situación de igualdad estructural. Así, la garantía de la aplicación directa, objetivamente sirve a la finalidad de proporcionar una tutela efectiva de los Derechos Fundamentales muy superior a la alcanzada por medio de complejos reguladores dependientes–independientes de Derecho Privado, y, por lo tanto, en última instancia, al objeto de proteger con mayor grado de efectividad actuaciones privadas autónomas.

La continua activación de un sistema eficaz de Derechos Fundamentales abierto a la concretización objetiva, culto y dinámico (*Kult des Dynamischen*, reclamado por la más democrática y documentada literatura jurídica alemana), por demás, y lo consideramos relevante, con muy inferiores riesgos para la "clocleada" eventual inflación de normas (*Normenflut*) iusfundamentales, mediante la que se la tacha, así como ante las prevenciones por la llegada a un Estado

jurisdiccional (*Justizstaat*), nosotros, lo que tememos, y frente a lo cual prevenimos, es ante el desemboque pantanoso en un Estado y una Sociedad al dictado de los poderes sociales de dominio, difícilmente controlables, y carentes de legitimidad democrática al objeto de preservar el bien común. Fundamentalmente por razones de justicia material, reclamada inexorablemente desde la realidad, lo que apoyamos con decisión desde nuestra humilde responsabilidad social y por convencimiento intelectual firme, hay también que postular la aplicación directa de las normas constitucionales garantes de los Derechos Fundamentales aplicables, para la totalidad de las relaciones intersubjetivas en las que así proceda. Por lo tanto, no estamos ante una mera técnica de interpretación distinta, capaz tan solo de llegar a las mismas conclusiones que el resto de las construcciones dogmáticas sobre la materia. Es el reconocimiento real de la imposición, "en marcha", de una **nueva dimensión de los Derechos Fundamentales,** cuya teorización ha sido considerablemente elaborada (pero apenas desarrollada prácticamente), **en beneficio de los individuos**, y tiene asimismo como corolario, el deber impuesto a cada uno de respetar los derechos de los otros; algo que me han inculcado mis maestros y las lecturas recomendadas, para que lo dialectice y lo practique. De ahí, nuestra **defensa cerrada abierta al futuro**, de la ***unmittelbare-Drittwirkung-von-Grundrechten-im-Privatrecht.***

Afirmar la existencia de vinculación inmediata de los particulares a los Derechos Fundamentales, asimismo conlleva correlativamente, la necesidad de distinguir respecto de su aplicación, entre poderes públicos y sujetos privados; pero eso no va más allá de la diferenciación a duras penas de grado medio, y cuadra mejor una diferencia de grado mínimo. En cuanto a la diferenciación de máximo grado, que es (para nuestra preocupación) quizá la prevalente de las tres, consideramos vulnera, por así decirlo, el principio de prohibición de exceso de diferenciación. El grado de diferenciación, y esta en sí misma considerada, traen

básicamente causa del hecho de que, en las relaciones intersubjetivas, todas las partes de las mismas son igualmente titulares de Derechos Fundamentales. El criterio quizá más importante propuesto a emplear en la resolución de conflictos de naturaleza iusfundamental, es el del grado de desigualdad fáctica entre las partes. Las relaciones jurídicas asimétricas cuanto más intensas sean, demandan como imperativo, mayor grado de vinculación de la parte más fuerte al Derecho(s) Fundamental en juego; grado fijado de nuevo en términos de proporcionalidad.

En nuestro orden jurídico, a efectos de que la propuesta formulada pueda adaptarse plenamente a la praxis, es necesario proceder a la modificación de los artículos 41.2 y 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (y, en su caso, de los concordantes precisados de ello), al efecto de facilitar la interposición directa del Recurso de amparo por los propios particulares lesionados en sus Derechos Fundamentales por otros sujetos privados, sin necesidad de acudir a la ficción de la denominada tesis de la asunción judicial, tal como se viene practicando para estos supuestos desde el inicio de su actividad, a cargo del Tribunal Constitucional español, y por el obligado acatamiento de la doctrina del Alto Tribunal, por los órganos judiciales integrantes de la jurisdicción ordinaria.

Aunque pueda parecer de algún modo chocante –no necesariamente– desde una visión de primera mano relativa a lo que venimos afirmado, contraponer eficacia inmediata y eficacia mediata, tampoco significa que se trate de concepciones entera, completamente excluyentes: admitir y requerir la posibilidad de una vigencia inmediata de los Derechos Fundamentales para las relaciones *inter privatos*, no implica negar o subestimar, sobre todo, el efecto irradiación de esos Derechos a través de la Ley.

(12ª) Tratándose de relaciones intersubjetivas estructuralmente igualadas, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, lo que varias veces presenta la faz de la difícil articulación de los Derechos Fundamentales frente a los particulares para este tipo de relaciones, es siempre un problema de conflicto de Derechos; al margen de pronunciamientos –no tan infrecuentes– que tocan de oídas. La aplicación de los preceptos relativos a los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, no levanta por sí misma problemas específicos, observada la regla material de armonización, propia de las situaciones jurídicas de conflicto con carácter general, y pendiente siempre del principio de proporcionalidad.

(13ª) El criterio material esencial para justificar la intervención restrictiva del contenido de los Derechos Fundamentales en el contexto de las relaciones intersubjetivas, es el principio de proporcionalidad, considerado en su carácter de una de las variantes aplicativa de la técnica de la ponderación, y precedido por los resultados arrojados por esta última. Para el Derecho Privado teórica y prácticamente riguroso, esto ha quedado asimismo paradigmáticamente puesto de relieve; y es así, mientras no seamos capaces de idear una técnica que ofrezca resultados superiores. Es verdad que han resultado para este caso particularmente manifiestas las reservas surgidas en el contexto de la vinculación del Derecho Constitucional y las relaciones intersubjetivas; más aún, como es lógico, debido a la distinta positivización de los textos de normas respecto de la realizada mediante el ejercicio de la potestad legislativa del Estado constituido. Sin embargo, surgen muy inferiores reticencias relativas a su aplicación al resultado de la actividad judicial, pues, en este caso, la función de control a cargo del principio de

proporcionalidad –resultado de la orientación de los actos del Estado en una relación fija y dinámica entre objetivo y medios–, se compagina mejor dada su caracterización, que viene dada por la proporcionalidad–adecuación. El principio opone abiertamente, con prudencia y sin temor, posiciones subjetivas constitucionales, se proyecta más transparente, y ofrece también por todo superiores rendimientos; no estamos seguros, sin embargo, que el trabajador del Derecho lo tenga siempre más fácil tocante a medir la proporcionalidad de la decisión judicial, comparando con las dificultades ofrecidas por la legislativa, dependerá de casos.

Así las cosas, a primera vista ya, la crítica respecto de la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad al Derecho Privado causa asombro, toda vez el principio de la medida correcta, razonable, viene establecido, desde luego, para un número importante de normas de Derecho Privado. Por lo tanto, no es ni mucho menos ajeno a este sector del orden jurídico. Sobre tal base, hay muchas razones avaladoras de la tesis de que, en ese aspecto, son congruentes los principios de proporcionalidad de Derecho Privado (aplicación), y trascendiendo siempre de Derecho Constitucional. Las regulaciones jurídicas iusprivadas, de forma normal resisten perfectamente la verificación respecto a su proporcionalidad, porque el buen Legislador histórico de Derecho Privado, siempre ha tratado de conseguir que se aproveche el margen de maniobra en el sentido de conseguir disposiciones proporcionales. Algunas regulaciones de Derecho Privado incorporan la idea de la compensación proporcional, aunque sea implícitamente, como las distintas graduaciones del derecho de responsabilidad civil (comenzando por el principio de causante, pasando por la inversión de las pruebas y la presunción de culpa, hasta la responsabilidad civil por peligrosidad etc); o expresamente, aunque los textos no le mencionen casi nunca por su nombre, como en los casos usura, en supuestos de desproporción flagrante entre prestación y beneficios patrimoniales, emergencia defensiva/ofensiva para casos de daños proporcionalmente

reducidos, restitución efectiva en lugar de restitución en especie, costes desproporcionados de fabricación, reducción de una penalización desproporcionada, sustitución efectiva en lugar de cumplimentación adicional para casos de costes desproporcionados....; en fin, la *Ley Azcárate*, Ley de 23 de julio de 1908 (conocida también como "Ley de Represión de la Usura"[1797], mediante su artículo primero recoge expresamente el principio[1798].

Incluso planteada la naturaleza de los Derechos Fundamentales exclusivamente en tanto que derechos subjetivos de defensa, no establecen los mismos una prohibición absoluta de intromisión dentro de su ámbito garantizado, toda vez el principio de proporcionalidad asociado a la prohibición de injerencia, posibilitará llegar a las conclusiones necesarias y adecuadas constitucionalmente, en el marco de la verificación del nexo entre medios y objetivos. La afirmación previa comprende asimismo el caso de que una posición de los Derechos Fundamentales no quede *ab initio* radicalmente mermada y perjudicada en interés público, sino para fortalecer la posición de Derecho Privado de otro titular de Derechos Fundamentales. La estimación flexible de la función compensatoria del Derecho Privado en el marco de la verificación de la proporcionalidad, considera (permite) mucho más la función subjetiva de defensa de los Derechos Fundamentales que el rechazo de la aplicación de la misma por el propio Derecho Privado. Frente a este rechazo, habla también la siempre presente dificultad de separar nítidamente el interés público del interés individual. La función de defensa de los Derechos Fundamentales como derechos subjetivos por

[1797] Su finalidad fundamental perseguía evitar las "condiciones leoninas" que los usureros imponían, así como lograr una mayor protección del usuario, y considerada aún vigente, desde luego sí lo estuvo mucho tiempo desde principios del siglo XX.

[1798] Establece al respecto: "Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales".

excelencia, de cualquier modo, constituye una perspectiva importante en cuanto a la compensación de las posiciones jurídicas de sus titulares, pero no se conforma actualmente como una categoría absoluta, pese a sólidas construcciones teóricas orientadas en este último sentido, entre las que sobresalen por su solidez argumentativa, a nuestro juicio, las debidas a los profesores *Josef Isensee* y *Bernhard Schlink.*

Las dudas acerca de la aplicación del principio no pueden partir, como entendemos se hace por esta última literatura jurídica objetora, enfocando el asunto desde la perspectiva de las dificultades para la orientación de la decisión jurídica hacia un criterio ponderado y razonable, lo que implica ya, por la propia naturaleza de las cosas, el surgimiento de dificultades serias respecto a la transferibilidad de la proporcionalidad al sector iusprivado del orden jurídico, que si bien presenta la singularidad consistente en el intento de lograr el equilibrio entre posiciones básicamente equivalentes, tiene asimismo otra singularidad no inferior, cual es la de estar regido por el principio de la autonomia de la voluntad al servicio de la autodeterminación de la persona, aspecto frecuentemente desplazado a secundaria posición.

Al margen de estas peculiaridades reconocidas por nuestra parte, lo verdaderamente esencial para decidir acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad dentro del sector del Derecho Privado, no es en qué medida resulta posible restringir esferas de libertad individual en pro del bien común, sino que se trata de conseguir una delimitación adecuada, razonable y ponderada de esferas de libertad individual recíprocamente delimitadas entre sí, por decirlo de algún modo; dentro de un espacio global y libre de intromisiones del poder público. Y no vemos, desde esta perspectiva considerada por nosotros correcta, cómo puede afectar a la esencia del Derecho Privado el régimen de la proporcionalidad; al contrario, refuerza la función de este sector normativo, entendida en términos democrático–pluralistas. De ahí, la apreciable flexibilidad de las

jurisprudencias constitucionales, bien orientadas en tal sentido, por cuanto, dada la riqueza de circunstancias específicas surgidas de la complejidad social posmoderna acompañantes de los casos, están impedidas de tener posiciones inequívocas y rígidas respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad para el ámbito iusprivado. Es importante distinguir por ello, entre autonomía y autorresponsabilidad de los individuos en la conformación de relaciones jurídicas, y la interferencia del Estado en el sentido de atribuir relevancia a las relaciones jurídicas estatuidas entre los sujetos privados, reconociendo esa conformación de carácter particular. Los límites de la autonomía privada están fijados (y ello nunca ha sido discutido seriamente) para nuestro ordenamiento, a cargo del artículo 1255 del Código Civil, y son las leyes imperativas, la moral y el orden público; conceptos a través de los cuales se puede abrir algún juego.

(15ª) Respetar y proteger la Dignidad del Ser Humano es el deber inexcusable de cualquier poder del Estado. El mandato de protección que encierra este postulado normativo, tiene innegable e inexcusablemente también efectos sobre el tráfico jurídico privado. Sin garantizar de forma plena los Derechos Fundamentales de los ciudadanos en todos los sectores del orden jurídico, el Estado constitucional **pierde su legitimación**, y aún en mayor medida, más concretamente el órgano o la **institución atropellador de la normatividad (detrás de la institución hay siempre personas…descubrimos?):** exigir **responsabilidad derivada de ese atropello** hasta llegar al **máximo grado** al alcance de la persona humana, **es deber** que se nos demanda, a fin del cumplimiento con nosotros mismos (autorresponsabilidad), para con los demás seres humanos (sin exclusión de los atropelladores), y, muy por encima, a

quienes nos queda siempre la **esperanza** (cual es nuestro caso), en cuanto **deber** referido al **„Ser“**[1799]**.**

[1799] Entre tanto, y además, puede ser esto asimismo comprendido-interpretado-concretizado, obvio es, desde el *Vorverständnis* heideggeriano, no susceptible de entender, a su vez, radicalmente distinto al por nosotros pretendido reflejar desde el texto; véase *ad exemplum* del autor *Sein und Zeit* (la manejada por nosotros es la 19ª ed., Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 2006) que, en cuanto se nos alcanza, valoramos es la obra producida por *Martin HEIDEGGER*, considerada aquí más adecuada a remitir para su, en este caso, relectura; y que únicamente debe realizar tal operación intelectual quien tenga consciencia acerca de que dispone de una simple visión de las cosas tratadas y, correlativamente, sienta la necesidad de captar el sentido, algo que solo va a lograr por medio de una nueva interpretación-comprensora. En fin, aquí está el lugar apropiado, pensamos, para arriesgar la cita.

BIBLIOGRAFÍA

«*cuando los hombres son amigos no necesitan de la justicia, mientras que, aun siendo justos, necesitan de la amistad*»

ABA CATOIRA, Ana: (I) *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Tecnos, Madrid, 2001.

(II) "La efectividad de los derechos de los trabajadores y del empresariado desde la implantación de las tecnologías en el ámbito laboral", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 18, 2014.

ABENDROTH, Wolfgang: "Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (1954)", *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, edición de Ernst Forsthoff, *Wissenschaftliche Buchgesellschaft Verlag,* Darmstadt, 1968.

ACOSTA SÁNCHEZ, José: *Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

AFONSO PEREIRA, Ravi: "Igualdade e proporcionalidade: un comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013.

AGUADO RENEDO, César: "El Estado de la Constitución de Cádiz", *Revista anthropos: Huellas del conocimiento*, 2012.

AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados: estado de la cuestión", *Actualidad jurídica*, X, 1981.

ALABANESE, Bernardo: "Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto spggettivo", *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Vol. IV, *Filosofia del diritto. Storia del diritto italiano. Altre scienze giuridiche e storiche*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1963.

ALÁEZ CORRAL, Benito: "Los sujetos de los derechos fundamentales", *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, edición de Francisco J. Bastida Freijedo y otros, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

ALBERTÍ ROVIRA, Albertí: "El impacto de la crisis financiera en el estado autonómico español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013.

ALCALÁ GALIANO, Antonio: *Lecciones de Derecho político* (Imprenta de D.I. Boix, 1843), Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ALEXY, Robert: (I) *Teoría de la argumentación jurídica*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

(II) *Teoría de los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

(III) "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1995.

(IV) "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1995.

(V) "Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático (Para a relação entre os direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional)", *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Vol. 16, 1999.

(VI) *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Editorial Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2004.

(VII) "Sobre los Derechos constitucionales a prestación", *Derechos sociales y ponderación*, ed. de Robert Alexy, 2ª ed., Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

(VIII) "Derechos fundamentales: ponderación y racionalidad", *El canon neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell / Leonardo García Jaramillo, Editoriales Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2010.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: "Autonomía privada y derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, Fascículo núm. 1, 1993.

ALONSO GARCÍA, Enrique: (I) "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", *Revista de Administración Pública,* núm. 100, 1983.

(II) "La jurisprudencia constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988.

ALPA, Guido: (I) *Introduzione allo studio critico del Diritto privato*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1994.

(II) "Libertà contrattuale e tutela costituzionale", *Rivista Critica del Diritto Privato*, Vol. 13, núm. 1, 1995. Pp. 35 y ss.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique: "El Derecho Constitucional de la crisis", *Revista de Derecho Político*, núm. 88, 2013.

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar y otros: *Derecho Político español, según la constitución de 1978*, Vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos: "A autonomía privada como principio fundamental da orden jurídica. Perspectivas estructural e funcional", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1980.

AMELUNG, Ulrich: *Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht. Schadenersatz und Gewinnabschöpfung bei Verletzung des Rechts auf Selbstbestimmung über personen bezogene Informationen im deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht,* Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2002.

***ANSCHÜTZ, Gerhard*:** *"Religionsfreiheit", Öffentliches Recht der Gegenwart. Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, *Band, II,* edición de *Gerhard Anschütz /Ri*chard Thoma, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1932.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier: "Derechos fundamentales, poder político y poderes sociales", VV.AA., *Direitos humanos: a promesa do século XXI,* Editora *Elsa* Portucalense, Universidade Portucalense, Porto, 1997.

ALBRECHT, Eduard Wilhelm: "Rezension über Maurenbrechers, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts", *Göttingische gelehrte Anzeigen*, Vol. 3, 1837.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia: "O constitucionalismo contemporáneo e a instrumentalização para a eficacia dos direitos fundamentais", *Revista Trimestral de Direito Público*, Vol. 16, núm. 1, 1996.

APARICIO PÉREZ, Miguel-Ángel: "Ambigüedades normativas del concepto «dignidad de la persona» en la constitución española de 1978", *Epaço Juridico: Journal of Law (EJJL) Edição especial Espanha*, 2013.

ARAGÓN REYES, Manuel: "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, 1986.

(II) "Un ejemplo sobre la dimensión estructural del Estado Social: Los Consejos Económicos y Sociales", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 1999.

(III) "Encuesta sobre la Ley de extranjería y la Constitución", *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 7, 2001.

(IV) "La Constitución como paradigma", *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Editoriales Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007.

ARTOLA GALLEGO, Miguel: *Antiguo Régimen y Revolución liberal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1978.

ASENSI SABATER, José: (I) *La época constitucional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

(II) "Encuesta sobre la Ley de Extranjería y la Constitución", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001.

(III) "Recensión al libro de Peter Häberle: El Estado Constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, 2002-2003.

(IV) "Liberalismo y modernidad en el constitucionalismo español", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 59, 2007.

ASSMANN, Aleida: ***Einführung in die Kulturwissenschaft***. *Grundbegriffe, Themenund Fragestellungen*. 3ª ed., Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2011.

AUGER LIÑÁN, CLEMENTE: "El principio de la tutela judicial efectiva en las relaciones privadas", *Constitución y relaciones privadas. Cuadernos de Derecho Judicial,* VV. AA., Vol. XI, Editorial Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

AUGSBERG, Ino: "Autonomie als soziale Konstruktion. Zur Wiedergewinnung des Individuellen in der gesellschaftlich orientierten Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik", *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, edición de Thomas Vesting / Stefan Korioth / Ino Augsberg, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2014.

AUGSBERG, Lars – VIELLECHNER, Ingo: "Die Drittwirkung der Grundrechte als Aufbauproblem", *Juristische Schulung*, 48. Jahrgang, Heft 5, 2008.

BACELAR DE VASCONCELOS, Pedro Carlos: *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*, Almedina Editora, Coimbra, 1995.

BADURA, Peter: (I) *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1966.

(II) "Arbeit als Beruf (Art. 12 Abs. 1 GG)", *Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag*, edición de Peter Hanau / Gerhard Müller / Herbert Wiedemann / Otfried Wlotzke, C. H. Beck Verlag, München, 1982.

(III) "Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates im Arbeitsrecht", *Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag*, edición de Franz Gamillscheg / Bernd Rüthers / Eugen Stahlhacke, C.H. Beck Verlag, München, 1988.

(IV) "Kodifikatorische und rechtsgestaltende Wirkung von Grundrechten", *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*, edición de Reinhard Böttcher / Götz Hueck / Burkhard Jähnke, Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1996.

(V) *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes* **für die Bundesrepublik Deutschland**, 3ª ed., C.H. Beck Verlag, München. 2003.

(VI) *Staatsrecht.* **Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland**, 6ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2015.

BAGEHOT, Walter: *La Constitución inglesa*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

BÄHR, Otto: *Der Rechtsstaat. Eine publizitische Skizze*, Kassel-Göttingen, 1864

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: (I) *Fuentes del Derecho* II. *Ordenamiento general del Estado y Ordenamientos autonómicos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

(II) "Crisis económica y crisis constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: (I) *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

(II) "Juez y Constitución", *Revista de Derecho Político*, núm. 47, 2000.

BALDASSARRE, Antonio: (I) "I diritti fondamentali nell`ordinamento costituzionale italiano", *Scritti in onore di Alberto Predieri*, VV.AA., Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1996.

(II) *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza Editori, Roma, 2002.

BALLARÍN IRIBARREN, Javier: "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988.

BALLERSTEDT, Kurt: "Wirtschaftsverfassungsrecht", *Die Grundrechte. Handbuch de*r *Theorie und Praxis* der *Grundrechte*, Band III, 1 Halbband, edición de Karl-August Bettermann / Hans-Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1958.

BARCELLONA, Pietro: (I) *Diritto privato e processo economico*, Dott. Eugenio Jovene Casa Editrice, Napoli, 1977.

(II) *Diritto senza società: dal disincanto alla indifferenza*, Dedalo Edizioni, Bari, 2003.

BARAK, Aharon: *The Judge in a Democray*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 2006.

BARBERA, Augusto: "Introduzione", *Le basi filosofiche del costituzionalismo*: *lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, edición de Augusto Barbera / Gianfrancesco Zanetti, Laterza Editore, Roma-Bari, 1997.

BARISIONE, Mauro: *Comunicazione e società: teorie, processi, pratiche del framing*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2009.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.

BARROSO, Luís Roberto: "Neoconstitucionalismo e Constitucionaliço do Direito (o Triunfo Tardío do Direito Constitucional no Brasil), Revista Eletrônica sobre a Reforma de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007, Disponível em: http://w.w.w.direitoestado.com.br.asp.

(II) **Interpretação e aplicação da constituição**: *fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 4ª edición, Saravia Editora, São Paulo, 2011.

BARTH, Karl: *Die Idee der Ordnung, Beiträge zur einer Politischer Philosophie,* Eugen Rentsch Verlag, Erlenbach-Zürich, 1958.

BARTHELEMY Joseph – DUEZ, Paul: *Traité de Droit Constitutionnel*, Librairie Dalloz Éditeur, Paris, 1933.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.: (I) *La libertad de antena. El art. 20 CE y el Derecho a crear televisión*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990.

(II) "Concepto y modelos históricos de los Derechos fundamentales", *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, edición de Francisco J. Bastida Freijedo y otros, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

BATTINI, Stefano: "The Problematic of the Internationalisation of Public Law", *European Review of Public Law*, Vol. 18, No. 1, 2006.

***BAUER, Hartmut*:** *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, Duncker & Humblot Verlag, *Berlin, 1986.*

BÄUMLIN, Richard: (I) *Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an der Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung*, EVZ-Verlag (Einer Von Zwölf) Verlag, Zürich, 1961.

(II) *Lebendige oder gebändigte Demokratie?: Demokratisierung, Verfassung und Verfassungsrevision*, Lenos Presse Z-Verlag, Basel, 1978.

BATTACLIA, Felice: *La Carte dei diritti (dalla Magna Charta alla Carta di San Francesco)*, 2ª ed., a cargo de Felice Battaglia, Sansoni Edizioni, Firenze, 1946.

BECKER, Anne: "Vorrang versus Vorherreschaft – Anmerkung zum Urteil des spanischen Tribunal Constitucional DTC 1/2004", *Europarecht*, 40. Jahrgang, Heft 3, 2005.

BELVISI, Francesco: "Un fondamento delle Costituzioni Democratiche Contemporanee? Ovvero: Per una costituzione senza fondamento", *Democratiche, Diritti, Costituzione: i fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanei*, edición de Gustavo Gozzi, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1997.

BENDA, Ernst: (I) "El Estado social de Derecho", *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Editoriales Instituto Vasco de Administración Pública–Marcial Pons, Madrid, 1996.

(II) "Dignidad humana y Derechos de la personalidad", *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Editoriales Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 2001.

(III) "Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VII, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "Principio de igualdad y Derecho privado", *Anuario de Derecho civil*, Vol. 43, Fascículo núm. 2, 1990.

BERNAL PULIDO, Carlos: (I) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

(II) "La racionalidad de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2007.

(III) "¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la Teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España", *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan-R. Sieckmann, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

BETHGE, Herbert: *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen,* Franz Vahlen Verlag, München, 1977.

BIGLINO CAMPOS, Paloma M.: "Derechos fundamentales y competencias de la Unión", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, 2003.

BILANCIA, Francesco: *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Cedam (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova 2000, Sulla crisi della rappresentanza politica p. XVII ss.

BILBAO UBILLOS, Juan María: (I) *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editoriales Boletín Oficial del Estado–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

(II) *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. La noción de State Action en la jurisprudencia norteamericana*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997.

(III) "En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?", *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010.

BILBAO UBILLOS, Juan María – REY MARTÍNEZ, Fernando – VIDAL, José Miguel: *Lecciones de Derecho Constitucional I*, 2ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011.

BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo: *Diritto costituzionale: (Lo stato democratico moderno)*, Vol. I, Dott. Eugenio Jovene Casa Editrice, Milano, 1949.

BITTNER, Claudia: "Case note – Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010", *German Law Journal*, Vol. 12, No. 11, 2011.

BLANCO VALDÉS, Roberto L.: (I) *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del constitucionalismo liberal*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

(II) *La Constitución de 1978*, Alianza Editorial, Madrid, 2003.

(III) *La construcción de la libertad. Apuntes para la historia del constitucionalismo europeo*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.

(IV) "En el bicentenario de la Constitución de 1812: la primer revolución liberal y el nacimiento de la nación española", *REGAP, Revista galega de administración publica*, núm. 43, 2012.

BLAT GIMENO, Francisco Ramón: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Editorial Centro de Publicaciones, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986.

BLECKMANN, Albert: (I) "Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 103. Jahrgang, Heft 19, 1988.

(II) "Probleme des Grundrechtsverzichts", *Juristen Zeitung*, 43. Jahrgang, Heft 2, 1988.

(III) *Staatsrecht* II – *Die Grundrechte*, 4ª ed., Carl-Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1997.

BLOCH, Marc: *The Historian's Craft*, Manchester University Press, Manchester, 1954.

BOBBIO, Norberto: (I) *Teoria della norma giuridica*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1958.

(II) *Teoria generalle della politica,* Giulio Einaudi Editore, Torino, 1999.

(III) *Iguaglianza e libertà,* 3ª ed., Giulio Einaudi Editore, Torino, 2014.

(IV) *L'età dei diritti*, 4ª ed., Giulio Einaudi Editore, Torino, 2014.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: (I) *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, 2ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1981.

(II) "Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", *Der Staat*, Band. 29, Heft 1, 1990.

(III) *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz: erweiterte Fassung eines Vortrages gehalten in der Carl Friedrich von Siemens Stiftung am 19. Oktober 1989*, Heinrich Meier Verlag, München-Nymphenburg, 1990.

(III) *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991.

(IV) *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

(V) *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

(VI) *Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit. Der Paradigmenwechsel und Uebergang von einer naturrechtlichen zur positiv-rechtlichen Grundlegung des Rechtssystems bei Thomas Hobbes*, Schwabe Verlag, Basel, 2004.

BODIN DE MORAES, Maria Celina: (I) "A caminho de um direito civil constitucional", *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, Vol. 17, núm. 65, 1993.

(II) "Constituição e Direito Civil: Tendências", *Revista dos Tribunais*, núm. 779, 2000.

(III) *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil–Constitucional dos Danos Morais*, Renovar Editora, Rio Janeiro, 2003.

(IV) *Princípios do direito civil contemporâneo*, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 2006.

BLOCH, Ernst: *Derecho Natural y Dignidad humana*, Editorial Aguilar, Madrid, 1980.

BONAVIDES, Paulo: (I) *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed., Saravia Editora, São Paulo, 2007.

(II) "O direito à paz como direito fundamental da quinta geração", *Estudos de direito constitucional e urbanístico: em homenagem à profa. Magnólia Guerra*, edición de Francisco Luciano Lima Rodrigues, Rcs Editora, São Paulo, 2007.

(III) *Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2011.

(IV) *Curso de Direito Constitucional*, 31ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2016.

BOROWSKI, Martin: (I) *Grundrechte als Prinzipien, Die Unterscheidung von Prima-facie-Position und definitiver Position als Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998.

(II) "La restricción de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, 2000.

(III) *La estructura de los derechos fundamentales*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

(IV) *Grundrechte als Prinzipien, Die Unterscheidung von Prima-facie-Position und definitiver Position als Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, 2ª. ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2007.

(V) "Derechos de defensa como principios de Derecho fundamental", *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan-R. Sieckmann, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín: *Los límites de los derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

BRAUN, Harald E.: *Juan de Mariana and and Early Modern Spanish Political Thought*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2007.

BREMER, Francis: *John Winthrop: America's Forgotten Founder*, Oxford University Press Academic Publishing, New York, 2003.

BROX Hans **– WALKER**, **Wolf-Dietrich:** *Allgemeiner Teil des BGB*, 40ª ed., Franz Vahlen Verlag, München, 2016.

BRUGGER, Winfried: (I) *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1987.

(II) "Elemente verfassungsliberaler Grundrechtstheorie", *Juristen Zeitung*, 42. Jahrgang, Heft 13, 1988.

(III) "Stufen der Begründung von Menschenrechten", *Der Staat, Band 31, Heft 1, 1992.*

(IV) "The Image of the Person in the Human Rights Concept", *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, No. 3, 1996.

***BRYDE, Brun-Otto*:** *"Programatik* und Normativität der Grundrechte", *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band. I, *Entwicklung und Grundlagen, edición de* Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.*

***BUCHER, Eugen*:** *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1965.

BÜHLER, Ottmar: (I) *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Wolfgang Kohlhammer Verlag, *Berlin*-Stuttgart-Leipzig, 1914.

(II) *Die Reichsverfassung vom 11. August 1919: Mit Einleitung, Erläuterung, und Gesamtbeurteilung nebst einem Anhang enthaltend den Wortlaut der Geschäftsordnungen für den Reichstag und für die Reichsregierung*, Verlag von B. G. Teubner, Leipzig und Berlin, 1922.

BULL, Hans-Peter: *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2ª ed., Athenäum Verlag, Kronberg/Ts., 1977.

BURDEAU, Georges: (I) "Essai sur l`evolution de la notion de loi en droit français", *Archives de philosophie du droit et de Sociologie juridique*, Vol. 9, núms. 1-2, 1939.

(II) *Le libéralisme*, Éditions de Seuil, Paris, 1979.

(III) *Traité de Science politique, Tome IV, L`État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence Éditions, Paris, 1987.

BURDEAU Georges – HAMON, Francis – TROPER Michael: *Droit Constitutionnel*, 25ª ed., Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence Éditions, Paris, 2001.

BUSCHE, Jan: *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1999.

BUTTURINI, Daniele: "L'informazione tra diritto individuale di libertà politico-economica e funzione di servizio pubblico", *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero. La libertà di informazione e la democrazia costituzionale*, Volume II, edición de Daniele Butturini / Matteo Nicolini, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

BYDLINSKI, Franz: "Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Rechts*, Band. XII, 1962-1963.

CADART, Jacques: *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, Tomo I, 2ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Éditions, Paris, 1979.

CALLAHAM, William J.: *La Iglesia Católica en España (1875-2000)*, Editorial Crítica, Barcelona, 2002.

CALLIES, Christian: (I) *Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnise*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2001.

(II) "Die umweltrechtliche Verbandsklage nach der Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes – Tendenzen zu einer «Privatisierung des Gemeinwohls» im Verwaltungsrecht?", *Neue Juristische Wochenschrift*, 56. Jahrgang, Heft 2, 2003.

(III) "Der Grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verssungsrechtsverhältnis", *Juristen Zeitung*, 61. Jahrgang, Heft 7, 2006.

(IV) "Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft – Überlegungen vor dem Hintergrund der Staatsschuldenkrise in der Eurozone", *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union – Deidesheimer Kolloquium 2012 zu Ehren von Detlef Merten anlässlich seines 75. Geburtstages*, edición de Christian Calliess / Wolfgang Kahl / Kirsten Schmalenbach, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2014.

(V) "Determinanten des Eigentumseingriffs in der Europäischen Union: Zur Abgrenzung von Inhaltbestimmung, Beschränkung und Enteignung", *Das Zusammenwirken von deutschen und europäischem Öffentlichen Recht. Festschrift für Hans D. Jarass zum 70. Geburtstag*, edición de Martin Kment, C.H. Beck Verlag, München, 2015.

CÁMARA VILLAR, Gregorio: (I) *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal constitucional español*, Edición del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

(II) "El sistema de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución española", *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, 5ª ed., edición de Francisco Balaguer Callejón y otros, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

(III) "Semblanza de Fernando de los Ríos", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm: (I) "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 184, Heft 3, 1984.

(II) "Grundrechte und Privatrecht (mit Erwiderung)", *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 185, Heft 1, 1985.

(III) "Vertöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht", *Juristen Zeitung*, 42. Jahrgang, Heft 21, 1987.

(IV) "Zur Problematik von Privatrecht und verfassungsrechtlichem Übermaßverbot - Ein Schlußwort zu den vorstehend abgedruckten Erwiderungen von Ramm und Wieser", *Juristen Zeitung*, 43. Jahrgang, Heft 10, 1988.

(V) "Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts", *Juristische Schulung*, 29. Jahrgang, Heft 3, 1989.

(VI) *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht: aktualisierte und stark erweiterte Fassung des Vortrags vom 2. Juli 1993*, Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Sitzungsberichte, Jahrgang 1997, Heft 7, C.H. Beck Verlag, München, 1997.

(VII) *El sistema en la Jurisprudencia*, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

(VIII) *Grundrechte und Privatrecht, – eine Zwischenbilanz*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York. 1999.

(IX) "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung", *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 200, Heft 3-4, 2000.

(X) "Drittwirkung der gemeinschaftrechtlichen Grundfreiheiten", *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, edición de Hartmut Bauer / Detlef Czybulka / Wolfgang Kahlv / Andreas Voßkuhle, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2002.

(XI) "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha", *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, 3ª ed., edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010.

CÁNOVAS DEL CASTILLO, Antonio: *De cómo he venido yo a ser doctrinalmente proteccionista* (Imprenta de Fortanet, 1891), Nabu Press, Charteston-South Corolina, 2011.

CAPORAL, Stéphane: *L`affirmation du príncipe d`égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Éditeur Economica–*Presses universitaires d'Aix–Marseille*, Aix-en-Provence, 1995.

CAPPELLETI, Mauro: *La giurisdizioni costituzionale della libertà*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1976.

CARBONNIER, Jean: *Flessibile diritto. Per una sociología del diritto senza rigore*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1997.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio: *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina Editora, Coimbra, 2004.

CARONI, Pio: *Saggi sulla Storia della Codificazione*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1998.

CARPINTERO GÓMEZ, Francisco: *Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad, Salamanca, 1977.

CARRÈ DE MALBERG, Raymon: *Contribution à la Théorie Générale de l`État, spécialement d´après les données fournies par le Droit constitutionel français*, Vol. II, Sirey Éditeur, Paris, 1922.

CARRILLO LÓPEZ, Marc: (I) "La cuestión prejudicial y otras garantías de los derechos, en la reforma de la Constitución francesa, según la ley constitucional de 23 de julio de 2008", *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2008.

(II) "L`impacte de la crisis sobre els drets de l`àmbit social", *Revista catalana de dret públic*, núm. 46, 2013.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis: "Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 193, 2014

CASAVOLA, Francesco Paolo: "Dalla propietà alla solidarietà: appunti per una riflessione in tema di diritti individuali e sociali", *I Diritti Umani*, edición del mismo autor, Cedam (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova, 1997.

CASCAJO CASTRO, José Luis: "Derechos sociales", *Derecho Sociales y Principios Rectores*, edición de José Luis Cascajo Castro / Manuel Terol Becerra / Antonio Domínguez Vila / Vicente Navarro Marchante, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CASCAJO CASTRO José Luis – GIMENO SENDRA, Vicente: *El recurso de amparo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

CASTÁN TOBEÑAS, José: (I) "El concepto de Derechos subjetivos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940.

(II) *Derecho civil español, común y foral, Introducción y parte general,* Vol. I, *Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad*, Editorial Reus, Barcelona, 1951.

CASETTA, Elio: "Diritti pubblici subbiettivi", *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1963.

CASSESE, Sabino: *Il diritto globale. Giustizia e democracia oltre lo Stato*, Einaudi Editore, Torino, 2009.

CASSIRER, Ernst: (I) *The Myth of the State*, Yale University Press, New Haven, *1946.*

(II) "La idea de la constitución republicana (1928)", ahora en *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 40, 2009

CASTANHEIRA NEVES, António: "A unidade do sistema jurídico", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, Vol. II, Boletim da Facultade de Direito Número especial, Universidade de Coimbra Editora, Coimbra, 1979.

CEA EGAÑA, José Luis: *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica,* Edición de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1999.

CELANO, Bruno: *Dos estudios sobre la costumbre,* Editorial Fontamara, México, 2000.

CERVATI, Angelo Antonio: "In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» tra valori costituzionali (A propósito di alcune riflessioni della dottrina tedesca e austriaca", *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici. Atti del Seminario svoltosi in*

Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, VV. AA., Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1994. p. 55 ss.

CHEVALLIER, Jean-Jacques: *Histoire de la pensée politique*, Payot Éditions, Paris, 2006.

CHRISTENSEN, Ralph: "Richterrecht - rechtsstaatlich oder pragmatisch? - Zum Streit um die Sicht des Richterrechts in der strukturierenden Rechtslehre", *Neue Juristische Wochenschrift*, 42. Jahrgang, Heft 50, 1989.

CHRISTENSEN, Ralph – FISCHER-LESCANO, Andreas: *Das Ganze des Rechts. Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte,* Duncker & Humblot Verlag, 2007.

CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo Luis: "La marginalidad jurídica de la dignidad humana", *Dignidad humana y derechos fundamental*, edición de Ricardo Luis Chueca Rodríguez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

CIARAMELLI, Fabio: *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

CLAPHAN, Andrew: *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

CLARKE, Michael: *Challenging Choices: Ideology, Consumerism and Policy,* The Policy Press, Bristol, 2010.

CLASSEN, Claus-Dieter: "Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 121, Heft 4, 1997.

CLÉRICO, Laura: "Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad", *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan-R. Sieckmann, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin: "Teoria constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatoria", *Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, edición de Carlos Henrique de Carvalho Filho, Revista dos Tribunais Editora, *São Paulo*, 1995.

COHEN, Jean L.: *Globalization and sovereignty: Rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism*, Cambridge University Press, New York, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder: (I) *A afirmação Histórica dos direitos humanos*, Saraiva Editora, São Paulo, 1999.

(II) "Fundamentos dos direitos humanos – A noção jurídica de fundamento e sua importância em matéria de direitos humanos", *Revista Consulex*, Año IV, núm. 48, 2000.

CONDE GARCÍA, Francisco Javier: *Introducción al Derecho Político actual*, (reimpresión de la edición de 1942), Editorial Comares, Granada, 2006.

CONSTANT, Benjamin: (I) *Curso de Política constitucional*, Vol. I, Editorial Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820.

(II) *Sobre la libertad en los antiguos y en los modernos*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

COUTINHO, Aldacy Rachid: "A autonomía privada: em busca da defesa dos Direitos fundamentais dos trabalhadores", *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010.

CORNU, Gérard: *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12ª ed., Montchrétien Éditions Domat, Paris, 2005.

COSTA, Pietro: "Derechos", El *Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, edición de Maurizio Fioravanti, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

CRISAFULLI, Vezio: (I) *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1952.

(II) "Diritti di libertà e poteri dell´imprendidore", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale: dottrina, giurisprudenza, legislazione*, Vol. V, I, 1954.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: (I) "Derechos fundamentales y Derecho privado", *La curiosidad del jurista persa y otros estudios constitucionales*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

(II) "La Constitución y el resto del ordenamiento jurídico", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. IV, Editorial Thomson–Cívitas, Madrid, 2003.

(III) "La cláusula general europea", *Hacia la europeización de la Constitución española: la adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, VV.AA., Editorial Fundación BBVA, Bilbao, 2006.

DABIN, Jean: *Le droit subjectif*, Dalloz Éditions, Paris, 2007.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso: *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, 5ª ed., LTr Editora, São Paulo, 2014.

DANEY, Pierre: *Le principe d`égalité*, Imprimerie René Samié, Bordeaux, 1927.

D'ANGELO, Andrea: *La buona fede*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 2004.

DA SILVA, José Alfonso: (I) *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed., Revista dos Tribunais Editora, São Paulo, 1982.

(II) *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2004.

(III) *A Constitucionalização do Direito*, Malheiros Editores, São Paulo, 2005.

(IV) "Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes", *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan-R. Sieckmann, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

DENNINGER, Erhard: (I) "Der Präventions-Staat", *Kritische Justiz*, Band 21, Heft 1, 1988.

(II) *Der gebändigte Leviathan (Gesammelte Aufsätze zu Rechtsfragen im Umkreis von Technik, Staat und Polizei)* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1990.

(III) *Menschenrechte und Grundgesetz*, Beltz–Athenäum Verlag, Berlin, 1994.

(IV) "Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot", *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit, Festschrift für Ernst-Gottfried Mahrenholz*, edición de Herta Däubler-Gmelin / Klaus Kinkel / Hans Meyer / Helmut Simon, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994.

DE AGUIAR, Ruy Rosado Jr: "O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidade", *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Vol. 18, 2000.

DE ASÍS ROIG, Rafael: (I) *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Editoriales Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid–Dykinson, Madrid, 2000.

DE AZCÁRATE Y MENÉNDEZ, Gumersindo José: (I) "El positivismo y la civilización", *Revista Contemporánea*, IV, Madrid, 30 de julio de 1876.

(II) *Estudios económicos y sociales*, Editorial Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876.

DE CABO MARTÍN, Carlos: (I) *La crisis del Estado Social*, Ediciones Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.

(II) *Contra el Consenso – Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 1997.

(III) *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Editorial Trotta, 2010.

(IV) "Propuesta para un constitucionalismo crítico", *Jueces para la democracia*, núm. 76, 2013.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico: (I) "El Derecho Civil y la Constitución", Revista de Derecho Privado", núm. 257, 1935. 3 y ss.

(II) *El negocio jurídico*, Editorial Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

(III) *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, 2ª ed., Editorial Cívitas, Madrid, 1985.

(IV) *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, 2ª ed., Reimpresión, Editorial Thomson Reuters–Civitas, Cizur Menor, 2016.

DE ESTEBAN ALONSO, Jorge – GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José: *Tratado de Derecho Constitucional español*, (puesto al día por **Ángel SÁNCHEZ NAVARRO**), Editorial Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004.

DE LUCA, Stefano: *Alle originini del liberalismo contemporaneo. Il pensiero di Benjamin Constant tra il Termidoro e l'Impero*, Marco Editore, Lungro di Cosenza 2003.

DE LUCAS MARTÍN, Javier: "Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo del Code de Napoleón", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. VI, 1989.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio: (I) *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987.

(II) "La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", *Derechos fundamentales y Constitución*, VV. AA., Editorial Cívitas, Madrid, 1988.

DE PADUA, Marsilio: *El Defensor de la paz*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

DE RUGGIERO, Guido: *Storia del liberalismo europeo*, Laterza Editore, Bari, 1925.

DE SOUSA RIBEIRO, Joaquím: (I) "Constitucionalização do Direito Civil", *Boletim da Facultade de Direito*, Vol. LXXIV, 1998.

(II) *O problema do contrato. A cláusulas contratuais gerais e o principio da libertade contratual*, Almedina Editora, Coimbra, 1999.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura: *Reinventar la democracia. Reinventar el estado*, Editorial Sequitur, Madrid, 1999.

DE TOLEDO BARROS, Susana: *O principio da proporcionalidade e controle de constitucionalidad das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasilia Juridica Editora, Brasilia, 1996.

DE TOCQUEVILLE, Alexis: (I) *De la démocratie en Amérique (1835)*, Garnier–Flammarion Éditions, Paris, 1981.

(II) *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza Editorial, Madrid 1982.

(III) *Inéditos sobre la Revolución*, Alianza Editorial, Madrid 1989.

DE VEGA GARCÍA, Pedro: (I) *La reforma de la Constitución y la problemática del Poder constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.

(II) "Prólogo", *La defensa de la Constitución,* de Carl Schmitt, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.

(III) "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social", *Derecho y economía en el Estado Social*, edición de Javier Corcuera Atienza / Miguel Ángel García Herrera, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

(IV) "La eficacia horizontal del recurso de amparo: problema de la Drittwirkung der Grundrechte", *Derecho POCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 46, 1992.

(V) "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales)", *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio-Enrique Pérez Luño, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.

(VI) "El problema de los derechos fundamentale en el Estado social", *Anuario jurídico de La Rioja*, 1997.

(VII) "En torno al problema de la eficacia de los derechos fundamentales", *Estudios de derecho público en homenaje al profesor Juan José Ruiz Rico*, VV.AA., Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

(VIII) "Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998.

(IX) "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998.

(X) "Prólogo", *El Recurso de Amparo: estado de la cuestión,* de Ángela Figueruelo Burrieza, Editorial Biblioteca Nueva Editorial, Madrid, 2001.

(XI) "Prólogo", *Derecho Constitucional de la integración,* de Laura Dromi San Martino, Editoriales Marcial Pons–Editorial Ciudad Argentina–Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001.

(XII) "La democracia como proceso: consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 120, 2003.

DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás: (I) *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Editorial Cívitas, Madrid, 1981.

(II) "Interpretación de la Constitución y órganos del Estado", *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, VV.AA., Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

(III) "Incidencia o existencia de los derechos fundamentales en el derecho privado", *Por el derecho y la libertad. Libro Homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor,* Vol. 1. *Garantías constitucionales y judiciales del ciudadano*, edición de José Eugenio Serrano García, Editorial Iustel, Madrid, 2014.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "Tribunal Constitucional y Jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión", *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, ed. de Andrés de la Oliva Santos / Ignacio Díez-Picazo Giménez, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996.

DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Diritto Costituzionale*, 8ª ed., Cedam (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova, 2012.

DIEDERICHSEN, Uwe: (I) "Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht", *Rangordnung der Gesetze*, *7. Symposion der Komission ·Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart, am 22. und 23 April 1994 (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttigen, Philologisch-Historische Klasse, Dritte Folge, Band 210*), edición de Christian Starck, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1995.

(II) "Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz", *Juristische Ausbildung*, Band 19, Heft 2, 1997.

(III) "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht - ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre", *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 198, Heft 2/3, 1998.

DIETLEIN, Johannes: (I) *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1992.

(II) "Das Untermaßverbot. Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 10. Jahrgang, Heft 2, 1995.

(III) *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2005.

DÍEZ DEL CORRAL Y PEDRUZO, Luis: *El Liberalismo doctrinario*, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1945.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: "El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo", *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, ed. de Andrés de la Oliva Santos / Ignacio Díez-Picazo Giménez, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1996.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: (I) "Capítulo IV. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales", *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, edición de Óscar Alzaga Villaamil, Editoriales Cortes Generales–Edersa, Madrid, 1999.

(II) *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Editorial Cívitas–Thomson Reuters, Madrid, 2013.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: "Prólogo", *El principio general de la buena fe,* de Franz Wieacker, 2ª ed., Editorial Cívitas, Madrid, 1986.

(II) *Sistema de Derecho civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

(III) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* Vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 5ª ed., Editorial Cívitas, Madrid, 1996.

(IV) *Derecho de daños,* Editorial Cívitas, Madrid, 2000.

(V) "Contrato y libertad contractual", *Themis: Revista de Derecho*, núm. 49, 2004.

(VI) "A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica", *Diario La Ley*, núm. 7765, 2011.

DI FABIO, Udo: (I) *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat – Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel des Arzneimittelüberwachung*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1994.

(II) *Das Recht offener Staaten*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1998.

(III) "Grundrechte als Werteordnung", *Juristen Zeitung*, 59. Jahrgang, Heft 1, 2004.

(IV) "Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertsystems", *Handbuch der Grundrechte*, Band II, *Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren* I, edición de Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, *C.F. Müller Verlag, Heidelberg,* 2006.

DIPPEL, Horst: *Constitucionalismo moderno*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009.

DOEHRING, Karl: (I) *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3ª ed., Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1984.

(II) *Allgemeine Staatslehre Eine systematische Darstellung,* 3ª ed. C.F. Müller Verlag, 2004.

DOERFERT, Carsten: "Freiheitsschutz nach englischem Recht", *Juristische Arbeitsblätter*, 29. Jahrgang, Heft 7, 1997. Pp. 255-59

DOGLIANI, Mario: *Introduzione al diritto costituzionale: lezioni suolte nell´anno académico 1983/1984*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1994.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*: *el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

DREIER, Horst: "Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte", *Juristische Ausbildung*, 16. Jahrgang, Heft 10, 1994.

(II) "Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes", *Juristische Ausbildung*, 19. Jahrgang, Heft 5, 1997.

DUGUIT, León: *Manual de derecho constitucional: teoría general del Estado, el derecho y el Estado, las libertades públicas, organización pública*, 2ª ed., Editorial Librería Francisco Beltrán, Madrid, 1926

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.: "El Código de Comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época", *Centenario del Código de Comercio*, Vol. I, Editorial Ministerio de Justicia-Centro de publicaciones, Madrid, 1986.

DÜRIG, Günter: (I) "Die Menschenauffassung des Grundgesetz", *Juristische Rundschau*, Heft 7, Jahrgang 1952.

(II) "Die Verwirkung von Grundrechte nach Art. 18 des Grundgesetzes: Ein Beitrag zur öffentlich-rechtlichen Verwirkungslehre", *Juristen Zeitung*, 7. Jahrgang, Heft 17, 1952.

(III) "Das Eigentum als Menschenrecht", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Band 109, Heft 2, 1953.

(IV) "Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemein polizeilichen Maßnahmen", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band *40*, Heft 1, *1953/1954.*

(V) "Freizügigkeit", *Die Grundrechte – Die Freiheitsrechte in Deutschland*, Band II, edición de Neumann, Franz Leopold / Nipperdey, Hans-Carl / Scheuner, Ulrich, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, *1954.*

(VI) "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, edición de Theodor Maunz, Isar Verlag, München, 1956.

(VII) "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 42, Heft 2, 1956.

(VIII) "Zum Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958", *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften*, 11. Jahrgang, 1958.

(IX) "Art. 1 Abs. III, parágrafo 127", *Grundgesetz Kommentar*, edición de Maunz, Theodor / Günter, Dürig, C.H. Beck Verlag, München, 1958.

(X) "Artikel 1", *Grundgesetz Kommentar*, edición de Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman, C.H. Beck Verlag, München, 1997.

DWORKIN, Ronald: (I) "Rights as Trumps", *Theories of Rights*, edición de Jeremy Waldron, *Oxford University Press*, Oxford, 1984.

(II) *Los Derechos en Serio,* Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

EGIDY, Stefanie: "The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court", *German Law Journal*, Vol. 12, Issue No.11, 2011.

EHMKE, Horst: *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, C.F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1961.

EISELE, Jörg: "Außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation", *Juristische Ausbildung*, 25. Jahrgang, Heft 10, 2003.

ELIA, Leopoldo: "La protection des droits fondamentaux: objet et portée (Italie)", *Cours Constitutionelles Européenes et Droits Fondamentaux*, edición de Louis Favoreau, Economica Éditions, Paris, 1987.

EMBID IRUJO, Antonio: (I) "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 25, 1980.

(II) "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", VV.AA., *El Tribunal Constitucional*, Vol. I, Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

(III) *La constitucionalización de la crisis económica*, Editorial Iustel, Madrid, 2012.

ENDERLIN, Wolfgang: *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, C.H. Beck Verlag, München, 1996.

ENGISCH, Karl: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Carl Winter Verlag, Heidelberg, 1953.

ENNECCERUS, Ludwig – NIPPERDEY, **Hans-Carl:** *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus – Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekt,* Band. I, Teil 1, 15ª ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1959.

ERICHSEN, Hans-Uwe: (I) "Die Drittwirkung der Grundrechte", *Juristische Ausbildung*, 18. Jahrgang, 1996.

(II) "Allgemeine Handlungsfreiheit", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. VI, 2ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001.

ESCOBAR ROCA, Guillermo: (I) *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Editorial Dykinson, Madrid, 1995.

(II) *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama Editorial, Madrid, 2005.

(III) "Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud", *Revista de Derecho Político*, núms. 71-72, 2008.

(IV) "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", *Estudios Constitucionales*, Año 7, núm. 2, 2009.

(V) "Introducción", *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, edición de Guillermo Escobar Roca, Editorial Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

(VI) "El Estado Social", *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, edición de Guillermo Escobar Roca, Editorial Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

(VII) "Historia y Derechos Sociales", *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, edición de Guillermo Escobar Roca, Editorial Thomson Reuters –Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

(VIII) "Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)", *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, edición de Guillermo Escobar Roca, Editorial Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

(IX) "Algunos problemas del Derecho a la salud, a la luz de la Teoría general de los Derechos fundamentales", *Derechos Sociales y Principios Rectores*, edición de José Luis Cascajo Castro / Manuel Terol Becerra / Antonio Domínguez Vila / Vicente Navarro Marchante, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

(X) "Comentario del libro de José Esteve Pardo: La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis, 2013", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, Vol. VI, 2013.

(XI) "El futuro de la dogmática de los derechos", *Revista catalana de dret públic*, núm. 49, 2014.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan: *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo,* Editorial Consejo Económico y Social, 2000, Madrid.

ESMEIN, Adhémar: *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814. Révolution, Consulat et Empire,* Librairie de la Société du Recueil Sirey Éditions, Paris, 1911.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: "Ciudadanos, Administración de Justicia y Tribunal Constitucional: el artículo 24.1 de la Constitución", *Revista jurídica de Castilla – La Mancha*, núm. 17, 1993.

ESTEVE PARDO, José: (I) *Lecciones de derecho administrativo,* Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2011.

(II) "La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria", *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012.

(III) "La administración garante. Una aproximación", *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015.

ESTORNINHO, Maria João: *A fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina Editora, Coimbra, 1999.

ESSER, Josef: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatsrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1956.

FABISCH, Dieter: *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht – Die Auswirkungen der von Hans Carl Nipperdey begründeten Lehre auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2010.

FACCHINI NIETO, Eugênio: (I) "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado", *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003.

(II) "Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporáneo", *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporáneo*, edición de Luis Edson Fachin, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 2000.

FACHIN, Edson – PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo: "Direitos fundamentais, dignidad da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise critica", *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010.

FARIA, José Eduardo: *El Derecho en la Economía globalizada*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FASSÒ, Guido: *Storia della filosofia del diritto*, Vol. II, *L`età moderna*, Società Edicitre Il Mulino, Bologna, 1966.

FAVOREU, Louis: (I) "La légitimité du juge constitutionnel", *Revue internationelle de droit comparé*, Vol. 46, núm. 2, 1994.

(II) "La constitutionalisation du droit", *L`unité du droit: Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica Éditions, Paris, 1996.

(III) *Droit des Libertés Fondamentales*, 4ª ed., Éditions Dalloz, Paris, 2007.

(IV) *Droit des Libertés Fondamentales,* 6ª ed., Éditions Dalloz, Paris, 2016.

FERNÁNDEZ DE CARVAJAL GONZÁLEZ, Rodrigo: *El lugar de la Ciencia Política*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad, Murcia, 1981.

FERNÁNDEZ CATÓN, José María: *La curia regia de León de 1188 y sus Decreta y Constitución*, Editorial Centro de Estudios e Investigación "San Isidoro", León, 1993.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título II de la LOTC*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: (I) *La dogmática de los Derechos Humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.

(II) *Estudios jurídico-constitucionales*, Editorial UNAM, México, 2003.

(III) "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas", *Estudios Constitucionales (Chile*), Año 7, núm. 2, 2009,

FERRAJOLI, Luigi: (I) "Per una storia delle idee di Magistratura Democratica", *Giudici e democracia. La magistratura progresista nel*

mutamento istituzionale, edición de Nello Rossi, Franco Angeli Editore, Milano, 1994.

(II) "Diritti Fondamentali", *Teoría política*, Vol. XIV, núm. 2, 1998.

(III) *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

(IV) "Lo Stato di diritto fra passato e futuro", *Lo Stato di diritto – Storia, teoria, critica*, edición de Pietro Costa / Danilo Zolo, Giuseppe Feltrinelli Editore, Milano, 2002.

(V) "Derechos fundamentales", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Luigi Ferrajoli y otros, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

(VI) "Diritti Fondamentali", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Luigi Ferrajoli y otros, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

(VII) "Sobre los Derechos fundamentales", *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Editoriales Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007.

(VII) *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

(VIII) *La lógica del Derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, Editorial Trotta, Madrid, 2017.

FERRARESE, Maria Rosaria: *Le Istituzioni della Globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio: "Legitimidade na Constituição de 1988", *Constituição de 1988: legitimidade, vigencia e eficacia, supremacía*, edición de Tércio Sampaio Ferraz Junior, Atlas Editora, São Paulo, 1989.

FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, Benedita: "A modernidade líquia", *Themis: Revista de Derecho,* año V, núm. 8, 2004.

FERRER I RIBA Josep – SALVADOR CODERCH, Pablo: "Asociaciones, democracia y «Drittwirkung»", *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, edición de Pablo Salvador Coderch, Editorial Cívitas, Madrid, 1997.

FERRERES COMELLA, Víctor: "La crisis del euro y la regla de oro: problemas constitucionales", *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm. Extra 1, Barcelona, 2012.

FERRI, Luigi: *La Autonomía Privada*, Editorial Comares, Editorial Granada, 2001.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: (I) "Los derechos fundamentales en el Estado social y su eficacia en las relaciones privadas", VV. AA., *Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología jurídicas*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

(II) *El Recurso de Amparo: estado de la cuestión*, Biblioteca Nueva Editorial, Madrid, 2001.

(III) "La protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5. 2001.

(IV) "Apuntes para un estudio comparado de la garantía constitucional del amparo en España y en Bolivia", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 15, 2011.

(V) "La Constitución de Cádiz en el trienio medieval", *Letras jurídicas*, núm. 27, 2013.

(VI) "El tríptico liberal y la globalización", *Revista general de derecho público comparado*, núm. 20, 2017.

(VII) "Retos del Derecho Constitucional ante la crisis de una Sociedad globalizada". *Trabajo de investigación se realiza en el marco del proyecto de investigación: CONFIGURACIÓN Y CONTINUIDAD DE LAS RESPUESTAS NORMATIVAS A LA CRISIS". Referencia DER2013-46600-P.Ministerio de Economía y Competitividad. Investigador principal Dr. D. Enrique ALVAREZ CONDE. Instituto de Derecho Público. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid* (en prensa).

FILMER, Robert: *Patriarca, o el poder natural de los reyes*, edición de Ángel Rivero, Editorial Alianza Editorial, Madrid, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio: (I) *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà: presuposti culturali e modelli storici*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1991.

(II) *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

(III) "Estado y Constitución", El *Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, edición de Maurizio Fioravanti, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

(IV) *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, Madrid, 2014.

FISS, Owen: "¿Por qué el Estado?", *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Editoriales Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007.

FLEINER, Fritz: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Editorial Labor, Barcelona, 1933.

FLOREN, Dieter: *Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht. Spezifische Mechanismus Grundrechtsschutzes gegenüber der gerechtlichen Anwendung von Zivilvertragsrecht*, *Duncker* & *Humblot Verlag*, Berlin, 1999.

FLUME, Werner: (I) "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860-1960*, Band. I, edición de Ernst von Caemmerer / Ernst Friesenhahn / Richard Lange, C. F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1960.

(II) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band, *Das Rechtsgeschäft*, 3ª ed., Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1989.

(III) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft*, 4ª ed., Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1992.

(IV) *El Negocio Jurídico*, Vol. II – *Parte General del Derecho Civil*, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

FOHMANN, Lothar H.: (I) *Konkurrenzen und Kollisionen im Verfassungsrecht. Studie zur Operationalisierung spezifischer Rechtsanwendungsmethoden und zur Konstruktion einer rechtsorientierten Argumentationstheorie -Erster Teil einer analytischen Theorie der Rechtsanwendung-*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1978.

(II) "Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich", *Europäische Grundrecht Zeitschrift*, 12. Jahrgang, Heft 1, 1985. S 49-62

FOLGADO FERNÁNDEZ, Avelino: *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, Editorial Pax Juris, San Lorenzo del Escorial, 1960.

FORSTHOFF, Ernst: (I) "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", *Festschrift für Carl Schmitt zum 70 Geburtstag*, dargebracht von Freunden und Schülern, edición de Hans Barion / Ernst Forsthoff / Werner Weber, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1959.

(II) *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1961.

(III) "Die Tyrannei der Werte", *Säkularisation und Utopie – Erbacher Studien: Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, edición de Sergius Buve, Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967.

(IV) *El Estado de la Sociedad industrial*, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

(V) *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*, Editorial Tecnos, Madrid, 2015.

FRANGI, Marc: *Constitution e Droit Privé – Les Droits Individuels et les Droits Economiques*, Economica Éditions, Paris, 1992.

FREIXES SAJUÁN, Teresa: (I) *Estructura jurídica y función constitucional de los derechos: introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978,* Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

(II) "Els drets fonamentals en perspectiva multinivell. Reflexions entorn dels seus efectes", *Revista catalana de dret públic*, núm. 50, 2015.

FREITAS, Juarez: "O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição: Preceitos de Exegese Constitucional", *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, edición de Eros Roberto Grau / Willis Santiago Guerra Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

FROMME, Friedrich Karl: *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz. Die verfassungspolitischen Folgerungen des Parlamentarischen Rates aus Weimarer Republik und ... zum Staats- und*

Verwaltungsrecht; TSSV 50, 3ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1999.

FROSINI, Vittorio: "Los Derechos Humanos en la era tecnológica", *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio-Enrique Pérez Luño, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.

FROTSCHER, Werner –PIEROTH, Bodo: *Verfassungsgeschichte*, 11ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2012

FRUMER, Philippe: "Variaciones en el tema de la renuncia a los Derechos y Libertades fundamentales", *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*, edición de Philippe Frumer / Ignacio Villaverde Menéndez, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

GALGANO, Francesco: *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2006.

GALEOTTI, Serio: *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1963.

GAMILLSCHEG, Franz: (I) "Die Grundrechte im Arbeitsrecht", *Archiv für die civilistische Praxis,* Band. 164, Heft 5/6, 1964.

(II) *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1989.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio: (I) *Teorías de la tópica jurídica*, Editorial Cívitas, Madrid, 1988.

(II) *Hans Kelsen y la norma fundamenta*l, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTINEZ CARANDE, Eduardo: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Editorial Cívitas, Madrid, 1984.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis: *Curso de Historia de la Instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, Pilar: "Los derechos y la argumentación judicial", *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 10, 2004.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *Principios y positivismo jurídico,* Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: (I) "«Prólogo» al *Manual de Derecho Constitucional* (Benda, Maihofer, Hesse, Heyde)", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000.

(II) "Estado, Comunidades Autónomas y Derechos sociales: relaciones y tendencias", *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 8, 2002.

(III) "«Prólogo» a *Principio de igualdad y Estado social. Apuntes para una relación sistemática,* de Luis-Quintín Villacorta Mancebo", Editorial Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2006.

GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel – MAESTRO BUELGA, Gonzalo: "Constitución y capitalismo financiero", *Jueces para la democracia*, núm. 71, 2012.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo: "Los argumentos del Neoconstitucionalismo y su recepción", *El canon neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell / Leonardo García Jaramillo, Editoriales Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2010.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Filosofía del Derecho*, 17ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009.

GARCÍA MURCIA, Joaquín: "Comentario al artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, VV. AA., Editoriales Tribunal Constitucional–Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.

GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: (I) "La Constitución estamental", *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 24, 1949.

(II) *El reino de Dios, arquetipo político. Estudio sobre las formas políticas de la Alta Edad Media*, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1959.

(III) *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1980.

(IV) *Derecho Constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

GARCÍA TORRES, Jesús: "Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales", *Introducción a los derechos fundamentales*, Vol.

II, Editorial Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, Madrid, 1988.

GARCÍA TORRES, Jesús – JIMÉNEZ BLANCO, Antonio: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: "Comentario al artículo 1255 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, edición de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GAUCHET, Marcel: "Droits de l'Homme", *Dictionnaire critique de la Révolution française, Chapitre 4, Idées*, edición de François Furet / Mona Ozouf, Champs Flammarion Éditions, 1992.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos: (I) *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

(II) *La proyección interna de la dimensión objetiva de los Derechos fundamentales: el art. 10.1 CE*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011.

GENTZ, Manfred: "Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen", *Neue Juristische Wochenschrift*, Band 21, Heft 35, 1968.

GERSDORF, Hubertus: "Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange II-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 119, Heft 3, 1994.

GIANNINI, Massimo Severo: (I) *El Poder Público. Estados y Administraciones públicas*, Editorial Cívitas, Madrid, 1991.

(II) *Diritto Pubblico dell`Economia*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1993.

GIORGIANNI, Micheli: "O direito privado e as suas atuais fronteiras", *Revista dos Tribunais*, Vol. 747, 1998.

GHESTIN, Jacques: "La notion de contrat", *Droits*, núm. 12, 1990.

GOERLICH, Helmut: *Wertordnung und Grundgesetz – Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgericht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1973.

GOMES CANOTILHO, José Joaquím: (I) *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensção das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.

(II) "O direito constitucional entre o moderno e o pós-moderno", *Revista Brasileira de Direito Comparado*, núm. 9, 1990.

(III) "Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo", *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Politica*, núm. 15, 1996.

(IV) "Metodología «fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales", *Derechos y Libertades*: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 3, núm. 6, 1998.

(V) *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 4ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2000.

(VI) "Da Constituição Dirigente ao Direito Constitucional Dirigente", *Mercosul Integração Regionale e Globalização*, edición de Paulo Borba Casella, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 2000.

(VII) "O direito constitucional na encruzilhada do milenio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida", *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Editorial Fundación García-Pelayo, Caracas, 2000.

(VIII) "Omissões normativas e deveres de protecção", *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, Almedina Editora, Coimbra, 2001.

(IX) "Dogmática de direitos fundamentais e direito privado", *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003.

(X) "Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? – A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno", *Direito Constitucional–Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, edición de Eros Roberto Grau / Willis Santiago Guerra Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

(XI) "Tomemos a Sério os direitos económicos, sociais e culturais" *Estudios sobre Direitos Fundamentais,* edición de José Joaquím Gomes Canotilho, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

(XII) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2007.

(XIII) "Principios y «nuevos constitucionalismos». El problema de los nuevos principios", *Revista europea de Derecho Constitucional*, http: //www.ugr.es/rede/REDCE14/14/artículos/07.

GOMES CANOTILHO José Joaquím – MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes: *Reality Shows e Liberdade de Programação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

GOMES CANOTILHO, José Joaquím – MOREIRA, Vital: *Constituição da República Portuguesa Anatada*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1983.

GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan F.: "Estudio introductorio", *Nuestra Constitución antidemocrática. En qué se equivoca la Constitución (y cómo puede corregirla el pueblo)*, de Sanford Levinson, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.

GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan: (I) "La Constitución y su reforma. Con motivo del libro de Pedro DE VEGA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente,* Tecnos, Madrid, 1985", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1985.

(II) "«Derecho del Estado y Ciencia del Derecho del Estado», Reseña de *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* ed. de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994.

(III) "«Sobre el sistema de Derechos fundamentales», Reseña de *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Klaus Stern, C.H. Beck, München, 1982", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995.

(IV) "Rechtsstaatlichkeit in Spanien", *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, edición de Rainer Hofmann / Joseph Marko / Franz Merli / Ewald Wiederin, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: *El Estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Editorial Cívitas, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel: *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Editorial Thomson Reuters-Cívitas, Cizur Menor, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: (I) *Derecho procesal constitucional*, Editorial Cívitas, Madrid, 1980.

(II) *La Dignidad de la persona*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986.

GOODHART, Michael: *Democracy as Human Rights: Freedom and Equality in the Age of Globalization*, Routledge-Taylor & Francis Group, New York-Londom, 2005.

GORLA, Gino: *El contrato. Problemas fundamentalis tratados según el método comparative y casuístico,* Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1959.

GÖTZ, Volkmar: "Die Verwirklichung der Grundrechte durch die Gerichte im Zivilrecht", *Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte: Göttinger Kolloquium*, edición de Wolfgang Heyde / Christian Starck, C.H. Beck Verlag, München, 1990.

GOUNOT, Emmanuel: *Le príncipe de l`autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l`étude critique de l`individualisme juridique*, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1912.

GOYARD-FABRE, Simone: *Les Principes Philosophiques du Droit Politique Moderne*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997.

GOZALO LÓPEZ, Vicente: (I) "Vivienda: garantías y responsabilidades", *Práctica Arbitral de Consumo*, edición de Jorge Tomillo Urbina, Editorial Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007.

(II) "Principios de la protección de los consumidores y resolución alternativa de los conflictos de consumo", *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo: perfiles hispano–italianos*, edición de María Isabel Álvarez Vega / Giovanna Capilli / Jorge Tomillo Urbina, Editorial Comares, Granada, 2016.

GRABITZ, Eberhard: *Freiheit und Verfassungsrecht – Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1976.

GRAHLER, Martin: "Antinomisches Denken und dilemmatische Kontrastdialektik. Warum Carl Schmitt kein Liberaler sein konnte", *Carl*

Schmitt und die Liberalismuskritik, edición de Klaus Hansen / Hans Lietzmann, Leske–Budrich Verlag, Opladen, 1988.

GRAMSCI, Antonio: *Scritti politici*, edición a cargo de Paolo Spriano, Editori Riuniti, Roma, 1973.

GRAU, Luis: *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Editorial Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011.

GRASSO, Pietro Giuseppe: *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

GRIMM, Dieter: (I) "Grundrechte und Privatrecht in der Bürgerlichen Sozialordnung", *Grund – und Freiheitsrechte von Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, edición de Günter Birtsch, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1981.

(II) "Grundrechte und soziales Wirklichkeit", *Grundrechte und soziales Wirklichkeit*, edición de Winfried Hassemer / Wolfgang Hoffmann-Riem / Jutta Limbach, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982.

(III) "Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft", *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991.

(IV) *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1994.

(V) "The Protective Function of the State", *European and U.S. Constitutionalism*, edición de Georg Nolte, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. p. 137 e ss

(VI) *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.

(VII) *Sobre la identidad del Derecho Público*, Editoriales Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

GRIMMER, Klaus: *Demokratie und Grundrechte. Elemente zu einer Theorie des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1980.

GROPPI, Tania – SPIGNO, Irene: "Constitutional reasoning in the Italian Constitutional Court", *Rivista Aic (Associazione Italiana dei Costituzionalisti)*, núm. 4, 2014.

GROß, Thomas: "Die Schutzwirkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses nach der Privatisierung der Post", *Juristische Zeitung*, 54. Jahrgang, Heft 7, 1999.

GROSSI, Paolo: (I) Ricardo *Teoria e dogmatica delle fonti*, 2ª ed., Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1992.

(II) *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

(III) *Lezioni di teoria costituzionale*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 2001.

(IV) *Estudios de teoría constitucional*, Editoriales Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM–Fontarama, México, 2003.

(V) *Mitología jurídica de la modernidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

(VI) "Propiedad y contrato", El *Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, edición de Maurizio Fioravanti, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

(VII) *L`Europa del diritto*, Laterza Editore, Roma-Bari, 2007.

(VIII) "Sobre el concepto de Constitución", *Teoría del neoconstitucionalismo*, edición de Miguel Carbonell, Editoriales Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007.

(IX) "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", *Neoconstitucionalismo(s)*, edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

GUASTINI, Ricardo: (I) *Teoria e dogmatica delle fonti,* 2ª ed., Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1998.

(II) *Estudios de teoría constitucional,* Editoriales IIJ-UNAM-Fontarama, México, 2003.

GUCKELBERGER, Anette: "Die Drittwirkung der Grundrechte", *Juristische Schulung*, 43. Jahrgang, Heft 12, 2003.

GURLIT, Elke: "Grundrechtsbindung von Unternehmen", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 15. Jahrgang, Heft 7, 2012.

GUSY, Christoph: *Weimar – die wehrlose Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1991.

HÄBERLE, Peter: (I) "Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten", *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1978.

(II) "Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat", *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft,* edición del mismo autor, Athenäum Verlag, Königstein, 1980.

(III) *Retos actuales del Estado Constitucional*, Editorial Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996.

(IV) *La libertad fundamental en el Estado constitucional,* Editorial Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

(V) *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

(VI) *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

(VII) *El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.

HABERMAS, Jürgen: (I) *Between Facts and Norms – Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1996.

(II) *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

HAGER, Günter: "Von der Konstitutionalisierung des Zivilrecht zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung", *Juristische Schulung*, 46. Jahrgang, Heft 9, 2006.

HAGER, Johannes: (I) *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, C.H. Beck Verlag, München, 1990.

(II) "Grundrechte im Privatrecht", *Juristen Zeitung*, 49. Jahrgang, Heft 8, 1994.

(III) "Der Schutz der Persönlichkeit und des Privatlebens im Verfassungsrecht und im Zivilrecht", *Ritsumeikan Law Review*, Issue No. 31, 2014.

HAIN, Karl-Eberhard: (I) "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß und Untermaßverbot?", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 108. Jahrgang, Heft, 1993. 982 y ss

(II) *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.

HAMANN, Hanjo: "Strukturierende Rechtslehre als juristische Sprachtheorie", *Handbuch Sprache im Recht*, edición de Eckehard Felder / Friedemann Vogel, De Gruyter Mouton Verlag, Berlin, 2017.

HARATSCH, Andreas: *Die Geschichte der Menschenrechte*, 4ª edición, Universitätsverlag Postdam, Potsdam, 2012.

HATSCHEK, Julius: *Das Staatsrecht des vereinigten Königreich Grossbritannien–Irland*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1914.

HAUBELT, Wilhelm Horst: *Die Konkretisierung von Generalklauseln*, Blasaditsch Verlag, Ausburg, 1978**.**

HAURIOU, Maurice: *Précis de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., Librarie du Recueil Sirey Éditions, Paris, 1929.

HAZZARD, Paul: *El pensamiento europeo en siglo XVIII*, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1966.

HEGEL, Georg W. F.: *Filosofia del derecho*, 5ª ed., Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968.

HEINNZ, Potthoff: *Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht*, Andr. Diechert´sche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig und Erlagen, 1925.

HEINRICH, Helmut: *Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB,* 76ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2017.

HELLER, Hermann: (I) "Die Krisis der Staatslehre", *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, 55. Band, 1926.

(II) *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrechts*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin und Leipzig, 1927.

(III) *Las ideas políticas contemporáneas*, Editorial Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1930.

(IV) *Teoría del Estado*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

(V) "Grundrechte und Grundpflicten", *Gesammelte Schriften*, Band, II, *Recht, Staat, Macht*, edición de Martin Drath / Gerhart Niemeyer / Otto Stammer / Fritz Borinski (redacción de Christoph Müller), Verlag A. W. Sijthoff, Leiden, 1971.

HENKE, Wilhelm: "Juristische Systematik der Grundrechte", *Die Öffentliche Verwaltung*, 37. Jahrgang, Heft 1, 1984.

HENKIN, Louis: *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990.

HERDEGEN, Matthias: "La internacionalización del orden constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Vol. XVI, 2010.

HERMES, Georg: (I) *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1987.

(II) "Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? – Das BVerfG zu Schutzpflicht und mittelbarer Drittwirkung der Berufsfreiheit", *Neue Juristische Wochenschrift,* 43. Jahrgang, Heft 29, 1990.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio: (I) *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Barcelona, 1982.

(II) *Derecho de obligaciones*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1983.

HERZOG, Roman: (I) *Allgemeine Staatslehre*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1971.

(II) "Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts", *Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, edición de Hartmut Maurer / Peter Haberle / Walter Schmitt Glaeser / Wolfgang Graf Vitzthum, C.H. Beck Verlag, München, 1990.

HESSE, Konrad: (I) *Verfassungsrecht und Privatrecht*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1988.

(II) "Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers", *Gegenrede. Aufkärung – Kritik - Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst G. Mahrenholz*, edición de Herta Däubler-Gmelin / Klaus Kinkel / Hans Meyer / Helmut Simon, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994.

(III) *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

(IV) *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995.

(V) "*Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel", Juristen Zeitung*, 50. Jahrgang, Heft 6, 1995.

(VI) "Significado de los Derechos Fundamentales", *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Editoriales Instituto Vasco de Administración Pública–Marcial Pons, Madrid, 1996.

(VI) "Die Welt des Verfassungsstaates. Einleitende Bemerkungen zum Kolloquium", *Die Welt des Verfassungsstaates. Erträge des wissenschaftlichen Kolloquiums zu Ehren von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Häberle aus Anlaß seines 65. Geburtstages*, edición de Martin Morlok, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2001.

(VII) *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2011.

HEIDEGGER, Martin: *Sein und Zeit*, 19ª ed., Niemayer Verlag, Tübingen, 2006.

HENKEL, Heinrich: *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts. Gebundene Ausgabe.*, C. H. Beck. Verlag, München, 1977.

HENKIN, Louis: *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990.

HEUN, Werner: *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit: Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur – (Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992.

HILLGRUBER, Christian: (I) "Grundrechtsschutz im Vertragsrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 191, Heft 1-2, 1991.

(II) *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, Vahlen Verlag, München, 1992.

HOBBES, Thomas: (I) *Leviathan*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

(II) *Tratado sobre el Ciudadano*, Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2008.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: "Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Band. 35, Heft 12, 2002.

HÖFLING, Wolfgang: (I) *Offene Grundrechtsinterpretation – Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1987.

(II) Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1991.

HOFMANN, Hasso: (I) "Zur Herkunft der Menschenrechtserklärung", *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, Heft, 1988.

(II) "Die Grundrechte 1789-1949-1989", *Neue Juristische Wochenschrift*, 42. Jahrgang, Heft 50, 1989.

(III) *Die versprochene Menschenwürde*, Humboldt-Universität Verlag, Berlin, 1993.

(IV) "Rousseau Gesetzgeber oder: Rousseau in der europäischen Verfassungsgeschichte", *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit – Freundesgabe für Bernhard Schlinck zum 70.*

Geburstag, edición de Jakob Nolte / Ralf Poscher / Henner Wolter, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2014.

HOFMANN, Rainer: *Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte,* Springer Verlag, Berlin, 1994.

HÖLDER, Eduard: *Ueber objectives und subjectives Recht: ein Vortrag,* Deichert Verlag, Leipzig, 1893.

HOLLERBACH, Alexander: (I) "Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? – Zu Ernst Forsthoffs Abhandlung „Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" in der Festschrift für Carl Schmitt", *Archiv des öfflentlichen Rechts*, Band. 85, Heft 3, 1960.

(II) "Jellinek, Georg", en *Neue Deutsche Biographie, Hrsg. von der Historischen Kommision bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Bd. 10, Duncker & Humblot, Berlin, 1974.

(III) "Globale Perspektiven der Rechts- und Staatsentwicklung", *Freiburger Universitätsblätter*, Heft 111, 1991.

HOLMES, Stephen: *Passions and Constraint*: *On the Theory of Liberal Democray*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.

HOLMES Stephen – SUNSTEIN, Cass S.: *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011.

HORSTER, Heinrich Ewald: *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina Editora, Coimbra, 2000.

HUBER, Ernst-Rudolf: "Bedeutungswandel der Grundrechte", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 23, Heft 1, 1932.

HUSTER, Stefan: *Rechte und Ziele – Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1993.

IBLER, Martin: *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht: zur Kontrolldichte bei wertenden Behördenentscheidungen – vom Preussischen Oberverwaltungsgericht zum modernen Gerichtsschutz im Prüfungsrecht*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1999.

IPSEN, Hans-Peter: (I) "**Ungeschriebenes Verfassungsrecht.** Enteignung und Sozialisierung", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Gruyter Verlag, Berlin, Heft. 10, 1952.

(II) "Gleichheit", *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte,* Band II, *Die Freiheitsrechte in Deutschland*, edición de Franz L. Neumann / Hans-Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1954.

IPSEN, Jörn: (I) *Staatsrecht* II, *Grundrechte*, 11ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008.

(II) *Staatsrecht* II, *Grundrechte*, 18ª ed., Franz Vahlen Verlag, München, 2015.

IRTI, Natalino: (I) "L'età della decodificazione", *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, núm. 10, 1979. p. 15-33.

(II) *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza Editore, Roma-Bari, 2006.

ISENSEE, Josef: (I) *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzplichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1983.

(II) "Verfassung als Vaterland", *Wirklichkeit als Tabu: Anmerkungen zur Lage*, edición de Armin Mohler, R. Oldenburb Verlag, München, 1986.

(III) "Verfassungsrecht als politisches Recht", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. VII, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992.

(IV) "Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte: Inhaltskontrolle von Verträgen am Maßstab der Verfassung", *Festschrift für Bernhard Großfeld*, edición de U. Hübner / W. F. Ebke, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1999.

(V) "Das Dilemma der Freiheit im Grundrechtsstaat. Grundrechte zwischen Privatwillkür und Gemeinwohlerwartung", *Festschrift für Martin Heckel zum. 70 Geburtstag,* edición de Karl-Hermann Kästner / Knut Nörr / Klaus Schlaich, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1999.

(VI) "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. V, 2ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000.

(VII) "Der Grundrechtliche Status des Embryos – Menschenwürde und Recht auf Leben als Determinanten der Gentechnik", *Gentechnik und*

Menschenwürde. An den Grenzen von Ethik und Recht, edición de Otfried Höffe / Ludger Honnefelder / Josef Isensee / Paul Kirchhof, Du Mont Verlag, Köln, 2002.

JANSEN, Nils: "Rezension Walter LEISNER, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophie of Law and Social Philosophy*, 84. Jahrgang, Heft 3, 1998.

JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, Carl Heymanns Verlag, *Köln*-Berlin-Bonn-München, 1985

JARASS, Hans D.: (I) "Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 110, Heft 3, 1985.

(II) "Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz", *Neue Juristische Wochenschrift*, 42. Jahrgang, Heft 14, 1989.

(III) "Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 120, Heft 3, 1995.

(IV) "Die Grundrechte: Abwehrrechte und objetive Grundsatznormen", *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, edición de Peter Badura / Horst Dreier, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2001.

(V) "The Impact of an Constitutional Court on the Dimensions or Functions of Fundamental Rights – German Experiences", *The Constitutional Revision in Today`s Europe – La Révision Constitutionelle dans l`Europe d`aujord`hui*, edición de Giuliano Amato / Braibant, Guy / Venizelos, Evangelos, Esperia Publications, Londom, 2002.

(VI) "Die Konstitutionalisierung des Rechts, insb. Durch die Grundrechte", *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht – Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages con Peter Lerche*, edición de Rupert Scholz / Dieter Lorenz / Christian Pestalozza / Michael Kloepfer / Hans D. Jarass / Christoph Degenhart / Oliver Lepsius, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2008.

JASPERS, Karl: *Die Idee der Universität*: *Für die Gegenwärtige Situation*, Springer Verlag, Berlin, 1923.

JAUME, Lucien: *Les Déclarations des Droits de l`Homme: Du débat 1789-1793 au Préambule de 1946*, Grupe Flammarion Éditions, Paris, 1989.

JEAND`HEUR, Bernd: (I) "Von der Gefahrenabwehr als staatlicher Angelegenheit zum Einsatz privater Sicherheitskräfte", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 119, Heft 1, 1994.

"Grundrechte im Spannunsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundzatznormen", *Juristen Zeitung*, 50. Jahrgang, Heft 4, 1995.

(II) *Sprachliches Referenzverhalten bei juristischen Entscheidungstätigkeit*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin,

(III) *Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1993.

JELLINEK, Georg: (I) *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, 2ª ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1905.

(II) *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna*, edición de Adolfo Posada, Editorial Victoriano Suárez, Madrid, 1908.

(III) *Teoría general del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1970.

JESTAEDT, Matthias: *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1999.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier: (I) "«Prólogo» a *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis de la jurisprudencia constitucional*, de Juan María Bilbao Ubillos", Editoriales Boletín Oficial del Estado–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

(II) *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

JORI, Mario: "Ferrajoli sobre los derechos", Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

JOUANJAN, Olivier: "Nommer/Normer. Droit et langage selon la «Théorie structurante du droit»", *Le Temps des savoirs. Revue interdisciplinaire de l'Institut universitaire de France*, núm.1, 2000.

JULIO ESTRADA, Alexei: (I) *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

(II) "Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los Derechos fundamentales", *Teoría del Neoconstitucionalismo*, edición de Miguel Carbonell, Editoriales Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007.

KAISER, Joseph Heinrich: "*Prolegomena zu einer* Rechtslehre von Gesellschaft und Staat", *Die geistige situation unserer Zeit in den Einzel Wissenschaften. Freiburger Dies Universitatis* (4), Freiburg, 1955-56.

KANT, Immanuel: *Metafísica de las costumbres*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

K , Walter: *Editorial Sal Terrae, Madrid, 2016.*

***KATZ, Stanley N.*:** *Oxford International Encyclopedia of Legal History*, editada bajo su dirección*, Oxford University Press, Oxford, 2009.*

KAUFMANN, Horst: "Die Einrede der entgegenstehenden Gewissenspflicht", *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 161, Heft 4 1962.

KELSEN, Hans: (I) *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Ein Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, J. B. C. Mohr Verlag, Tübingen, 1920.

(II) *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung*, Julius Springer Verlag, Wien, 1928.

(III) *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2ª ed., Verlag Franz Deuticke, Wien, 1960.

(IV) *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado – Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, Editorial Porrúa, México, 1987.

KAHL, Wolfgang: *Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. (1 GG): zugleich ein Beitrag zur Lehre der Grundrechtskonkurrenzen*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2000.

KATZ, Alfred: *Staatsrecht*. **Grundkurs im öffentlichen Recht**, 18ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2010.

KENNEDY, Ducan: "The Stages of the Decline on the Public/Private Distinction", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, No. 6, 1982.

KEYNES, John Maynard: *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Cambridge University Press, Cambridge, 1936.

KINGREEN Thorsten: (I) *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1999.

(II) "Die Gemeinschaftsgrundrechte", *Juristische Schulung*, 40. Jahrgang, Heft 9, 2000.

(III) "Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht" / Weimarer Kolloquium: Vom Vertrag zur EU-Verfassung?, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 31. Jahrgang, Heft 19, 2004.

(IV) "Rezension Alexander Schultz, Das Verhältnis von Gemeinschaftsgrundrechten und Grundfreiheiten des EGV", *Europarecht*, 40. Jahrgang, Heft 5, 2005.

(V) "Rezension von Axel Mühl: Diskriminierung und Beschränkung", *Europarecht*, 40. Jahrgang, Heft 6, 2005.

(VI) "Sozialstaat", *Verfassungsrecht nach 60 Jahren*, edición de Stefan Huster / Reinhard Zintl, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2009.

(VII) "Vorrang und Vorbehalt der Verfassung", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, Bd. XII, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2014,

(VIII) "Vereinigte Staaten: Die Europäische Union im Lichte der Zäsuren des Föderalismus in den USA", *Archiv des Öffentlichen Rechts*, Band. 141, Heft 4, 2016.

KINGREEN Thorsten – POSCHER, Ralf Poscher: *Grundrechte. Staatsrecht* II, 32ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2016.

KLEIN, Eckart: (I) "Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflich", *Die Öffentliche Verwaltung*, DÖV 1977, 30. Jahrgang, S. 704 ff.

(II) "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", *Neue Juristische Wochenschrift*, 46. Jahrgang, Heft 27, 1989. 1633 y ss

(III) "Die Grundrechtliche Schutzpflicht", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 109. Jahrgang, Heft 9, 1994. 489 y ss.

KLEIN, Hans-Hugo: "Öffentliche und prívate Freiheit. Zur auslegung des Grundrechts der Meinungsfreiheit", *Der Staat,* Band 10, Heft 2, 1971.

"Die grundrechtliche Schutzpflicht", *Deutsches Verwaltungsblatt DVBl*, 1994, Heft 9, S. 489 ff.

KLEIN, Oliver: "Das Untermaßverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichterfüllung", *Juristische Schulung*, 46. Jahrgang, Heft 11, 2006.

KLATT Matthias – MEISTER, Moritz: (I) "Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip", *Der Staat*, Band. 51, Heft 2, 2012.

(II) "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konst1itutionalismus", *Juristische Schulung*, 54. Jahrgang, Heft 3, 2014.

KLOEPFER, Michael: "Humangentechnik als Verfassungsfrage", *Juristen Zeitung*, 57. Jahrgang, Heft 3, 2002.

KLUTH, Winfried: "Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.

KHOL, Andreas: "The protection of Human Rights in relationships between private individuals: the Austrian situation", *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, Vol. III, edición de Marceau Long / François Monnier / Jean Graven, Arturo Pedone Editions, Paris, 1971.

KOPP, Ferdinand O.: "Fiskalgeltung und Drittwirkung der Grund- und Freiheitsrechte im Bereich des Privatrechts", *Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag*, edición de Hermann Baltl, Leykam-Verlag, Graz, *1975*.

KRIELE, Martin: (I) *Introducción a Teoría del Estado*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980.

(II) *Liberación e Ilustración. Defensa de los Derechos Humanos*, Editorial Herder, Barcelona, 1982.

KRÜGER, Herbert: (I) "Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2. Jahrgang, Heft 5, 1949.

(II) "Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 65. Jahrgang, 1950.

(III) *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1950.

(IV) *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed., Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1966.

KUCSKO-STADLMAYER, Gabriele: "La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho", *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*, edición de Robert Walter, Editorial Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

KÜHLING, Jürgen: "Grundrechte", *Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge*, edición de Armin Bogdandy / *Jürgen* Bast*, Springer* Verlag*,* Berlin, 2009.

KUNIG Philip: *Das Rechtsstaatsprinzip, Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1986.

LABAND, Paul: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches,* Band. I, Laupp Verlag, Tübingen, 1876.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil* II. *Derecho de obligaciones. Vol. Iº. Parte General. Teoría General del Contrato*, 2ª ed., Revisada y puesta al día por **Francisco RIVERO HERNÁNDEZ**, Dykinson, Madrid, 2000.

LADEUR, Karl-Heinz: "Kommunikation über Risiken im Rechtssystem. Das Beispiel Nanotechnologie", en *Ökologische Aufklärung. 25 Jahre Ökologische Kommunikation,* edición de Christian Büscher / Klaus-Peter Japp, Springer Verlag, Wiesbaden, 2010.

LANDA ARROYO, César: (I) "Teoría de los derechos fundamentales", *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 6, 2002.

(II) "*Dignidad de la Persona Humana", Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 7, 2002.

(III) "La constitucionalización del Derecho Civil: El Derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites", *Themis. Revista de Derecho*, núm. 66, 2014.

LANGLE RUBIO, Emilio – RUBIO GARCÍA-MINA, Jesús: *Manual de Derecho mercantil español*, Tomo I, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1950.

LANGNER, Thomas: *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten (Europäische Hochschulschriften / European University Studies / Publications Universitaires Européennes),* Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1998.

LARENZ, Karl: (I) *Derecho de obligaciones*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

(II) *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*, Editorial Cívitas, Madrid, 1985.

(III) *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

LARENZ Karl – WOLF, Manfred: *Allgemeiner Teil de Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2004.

LAUFKE, Franz: "Vertragsfreiheit und Grundgesetz", *Das deutsche Privatrecht in der Mitte der 20. Jahrhunderts: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburstag*, edición de Hans-Carl Nipperdey, Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1965.

LEIBHOLZ, Gerhard: (I) "Die freiheitliche und egalitäre Komponente im modernen Parteienstaat", *Führung und Bildung in der Heutigen Welt. Festschrift für Ministerpräsident Kurt Georg Kiesinger. Hrsg. zu seinem 60. Geburtstag am 6. April 1964*, edición de Karl H*einrich* Lübke / Theodor Heuss / Ludwig Erhard / Konrad Adenauer, Deutsche *Verlags*–Anstalt, Stuttgart, 1966.

(II) *Problemas fundamentales de la Democracia moderna*, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

LEISNER, Walter: (I) *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1960.

(II) *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung: Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht,* Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1964.

(III) "Der Eigentümer als Organ der Wirtschaftsverfassung. Gibt es ein «organisationsrechtliches Grundrechtsverständnis?»", *Die Öffentliche Verwaltung*, 28. Jahrgang, 1975.

(IV) *Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1997.

(V) *Die Staatswarheit Macht zwischen Willen und Erkenntnis*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1999.

(VI) *Der gütige Staat. Die Macht der Geschenke*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2000.

LERCHE, Peter: (I) *Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München-Bonn, 1961.

(II) "Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung", *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*, edición de Reinhard Böttcher / Götz Hueck / Burkhard Jähnke, Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1996.

(III) "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1997.

LINDNER, Josef Franz: (I) "Die Grundrechte der Bayerischen Verfassung. Eine dogmatische Bestandsaufnahme", *Bayerische Verwaltungsblätter*, 50. Jahrgang, Heft 21, 2004.

(II) *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2005.

(III) "Die Würde des Menschen und sein Leben – Zum Verhältnis von Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 2 Abs. 2 Sätze 1 und 3 GG.", *Die öffentliche Verwaltung*, 59. Jahrgang, Heft 13, 2006.

LIPPHARDT, Hanns–Rudolf: "Grundrechte und Rechtsstaat", *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 12. Jahrgang, Heft 11, 1986.

LISERRE, Antonio: *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1971.

LOCKE, John: *Two Treatises of Governement* (A Critical Edition with an Introduction and Apparatus Criticus), edición de Peter Laslett, Cambridge University Press, Cambridge, 1964.

LOMBARDI, Giorgio: (I) *Potere privato e Diritti fondamentali*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1970.

(II) "Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di método, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 27 y ss.

(III) "La fase attuale dello «ius publicum europaeum»", *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee – profili storici e comparatistici*, edición de Andrea Romano, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1994.

(IV) "Diritti di libertà e diritti sociali", *Politica del Diritto*, año XXX, núm. 1, 1999.

LÓPEZ BOFILL, Héctor: *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

LÓPEZ GARRIDO, Diego – FRANCISCO MASSO GARROTE, Marcos – PEGORANO, Lucio: *Derecho constitucional comparado, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.*

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel María: "*Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular", Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 25, *1996.*

LÖWITH, Karl: (I) *Critica dell`esistenza storica*, Morano Casa Editrice, Napoli, 1976.

(II) "Le décisionnisme (occasionnel) de Carl Schmitt", *Les Temps modernes*, núm. 544, 1991 (publicado inicialmente en alemán en 1935 bajo el pseudónimo de Hugo FIALA): "Der okkasionelle Dezisionismus von Carl Schmitt", *Revue internationale de la théorie de Droit –internationale. Zeitschrift für Theorie des Rechts*, Brunn, Vol. IX, Fascículo II, ahora en *Sämtliche Schriften*, Band. 8, edición de Klaus Stichweh / Märe B. de Launay, J.B. Metzeler Verlag, Stuttgart, 1984.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude: *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte – Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988.

LUCHAIRE, François: "Les fondements constitutionnels du droit civil", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Vol. 81, núm. 4, 1982.

LÜCKE, Jörg: "Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19, Abs. 3 GG: Zur horizontalen Geltung der Grundrechte in neuer Sicht", *Juristen Zeitung*, 54. Jahrgang, Heft 8, 1999.

MACHADO DRAY, Guilherme: *O principio da igualdade no Direito do Trabalho*, Almedina Editora, Coimbra, 1999.

MACHADO, João Baptista: *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina Editora, Coimbra, 1989.

(II) *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Reimpresión de la Edición de 2014 Almedina Editora, Coimbra, 2016.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes: (I) *Libertade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996

(II) *Liberdade de expressâo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

(III) *Libertade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

MAIHOFER, Werner: (I) *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt am Main, 1968.

(II) "Principios de una democracia en libertad", *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel / Konrad Hesse / Wolfgang Heyde, Madrid, Editoriales Instituto Vasco de Administración Pública–Marcial Pons, 1996.

(III) *Estado de Derecho y dignidad humana*, BdeF Editorial, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

MANSSEN, Gerrit: (I) *Staatsrecht* II – *Grundrechte*, 12ª ed., C. H. Beck Verlag, München 2015.

(II) *Staatsrecht* II – *Grundrechte*, 13ª ed., C. H. Beck Verlag, München 2016.

MARTÍN VALVERDE, Antonio – RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín – GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Derecho del trabajo,* 24ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2015.

MARTÍNEZ AGUILAR Y DE PEDROSO, Manuel: *La aventura del hombre natural y civil*, Cuadernos Joaquín Mortiz, México, 1976.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio: (I) "Razón jurídica y razón contractual (El contrato social como técnica de pensamiento)", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 64, 1989.

(II) *La imaginación jurídica*, Editorial Debate, Madrid, 1992.

(III) "Liberalismo y derechos humanos", en *Historia de los derechos fundamentales*. Vol. IV, Tomo 2, *Ideologías políticas y Derechos Humanos en el siglo XX*, edición de Eusebio Fernández García y otros, Dykinson, Madrid, 1998,

(IV) "La Constitución fundamento inquieto del Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 55, 1999.

(V) "Aporías del Derecho", *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 16, 1999.

(VI) "Del sistema a la red", *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 32, 2016.

MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio-Luis: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

MASING, Johannes: *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1997.

MASTRONARDI, Philippe: *Verfassungslehre. Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat*, Haupt Verlag, Bern-Stuttgart-Wien, 2007.

MATTEUCCI, Nicola: (I) "Costituzionalismo", *Dizionario di política*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1976.

(II) *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Società Editrice Il Mulino, Bolonia, 1987.

(III) *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

MAURER, Hartmut: *Derecho Administrativo. Parte general*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

MAYER, Max Ernst: *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch*, Carl Winter Verlag, Heidelberg, 1915.

MAYER, Otto: *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J. C. B. Mohr Verlag, Tübingen, 1905.

MAZZIOTTI DI CELSO, Manlio: *Lezioni di diritto costituzionale*, 2ª ed., Vol. 2, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1993.

Mac-CORMICK, Neil: (I) "La morale costituzionale e la costituzione", *Il diritto come istituzione,* edición de Neil MacCormick / Ota Weinberger, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1990.

(II) *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2003.

McILWAIN, Charles H.: *Constitutionalism–Ancient and Modern*, Cornell University Press, Ithaca-New York, 1947.

MEDER, Stephan: *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

MEDICUS, Dieter: (I) "Der Grundsatz *der* Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 192, Heft 1/2, 1992.

(II) *Allgemeiner Teil des BGB,* 8ª ed., C.F. Müller Verlag, 2002.

MEIER, Heinrich: *Carl Schmitt, Leo Strauss y El concepto de lo político – Un diálogo entre ausentes*, Kazt Editores, Buenos Aires, 2008.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: "Autonomía económica y codificación española", *Centenario del Código de Comercio*, Vol. I, Editorial Ministerio de Justicia-Centro de publicaciones, Madrid, 1986

MENEZES CORDEIRO, António: (I) *Da boa fé no direito civil*, Almedina Editora, Coimbra, 1997.

(II) *Tratado de direito Civil I Parte Geral,* 3ª. ed. Almedina Editora, Coimbra, 2000.

MERCADO PACHECO, Pedro: "La Constitución imposible: el gobierno de la economía en la experiencia constitucional española", *Las sombras del sistema constitucional español*, edición de José Ramón Capella, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

MEGÍAS QUIRÓS, José Justo: "De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1992.

MERTEN, Detlef: "Rechtsstaatliche Anfänge im preu*ßischen* Absolutismus", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 96, 1981.

MEYER-CORDING, Ulrich: "Die Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht", *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965*, Band I, edición de Rolf Dietz / Heinz Hübner, C.H. Beck Verlag, München-Berlin, 1965.

MIKAT, Paul: "Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit", *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965*, Band. I, edición de Rolf Dietz / Heinz Hübner, C.H. Beck Verlag, München-Berlin, 1965.

MIRANDA, Jorge: (I) *Manual de Direito Constitucion*al, Vol. IV, *Direitos Fundamentais*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

(II) *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 9ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris: *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Editorial Reus, Madrid, 1934.

MODUGNO, Franco: *L`invalidità della legge*, I, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1970.

MÖLLERS, Christoph: "Wandel der Grundrechtsjudikatur. Eine Análise der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: (I) "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. (El paradigma de la «Drittwirkung». laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional), *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 3, 1991.

(II) "El control judicial de la proporcionalidad de los sacrificios de Derechos: vaciado constitucional, rellenado internacional (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero", *Revista de Trabajo y de Seguridad social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, núm. 385, 2015.

MOLINA NAVARRETE Cristóbal – OLARTE ENCABO, Sofía: "Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Relaciones Laborales*: *Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1999.

MONEREO PÉREZ, José Luis: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

MONTESQUIEU, Charles-Louis: *De L`Esprit des lois*, Tomo I, Garnier–Flammarion Éditions, Paris, 1979.

MONTILLA MARTOS, José Antonio: "Derechos individuales II", *Manual de Derecho Constitucional*, edición de Francisco Balaguer Callejón y otros, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2016.

MORALES ARROYO, José María: "El lugar de la libertad ideológica en el catálogo de los derechos constitucionales", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año núm. 1, núm. 2, 1993-1994.

MORELLI, Mario R.: "Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici", *Giustizia civile*, Vol. 49-II, 1999.

MORODO LEONCIO, Raúl: (I) "Reformismo y regeneracionismo: el contexto ideológico y político de la Constitución de Bayona", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 83, 1994.

(II) *Las Constituciones de Bayona (1808) y Cádiz (1812). Dos ocasiones frustradas*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2011.

MORODO LEONCIO, Raúl – MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "Preámbulo", *Comentarios a la Constitución española de 1978*, edición de Óscar Alzaga Villaamil, Editorial Cortes Generales–Edersa, 1996, Madrid.

MORTATI, Costantino: (I) *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., Vol. II, Cedam (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova, 1976.

(II) *La costituzione materiale,* Reimpresión, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1998.

MOTA PINTO, Paulo: (I) "O Direito ao libre desenvolvimento da personalidade", *Boletim da Facultade de Direito de Coimbra. Portugal Brasil ano 2000,* Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

(II) "Autonomia privada e discriminação: algumas notas", *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010.

MÜLLER, Carl: *Der Kampf Ludwigs des Baiern mit der römischen Curie*, H. Laupp Verlag, Tübingen, 1879.

MÜLLER, Friedrich: (I) *Korporation und Assoziation: Eine Problemgeschichte der Vereinigungsfreiheit im deutschen Vormärz.* Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1965.

(II) *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin Verlag, 1966.

(III) "Problematik der Antragsbefugnis der Diözesen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren", *Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungspolitik*, 21. Jahrgang, 1968, pp. 627 y ss.

(IV) *Recht – Sprache – Gewalt*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1975.

(V) *Juristische Methodik und Politischen System. Elemente einer Verfassungstheorie* II, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1976.

(VI) *Die Einheit der Verfassung - Kritik des juristischen Holismus: Elemente einer Verfassungstheorie* III, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1979.

(VII) *Richterrecht*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1986.

(VIII) *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1990.

(XI) "Interpretação e concepções atuais dos Direitos do Homen", *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Sao Paulo 1995.

(X) *Wer ist das Volk*? *Die Grundfrage der Demokratie - Elemente einer Verfassungstheorie VI*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1997.

(XI) *Demokratie in der Defensive. Funktionale Abnutzung - soziale Exklusion - Globalisierung. Elemente einer Verfassungstheorie* VII, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2001.

(XII) *Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht. Nationale staatlose und globale Formen menschenrechtsgestützter Demokratisierung. Elemente einer Verfassungstheorie* VIII, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2003.

(XIII) "Teoria moderna e Interpretaçao dos Direitos Fundamentais. Especialmente com Base na Teoria Estruturante do Direito", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 7, 2003.

(XIV) *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006.

(XV) *Syntagma. Verfasstes Recht, verfasste Gesellschaft, verfasste Sprache im Horizont von Zeit*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2012.

(XVI) "El Derecho de creación judicial. Formulado desde el punto de vista de la Teoría Estructurante del Derecho", *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC*), Vol. 20, 2012.

(XVII) *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung, von Methodik und Sprache*, 2ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2013.

MÜLLER, Friedrich – CHRISTENSEN, Ralph: (I) *Juristische Methodik*, Band II, *Europarecht*, 2ª ed. Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2007.

(II) *Juristische Methodik.* Band. I, *Grundlagen Öffentliches Rechts*, 9ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2004.

(III) *Juristische Methodik.* Band. I, *Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, 11ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2013.

MÜLLER, Friedrich – MASTRONARDI, Philippe (Hrsgs.): *Abwägung. Herausforderung für eine Theorie der Praxis*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2014.

MÜLLER, Friedrich – VILLACORTA MANCEBO, Luis-Quintín: *Postpositivismo*, Tratamiento Gráfico del Documento, Santander, 2008.

MÜLLER, Gerhard: "Die *Drittwirkung der Grundrechte und das Sozialstaatsprinzip"*, *Im Dienste der Sozialreform – Festschrift für Karl Kummer*, edición de Anton Burghardt / Karl Lugmayer / Erich Machek / Gerhard Müller / Hans Schmitz, Ehem. Reinhold Verlag, Wien, 1965.

MURSWIEK, Dietrich: *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: Verfassungsrechtliche Grundlagen und immisionschutzrechtliche Ausformung*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1985.

(II) "Zur Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflicht für den Umweltschutz", *Wirtschaft und Verwaltung*, 11. Jahrgang, Heft 4, 1986, S. 179 ff. 204

(III) "ECB, ECJ, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014", *German Law Journal* 15 No. 2, 2014, S. 147-165

NAPOLITANO Giorgio – ZAGREBELSKY, Gustavo: *L'esercizio della democracia*, Codize Edizione, Torino, 2010.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

NEGREIROS, Teresa: *Teoria Geral do Contrato: Novos Paradigmas*, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 2002.

NETO, Luísa: *Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz: "Contrato e mudança social", *Revista dos Tribunais*, Vol. 722, 1995.

NEUNER, Jörg: (I) *Privatrecht und Sozialstaat (Münchener Universitätschriften, Band 138)*, C.H. Beck Verlag, München, 1999.

(II) "Diskriminierungsschutz durch Privatrecht", *Juristen Zeitung*, 58. Jahrgang, Heft 2, 2003.

NINO, Carlos Santiago: (I) *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.

(II) *La Constitución de la democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1997.

NIPPERDEY, Hans-Carl: (I) *Kontrahierungszwang un diktierte Vertrag*, G. Fische Verlag, Jena, 1920.

(II) "Artikel 159 der Reichsverfassung: Koalitionsrecht", *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweite Teil der*

Reichsverfassung, edición de Hans-Carl Nipperdey, Band. III, Verlag Reimar Hobbing, Berlin, 1930.

(III) "Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung. Ein Beitrag zur Auslegung der Grundrechte", *Recht der Arbeit*, núm. 3, 1950.

(IV) "Die Würde des Menschen. Kommentierung des Art. 1 Abs. 1 GG", *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte,* Band II*, Die Freiheistsrechte in Deutschland*, edición de Franz L. Neumann / Hans-Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1954.

(V) "Boykott und freie Meinungsäußerung", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 4. Jahrgang, Heft 13, 1958.

(VI) *Grundrechte und Privatrecht*, Scherpe Verlag, Krefeld, 1961.

(VII) *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, Heymann Verlag, Köln, 1961

(VIII) "Das Bundesverfassungsgericht", *Deutsche Richterzeitung*, *Organ des Deutschen Richterbundes*, 40. Jahrgang, 1962.

(IX) "Grundrechte und Privatrecht", *Festschrift für Erich Molitor zum 75 Geburtstag 3. Oktober 1961*, edición de Hans Carl Nipperdey, C.H. Beck Verlag, München-Berlin, 1962.

(X) "Freie Entfaltung der Persönlichkeit. Kommentierung des Art. 2 GG", *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, edición de Karl-August Bettermann / Hans-Carl Nipperdey, Band. IV *Grundrechte und institutionelle Garantien*, 2. Halbband, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1962.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: (I) *El Derecho a la Libertad de Opinión e Información y sus Límites (Honra y Vida Privada)*, Editorial Lexis Nexis–Conosur, Santiago de Chile, 2002.

(II) *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 2003.

(III) "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", *Estudios Constitucionales* (Chile), Año 7, núm. 2, 2009.

NÖRR, Wolfgang Knut: "Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft"*, Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburstag am 24 Januar 1992*, edición de Dieter Medicus / Hans–Joachim Mertens / Knut Wolfgang Nörr / Wolfgang Zöllner, Kohlhammer Verlag, Sttutgart-Berlin-Köln, 1992.

NOWAK John E. – ROTUNDA, Ronald D.: *Constitutional Law*, 5ª ed., West Academic Publishing Co, St. Paul, Minnesota, 1995.

NUNES ABRANTES, José João: (I) *A vinculação das entidades privadas aos Direitos fundamentais*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa Editora, Lisboa, 1990.

(II) *O novo Código de Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

OBERDORFF, Henri: *Droits de l`homme et libertés fondamentales*, Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence Éditions, Paris, 2008.

O´CALLAGHAN, MUÑOZ, Xavier: "Panorámica de la incidencia de la Constitución Española en el derecho privado", *Constitución y relaciones privadas Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. XI 2003, VV.AA., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

OEHLING DE LOS REYES, Alberto: *La Dignidad de la persona – Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional, y relación con los valores y Derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

OESTREICH, Gerhard: *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, 2ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1978.

OFFE, Claus: *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

OETER, Stefan: "Drittwirkung der Grundrechte und Privatautonomie. Ein Beitrag zu der funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 119, Heft 4, 1994.

OLDIGES, Martin: "Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht", *Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag*,

edición de Rudolf Wendt / Wolfram Höfling / Ulrich Karpen / Martin Oldiges, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996.

OLLERO GÓMEZ, Carlos: (I) *Introducción al Derecho Político, Ciencia jurídica y Sociología*, Editorial Bosch, Barcelona, 1948.

(II) *El Derecho Constitucional de la postguerra. Apuntes para su estudio*, Editorial Bosch, Barcelona, 1949.

(III) *El constitucionalismo de la postguerra,* Editorial Bosch, Barcelona, 1954.

(IV) "La forma política", *Revista de Estudios Políticos,* núm. 75, 1954.

ORLANDO, Vittorio Emanuele: "Prefazione all`edizione italiana", *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, Società Editrice Libraria, Milano, 1912.

ORTEGA Y GASSET, José: *Una interpretación de la historia universal*: *en torno a Toynbee*, 3ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1989.

OSSENBÜHL Fritz: (I) "Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Neue Juristische Wochenschrift*, 29. Jahrgang, Heft 46, 1976.

(II) "Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit – Gedanken zur Wahrung der Verfahrensgrundrechte", *Freiheit, Verantwortung, Kompetenz, Ausgewählte Abhandlungen*, edición de Meinhard Schröder / Wolfgang Löwer / Udo Di Fabio / Thomas Danwitz, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1994.

(III) "Abwägung im Verfassungsrecht", *Abwägung im Recht. Symposium und Verabscheidung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlass seiner Emeritierung*, edición de Wilfried Erbguth / Jan-Bernd Oebbecke / Hans W. Rengeling / Martin Schulte, Carl Heymanns Verlag, *Köln*-Berlin-Bonn-München, 1996.

(IV) "Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung", *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Peter Lerche*, edición de Peter Badura / Rupert Scholz, C.H. Beck Verlag, München, 1998.

PABÓN DE ACUÑA, José María: "La llamada «Drittwirkung» de los derechos fundamentales", *El poder judicial*, Vol. III, VV.AA., Editoriales

Instituto de Estudios Fiscales-Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983.

PACE, Alessandro: (I) "Corte Costituzionale e altri giudici: un diverso garantismo?", *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, edición de Paolo Barile / Enzo Cheli / Stefano Grassi, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1982.

(II) "La garanzia dei diritti fondamentalli nell`ordinamento costituzionale italiano: il roulo del legislatore e dei giudici «comuni»", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* Vol. 43, 1989.

(III) *Problemática delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte generale*, 2ª ed., Cedam (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova, 1990.

(IV) *Problemática delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte generale*, 3ª ed., Cedam (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova, 2003.

PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERON, Joaquín Francisco: *Lecciones de Derecho Político*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

PAINE, Thomas: (I) *Los derechos del hombre*, Ediciones Orbis, Buenos Aires, 1954.

(II) *Collected Writings: Common Sense / The Crisis / Rights of Man / The Age of Reason / Pamphlets, Articles, and Letters*, edición de Eric Forner, Library of America, Nueva York, 1995.

PALADIN, Livio: *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Cedam (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova, 1998.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel: *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Editorial Cívitas, Madrid, 1983.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel – ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel: *Manual de Derecho del Trabajo*, 21ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013.

PANEBIANCO, Angelo: *El Poder, el Estado, la Libertad. La frágil Constitución de la Sociedad libre*, Unión Editorial, Madrid, 2009.

PAPIER, Hans-Jürgen: (I) "Das Bundesverfassungsgericht als Mediator? Wann in Karlsruhe «vergleiche» für die Integrationsfunktion sinnwoll sein können", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 35. Jahrgang, Heft 3, 2002.

(II) "Das Bundesverfassungsgericht als «Hüter der Grundrechte»", *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*: *Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag,* edición de Michael Brenner / Peter M. Huber / Markus Möstl, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, *2004.*

(III) "Grundrechte und Sozialordnung", *Handbuch der Grundrechte in Deutschland*, *Allgemeine Lehren* I, edición de Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.

(IV) "Drittwirkung der Grundrechte", *Handbuch der Grundrechte*. *Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I*, Band II, edición de Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, *C.F. Müller Verlag, Heidelberg,* 2006.

(V)

PARDO FALCÓN, Javier: (I) "Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario: (Un comentário a las STC 99/1994, de 11 de abril, y 6/1996, de 10 de enero*", Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 49, 1997.

(II) "Una globalización urgente y necesaria: la de los Derechos Humanos", *Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofia, politica y humanidades*, núm. 17, 2007.

PAREJO ALFONSO, Luciano: (I) "El estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos", *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000.

(II) "Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España", *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, edición de Javier Barnés Vázquez, 2ª ed., Editorial Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.

PATTI, Salvatore: "Riflessioni sulla «Teoria del Diritto Privato» (A propósito di una recente antología)", *Rivista di diritto civile*, Año LXII, núm.4, 2016.

PAULUS, Andreas: (I) "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?", *The Shifting Allocation of Authority in International Law Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, edición de Tomer Broude / Yuval Shany, Hart Publishing, London, 2008.

(II) "Globalización en el Derecho Constitucional", *El Derecho constitucional de la globalización*, edición de Michael Stolleis y otros, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

PAULSON, Stanley L.: "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, Issue No. 3, 1995.

PAULY, Walter: *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1993.

PEDRAZZA GORLERO, Maurizio: *Congetture Costituzionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

PEREIRA DA SILVA, Jorge: *Dever de legislar e proteção jurisdiccional contra omissões legislativas*, Universidad Católica de Lisboa Editora, Lisboa, 2003.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias: "Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Libertades e Garantías", *Revista de Direito Público*, núm. 82, 1987; *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Año XXIX, abril-junio, 1987,

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: (I) "Derechos Humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?", *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*, edición de Antonio-Enrique Pérez Luño, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.

(II) *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 5ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

(III) *Los derechos fundamentales,* 9ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

(IV) "La positividad de los derechos sociales en el marco constitucional", *Uma homenagen aos 20 anos da Constituição Brasileira*, edición de Julio Pinheiro / Faro Homen de Siqueira / Bruono Costa Teixeira / Paula Castello Miguel, Fundação Boiteux editora, Florianópolis, 2008.

PÉREZ ROYO, Javier: (I) "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984.

(II) *Tribunal Constitucional y División de poderes*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

(III) *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª ed., revisada y puesta al día por **Manuel CARRASCO DURÁN**, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2014.

PÉREZ SERRANO, Nicolás: *Obras escogidas de Nicolás Pérez Serrano*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

PÉREZ VILLALOBOS, María Concepción: *Estado Social y Comunidades autónomas: el diseño constitucional de la autonomía social en España*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

PERLINGIERI, Pietro: (I) *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991.

(II) "Normas constitucionais nas relações privadas*", Revista da Faculdade de Direito da UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro*), núms. 6-7, 1998-1999.

(III) *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 1999.

(IV) *Arbitrato e Costituzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002.

(V) *Il diritto civile nella legalità constitucional,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

(VI) *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, 3ª ed. Renovar Editora, Rio de Janeiro, 2007.

(VII) *Manuale di diritto civile*, 7ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

PETERSEN, Niels: *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle – Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2015.

PFERSCHE, Emil: *Methodik der Privatrechtswissenschaft*, Verlag von Leuschner & Lubensky, Graz, 1881.

PHILLIPS, Michael J.: "The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine", *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 28, Issue No. 3, 1984.

PICKER, Eduard: "Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm", *Juristen Zeitung*, 58. Jahrgang, Heft 11, 2003.

PIERANDREI, Franco: *I diritti subbiettivi pubblici nell`evoluzione della dottrina germanica*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1940.

PIEROTH, Bodo: (I) "Geschichte der Grundrechte", *Juristische Ausbildung*, 6. Jahrgang, Heft 11, 1984.

(II) "Der Wert der Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG – Zu einem bundesverfassungsgerichtlichen Streit um die allgemeine Handlungsfreiheit", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 115, Heft 1, 1990.

(III) "La Cour constitutionnelle fédérale allemande comme modèle pour l'Europe", *Cités. Philosophie Politique Histoire*, Vol. 13, 2003.

PIEROTH, Bodo – SCHLINK, Bernhard: "Christen als Verfassungsfeinde? - VG Freiburg, NJW 1981", *Juristische Schulung*, 24. Jahrgang, 1984.

(II) *Grundrechte. Staatsrecht* II, 29ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2013.

PIEROTH, Bodo – SCHLINK, Bernhard – POSCHER Ralf – KINGREEN Thorsten: *Grundrechte. Staatsrecht* II, 31ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2015.

PIETRZRAK, Alexandra: "Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext – Überblick und Neue Aspekte", *Juristische Schulung*, 34. Jahrgang, Heft 9, 1994. 747 y ss.

PIETZCHER, Jost: "Drittwirkung — Schutzpflicht — Eingriff", *Das Akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für Günter Dürig* zum 70. Geburtstag, edición de Hartmut Maurer / Peter Häberle / Walter Schmitt-Glaeser / Wolfgang Graf Vitzthum, C.H. Beck Verlag, München, 1990.

PIZZORUSSO, Alessandro: *Il patrimonio costituzionale europeo*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 2002.

PODLECH, Adalbert: "Wertungen und Werte im Recht", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 95, Heft 2, 1970.

PORTERO MOLINA, José ANTONIO: (I) "Algunas cuestiones en el Derecho Político español. 1975-1980", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, 1980.

(II) "Sobre la representación política", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991.

(III) "Legitimidad democrática y Constitución europea", *Revista de Derecho Constitucional europeo*, núm. 3, 2005.

(IV) "Sobre la presunción de la representación política", *Corts: Anuario de derecho parlamentario,* núm. 21, 2009.

(V) Constitución y Jurisprudencia Constitucional, 7ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

POSCHER, Ralf: (I) *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2003.

(II) "Aciertos, errores, y falso autoconcepto de la teoría de los principios", *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan Sieckmann, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

POYAL CUESTA, Ana: "La eficacia de los derechos humanos frente a terceros", *Revista de Derecho Político*, núm. 34, 1991.

POZZOLO, Susanna: "Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución", *El canon neoconstitucional*, edición de Miguel Carbonell / Leonardo García Jaramillo, Editoriales Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2010.

PRATA, Ana: (I) *A tutela constitucional da autonomía privata*, Almedina Editora, Coimbra, 1982.

(II) "Libertade contratual", en *Dicionário jurídico, direito civil, direito processual civil e organização judiciária*, 3ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 1998.

PREEDY, Kara: "Fundamental Rights and Private Acts – Horizontal Direct or Indirect Effect? – A Comment", *European Review of Private Law*, Vol. 8, Issue No. 1, 2000.

PREIS, Ulrich – SAGAN, Adam: "Europäische Sozialpolitik nach Lissabon", *Ein soziales Europa ist möglich – Grundlagen und*

Handlungsoptionen, Teil I, edición de Ulrich von Alemann / Eva G. Heidbreder / Hartwig Hummel / Domenica Dreyer / Anne Gödde, Springer Verlag, New York-Berlin, 2015.

PRIETO SANCHÍS, Luis: (I) "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983.

(II) *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.

(III) "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991.

(IV) "El constitucionalismo de los Derechos", *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007.

QUIPO DE LLANO Y RUÍZ DE SARABIA (Conde de Toreno), José María: obra aparecida en cinco volúmenes, publicados entre 1835-1837, con el título de *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España, por el conde de Toreno*, Imprenta de Tomás Jordán, Madrid, 1835-1837.

QUEIROZ, Cristina: *Direitos fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

RADBRUCH, Gustav: "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", *Relativismo y Derecho,* Editorial Themis, Bogotá, 1992.

RAISER, Ludwig: (I) "Der *Stand* der Lehre vom *subjektiven* Recht im Deutschen Zivilrecht", *Juristische Zeitung, 16. Jahrgang, Heft 15/16,* 1961.

(II) *Grundgesetz und Privatrechtsordnung*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1967.

(III) "La funzione del contratto e libertà contrattuale", *Il compito del diritto privato*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1990.

RAWLS, John: *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

RAYNAUD, Julien: *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Presses Universitaires d`Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2003.

RAZ, Joseph: *The Autority of Law,* Clarendon Press, Oxford, 1994.

REBELLO Marcelo De Sousa – DE MELO ALEXANDRINO, José: *Constituição da República Portuguesa comentada*, Lex–Ediçoes Jurídicas, Lisboa, 1999.

RECASÉNS SICHES, Luis: *Introducción al estudio del Derecho*, 8ª ed., Editorial Porrúa, México, 1990.

REDOR, Marie-Joëlle: *De l'État legal a l'État de Droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1870-1914*, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1992.

REHM, Hermann: "Rezension von *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte,* 2ª ed., J. C. B. Mohr Verlag, Tübingen, 1905", *Deutsche Juristen Zeitung*, Band. XI, Heft 9, 1906.

REIS NOVAIS, Jorge: (I) "Renúncia a Direitos fundamentais", *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição*, *Tema Direito*, edición de Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

(II) *As restrições dos Direitos fundamentais nâo expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

(III) *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, Almedina Editora, Coimbra, 2014.

(IV) *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2017.

REPGEN, Tilman: *Kein Abschied von der Privatautonomie. Die Funktion zwingenden Rechts in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*, Ferdinand Schöningh Verlag, Paderborn-München-Wien-Zürich, 2001.

REPOSO Antonio – PATRONO, Mario: La *Costituzione degli Stati Uniti d`America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, Arnaldo Mondaroni Editore, Milano, 1988.

RESCIGNO, Pietro: "Voz: Propietá (Diritto privato)", *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVII, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1988.

RESS, Georg: "Der Grundsatz Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht", *Der Grundsatz der Europäischen Rechtsordnungen*, edición de Hans Kutscher / Georg Ress / Francis Teitgen / Felix Ermacora / Giovanni Ubertazzi, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1985.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: (I) "Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)", *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, 2009.

(II) "Las Constituciones de 1812 y 1978: una comparación", *Revista de Historiografía editada por el Instituto de Historiografía Julio Caro Baroja*, Año XI, núm. 21, 2014.

REY MARTÍNEZ, Fernando: (I) *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995.

(II) "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, VV.AA., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

(III) "Derribando falacias sobre derechos sociales", *Derechos Sociales y Principios Rectores*, edición de José Luis Cascajo Castro / Manuel Terol Becerra / Antonio Domínguez Vila / Vicente Navarro Marchante, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

RIALS, Stéphane: *La déclaration des droits de l`homme*, Haxhette Pluriel, Paris, 1988.

RIDDER, Helmut: *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschafien im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,* Gustav Fischer Verlag, Stuttgart, 1960.

RIDOLA, Paolo: *Diritti fondamentali. Un´introduzione*, 2ª ed., Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 2006.

RIEDEL, Eibe H.: (I) *Theorie der Menschenrechtsstandards: Funktion, Wirkungsweise und Begründung wirtschaftlicher und sozialer Menschenrechte mit exemplarischer ... auf Arbeit in verschiedenen Rechtsordnungen*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1986.

(II) "Kapitel IV Solidarität", *Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar*, 4ª ed., edición de Jürgen Meyer / Norbert Bernsdorff, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden–Baden, 2014.

RIESENHUBER, Karl: "Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht", *Privatrechtsgesellschaft, Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, edición de Karl Riesenhuber, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2007.

***RIOBÓ GONZÁLEZ,* Manuel:** *Fichte filósofo de la intersubjetividad*, Editorial Herder, Barcelona, 1988.

RIPOLLÉS SERRANO, María Rosa: (I) "Las Cortes Generales: tradición y modernidad, de las funciones tradicionales a la legitimación del Sistema Político", *Escritos en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución*, edición de María Isabel Álvarez Vélez, Universidad Pontificia de Comillas–ICADE, Madrid, 2004.

(II) "Procedimiento parlamentario de la reforma constitucional de 2011", *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, edición de Enrique Álvarez Conde / Clara Souto Galván, Editorial Instituto de Derecho Público, Madrid, 2012.

(III) "La reforma constitucional de 2011: antecedentes, tramitación y el epílogo de la Ley Orgánica 2/2012", *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario,* núm. 27, 2013.

RITGEN, Klaus: "Vertragsparität und Vertragsfreiheit", *Juristen Zeitung*, 57. Jahrgang, Heft 3, 2002.

RITTER, Gerhard A.: "Entstehung und Entwicklung des Sozialstaates in vergleichender Perspektive", *Historische Zeitschrift*, Band 243, Heft 1, 1986.

RITTNER, Fritz: "Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb", *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 188, Heft 2-3, 1988.

RIVERO, Jean: (I) "La protection des droits de l`homme dans les rapports entre personnes privées", *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber,* Vol. III, *Protection des droits de l`homme dans les rapports entre personnes privées*, edición de Marceau Long / François Monnier / Jean Graven, Augusto Pedone Éditions, Paris, 1971.

(II) *Libertés Publiques*, Vol. I, Presses Universitaires de France, Paris 1977.

(III) "A modo de síntesis", *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales,* ed. de Louis Favoreu y otros, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ROBBERS, Gerhard: (I) "Der Grundrechtsverzicht „volenti non fit iniuria" im Verfassungsrecht", *Juristische Schulung*, 25. Jahrgang, 1985.

(II) *Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987.

RODOTÀ, Stefano: *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Feltrinelli Editore, Milano, 2008.

RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Miguel – FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: *Igualdad y discriminación*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

ROGEL VIDE, Carlos: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Studia Albortoniana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bologna, 1985.

RÖHL, Klaus F. – RÖHL, Hans Christian: *Allgemeine Rechtslehre,* 3ª ed. Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008.

ROJO Y FERNÁNDEZ–RIO, Ángel: "José Bonaparte (1808-1813) y la legislación mercantil e industrial española", *Revista de Derecho mercantil*, núms. 143-144, 1977.

ROMAN, Diane: "Solidarité et liberté", *Solidarité* (S) - *Perspectives juridiques*, edición de Maryvonne Hecquart-Thérond, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2009.

ROMANO, Santi: *L`ordinamento giuridico (1917)*, Sansoni Editori, Firenze, 1946.

RÖSLER, Hannes: *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, Verlag C.H. Beck Verlag, München, 2004.

ROSSI, Guido: *Il mercato d`azzardo*, Adelphi Editori, Milano, 2008.

ROSSI, Pellegrino: *Cours de droit constitutionnel*, Tomo II, Guillaumin et cie, Paris, 1866.

ROTH-STIELOW, Klaus: "Die gewandelte Bedeutung der Generalklauseln im materiellen Scheidungsfolgenrecht", *Neue Juristische Wochenschrift*, 33. Jahrgang, Heft 46, 1980.

RÖTHEL, Anne: "Grundfreiheiten und private Normgebung: Zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Verbandsnormen", *Europarecht*, 36 Jahrgang, Heft 6, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius: *Princípios Constitucionais*, Sérgio Antônio Fabris Editora, Porto Alegre, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: *Du Contrat social* [1ª ed., 1762], ahora en *Oeuvres complètes*, Vol. III, Gallimard, Paris, 1964.

RUBIO GARCÍA–MINA, Jesús: (I) *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950.

(II) *Introducción al Derecho mercantil*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1969.

RUFFERT, Matthias: *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privarrechtsentwicklung des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2001.

RUFINO DO VALE, André: (I) "Aspectos do Neoconstitucionalismo", *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, núm. 9, 2007.

(II) *La deliberación en los Tribunales Constitucionales. Un estudio empírico de las practices deliberativas del Tribunal Constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

RÜFNER, Wolfgang: (I) "Drittwirkung der Grundrechte, Versuch einer Bilanz", *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, edición de Peter Selmer / Ingo von Münch, Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1987.

(II) "Wirkung der Grundrechte im Privatrecht (*Drittwirkung*)", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. V, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992.

(III) "Grundrechtsadressaten", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. V, 2ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000.

(IV) "Grundrechtsadressaten", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, 3ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.

(V) "Leistungsrechte", *Handbuch der Gundrechte in Deutschland und Europa*, Band II, edición de Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.

SACHS, Michael: (I) "Die Grundrechte als objektives Recht und als subjektive Rechte", *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, edición de Klaus Stern, C.H. Beck, München 1988, S. 477 ff.

(II) "*Verfassungsrecht* II. *Grundrechte*", 2ª, Springer Verlag, Berlin, 2003.

(III) "Abwehrrechte", *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band. II, edición de Detlef Merten / Hans Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.

SÄCKER, Franz-Jürgen: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I, 3ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 1993.

SAGARDOY BENGOECHEA, Juan Antonio: *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Editorial Cívitas, Madrid, 2005.

SALA ARQUER, José Manuel: "Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, 1992.

SALAMUN, Kurt: "Die Universität als Aufklärungsinstitution über antidemokratische Denkformen. Ist der humanitärdemokratische Bildungsauftrag der Universitäten zu Ende?, *Abschaffung der freien Universität?*, edición de Stephan Haltmayer / Werner Gabriel, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2000.

SALDANHA, Nelson: *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2004.

SALLEILES, Raymond: *De la déclaration de volonté*: *contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 a 144)*, Frédéric Pichon Éditeur, Paris, 1901.

SALVADOR CODERCH, Pablo: "Introducción", *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, edición de Pablo Salvador Coderch, Editorial Cívitas, Madrid, 1997.

SALVI, Cesare: "Responsabilità extracontrattuale", *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXV, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1988.

SALZWEDEL, Jürgen: "Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung", *Festschrift Hermann Jahrreiss zu seinem siebzigsten Geburtstag*, edición de Karl Carstens / Hans Peters, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1964.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis: "Sobre la Constitución de Cádiz", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990.

SANDOZ, Suzette: "Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusión", *Scheisszerische Juristen Zeitung. Revue Suisse de Jurisprudence*, 83. Jahrgang, 1987.

SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente: *Curso de Derecho Político según la filosofía política moderna, la historia general de España y la legislación vigente*, 5ª ed., Tipografía de R. Fé, Madrid, 1893.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Fundamentos de Derecho Administrativo* I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang: (I) "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000.

(II) *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003.

(III) *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001.

(IV) "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficacia e efetividade do direito á saúde na Constituição de 1988", *Interesse Público*, Vol. 12, 2001.

(V) *A eficácia dos Direitos Fundamentais. Una Teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010.

(VI) "Neoconstitucionalismo e influencia dos Direitos fundamentais nom direito privado: algumas notas sobre a evolução brasilera", *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.

(VII) *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*, 12ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2015.

SARMENTO, Daniel: (I) "A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoría", *Arquivos de direitos humanos*, Vol. IV, edición de Ricardo Lobo Torres / Celso Duvivier de Albunquerque Mello, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 2002.

(II) *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 4ª ed., Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2004.

SARTORI, Giovanni: *Elementi di teoria política*, Società Editrice II Mulino, Bologna, 1987.

SCALONE, Antonio: *Una battaglia contro gli spettri. Diritto e politica nella Reine Rechtslehre di Hans Kelsen (1905-1934)*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 2008.

SCHAPP, Jan: *Das subjetive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1977.

(II) "Grundrechte als Werteordnung", *Juristen Zeitung*, 53. Jahrgang, 1998.

SCHAUB, Günter – KOCH, Ulrich – LINCK, Rüdiger – TREBER, Jürgen – VOGELSANG, Heinrich: *Arbeitsrechts – Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, 16ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2015.

SCHERZBERG, Arno: *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität" – Das Ausmass individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetentielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der*

Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1989.

SCHEUNER, Ulrich: (I) "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit", *Die Öffentliche Verwaltung*, 24. Jahrgang, 1971.

(II) "Fundamental rights and the protection of the individual against social groups and powers in the constitucional System of the Federal Republic of Germany", *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber. La protection des droits de l`homme dans les rapports entre personnes privées*, Vol. III, edición de Marceau Long / François Monnier / Jean Graven, Augusto Pedone Editions, Paris, 1971.

(III) "Staatszielbestimmungen", *Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*, edición de Roman Schnur, C.H. Beck Verlag, München, 1972.

SCHLINK, Bernhard: (I) "Freiheit durch Eingriffabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion", *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 11. Jahrgang, Heft 17, 1984.

(II) "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Band II, *Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts*, edición de Peter Badura / Horst Dreier, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2001.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard: (I) *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema,* Editoriales Marcial Pons–Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid-Barcelona, 2003.

(II) "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo", *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., edición de Javier Barnes Vázquez, Editorial Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.

SCHMIDT–SALZER, Joaquin: "Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht", *Neue Juristische Wochenschrift*, 23. Jahrgang, Heft 1/2, 1970.

SCHMITT, Carl: (I) *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen,* Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen.

(II) "Besprechung des Büches «Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung» (herausgegeben in Gemeinschaft mit Prof. Dr.

Anschütz u.a. von Dr. Hans Carl Nipperdey, Verlag von Reimar Hobbing, Berlin, 1929)", *Juristische Wochenschrift*, 60. Jahrgang, Heft 23-24, 1931.

(III) *Legalität und Legitimität*, 1ª ed., Duncker & Humblot Verlag, München-Leipzig, 1932.

(IV) "Die Tyrannei der Werte", *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, edición de Sergius Buve, Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967.

(V) *La defensa de la Constitución,* Editorial Tecnos, Madrid, 1983.

(VI) "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung", *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954 – Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1985.

(VII) "Grundrechte und Grundpflichten" (1932), *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954 – Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3ª ed., Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1985.

(VIII) *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1992.

(VIII) *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europeum*, 4ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

(IX) *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität.* 8ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2004 (1ª ed. de 1922).

SCHMITT GLAESER, Walter: "Schutz der Privatsphäre", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. VI, 2ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001.

SCHNAPP, Friedrich E.: "Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt", *Juristische Schulung*, 29. Jahrgang, Heft 1, 1989.

SCHNEIDER, Hans–Peter: (I) "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", *Revista Española de Derecho Constitucional,* 1982, pp. 35 ss.

(II) Die Funktion der Verfassung", *Einführung in das öffentliche Recht*, edición de Dieter Grimmm, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1985.

(III) "Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional", *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, VV. AA., Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

(IV) *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

(V) "Grundrechte und Verfassungsdirektiven", *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I, *Entwicklung und Grundlagen*, edición de Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.

SCHNEIDER, Ludwig: *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG.*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1983.

SCHNUR, Roman: *Die Erhlärung der Menschen– und Bürgerrechte*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Verlag, Darmstadt, 1964.

SCHÖNEBURG, Karl–Heinz: "Der demokratische und soziale Rechtsstaat: Ideologie, Utopie, Realität?", en *Recht und Ideologie in historischer Perspektive*, *Festschrift für Hermann Klenner zum 70. Geburtstag*, edición de Gerhard Haney / Werner Maihofer / Gerhard Sprenge, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg-Berlin, 1998

SCHROEDER, Daniela: *Grundrechte*, 4ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2016.

SCHUPPERT Gunnar Folke – Christian BUMKE: *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des <<einfachen" Rechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000.

SCHWABE, Jürgen: (I) *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte – Zur Einwirkug der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, Wilhelm Goldmann Verlag, München, 1971.

(II) "Drittwirkung und Kein Ende", *Neue Juristische Wochenschrift*, 26. Jahrgang, Heft 6, 1973.

(III) "Bundesverfassungsgericht und Drittwirkung der Grundrechte", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 100, Heft 3, 1975.

(IV) *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Dissertationsdruck Schadel Verlag, Darmstadt, 1977.

(V) "Grundrechtlich begründete Pflichten des Staates zum Schutz gegen staatliche Bau- und Anlagegenehmigungen? – Oder: Schuldet der Staat

aktiven gegen sich selbst?", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2. Jahrgang, 1983.

(VI) "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 185, Heft 1, 1985.

(VII) "Facetten des Eigentums – Ein Literaturbericht", *Der Staat*, Band. 27, Heft 1, 1988.

(VIII) *Grundkurs Staatsrecht. Eine Einführung für Studienanfanger*, 5ª ed., Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1995.

Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 53. Jahrgang, Heft, 2, 1998.

SEIJAS VILLADANGOS, María Esther: "Hacia un Estado Democrático Global", *Themis: Revista de Derecho*, 2015.

SIECKMANN, Jan-R.: "Los Derechos fundamentales como principios", *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, edición de Jan R. Sieckmann, Marcial Pons, Madrid, 2011.

SINGER, Reinhard: (I) *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, C.H. Beck Verlag, München, 1995.

(II) "Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst", *Juristen Zeitung*, 50. Jahrgang, Heft 23, 1995.

(III) "Die Lehre vom Grundrechtsverzicht und ihre «Ausstrahlung» auf das Privatrecht" *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand`Heur*, edición de Wilfried Erbguth / Friedrich Müller / Volker Neumann, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1999.

SMEND, Rudolf: (I) "Das Recht der freien Meinungsäußerung", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL*), Heft. 4, Walter de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1928.

(II) *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot Verlag, München-Leipzig, 1928.

(III) *Constitución y Derecho Constitucional*, Editorial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

(IV) *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze,* Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1994.

SOBOUL, Albert M.: *La Revolución Francesa. Principios ideológicos y protagonistas colectivos*, Editorial Crítica, Barcelona, 1987.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991.

(II) "Los límites de los derechos y el sistema normativo", *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003.

SORO RUSSELL, Olivier: *Los contratos como fuente de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*, Editorial Reus, Madrid, 2014.

SPADARO, Antonino: "Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalita", *Quaderni costituzionali*, Año XVIII, núm. 3, 1998.

STEINHAUER, Fabian: *Vom Scheiden*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2014.

STARCK, Christian: (I) *Praxis der Verfassungsauslegung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994.

(II) "Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte", *Juristen Zeitung*, 51. Jahrgang, Heft 21, 1996.

(III) *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, Band. I, 4ª ed., Franz Vahlen Verlag, München, 1999.

(III) "Derechos fundamentales y derecho privado", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002.

(IV) "Human Rights and Private Law in German Constitutional Development", *Human Rights in Private Law*, edición de Daniel Friedmann / Daphne Barak-Erez, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2003.

(V) "Constitución, Jurisdicción constitucional e Interpretación constitucional", *La Constitución Española en el Contexto Constitucional*

Europeo, edición de Francisco Fernández Segado, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.

(VI) *Jurisdicción constitucional y Derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

STEINMETZ, Wilson: (I) "Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoría dos imperativos de tutela", *Revista de Direito Privado*, Vol. 6, núm. 23, 2005.

(II) "Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoría dos imperativos de tutela", *Revista Brasileira de Direito Constitucional,* núm. 5, 2005.

STERN, Klaus: (I) *Anwaltschaft und Verfassungsstaat. Schriftenreihe der Bunderechtsanwaltskammer*, Bd. 1, C. H. Beck, München, 1980.

(II) *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Grundbegriffe und Grundlage*, Band. I, 2ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 1984.

(III) *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

(IV) *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, C.H. Beck Verlag, München, 1988.

(V) "Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbot", *Wege und Verfahren des Vesfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, edición de Peter Badura / Rupert Scholz, C.H. Beck Verlag, München, 1993.

(VI) "El sistema de los Derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* núm. 1, 1988.

(VII) "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. IX, 3ª ed., edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller Duncker & Humblot Verlag, Heidelberg, 2011.

STERN, Klaus – SACHS, Michael: (I) *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band. III/2, C.H. Beck Verlag, München, 1994.

STIGLITZ, Joseph E.: *La globalizzazione che funziona*, Einaudi Editore Torino, 2006.

STOFFELS, Markus: *AGB-Recht*, 3ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2015.

STOLLEIS, Michael: (I) *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band IV, 1945-1990, C. H. Beck Verlag, München, 2012.

(II) "Trayectoria del Estado Constitucional con la perspectiva de la Globalización", *El Derecho constitucional de la globalización*, edición de Michael Stolleis, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

STOURZH, Gerard: "Grundrechte zwischen Common Law und Verfassung. Zur Entw*icklung* in England und den nordamerikanischen Kolonien im 17. Jahrhunderd", *Grund - und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Grund - und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, edición de Günter Birtsch, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1981.

STRECK, Lênio Luiz: (I) *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 2ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000.

(II) *Verdad y Consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en Derecho*, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

SUELMANN, Heinz–Gerd: *Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG,* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994.

SUHR, Dieter: (I) "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit", *Der Staat*, Band. 9, Heft 1, 1970.

(II) "Freiheit durch Geselligkeit – Institut, Teilhabe, Verfahren und Organisation im systematischen Raster eines neuen Paradigmas", *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 11. Jahrgang, Heft 20, 1984.

SZCZEKALLA, Peter: *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2002.

TARELLO, Giovanni: "Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* Vol. 7, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Bologna, 1978.

TAYLOR, Mark C.: *Después de Dios. La religión y las redes de la ciencia, el arte, las finanzas y la política*, Editorial Siruela, Madrid, 2011.

TEPEDINO, Gustavo: *Temas de Direito Civil*, Renovar Editora, Rio de Janeiro, 1999.

TEUBNER, Günther: *La cultura del diritto nell´epoca della globalizzazione. L`emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005.

THOMA, Richard: (I) "Grundrechte und Polizeigewalt", *Verwaltungsrechtliche Abhandlungen. Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts*, edición de Heinrich Triepel, Heymann Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1925.

(II) "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", *Grundrechte und Grundpflicten der Reichsverfassung*, *Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung,* I Band: *allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Artikel. 102-117*, edición de Hans-Carl Nipperdey, Reimar Hobbing Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1929.

THON, August: *Rechtsnorm und subjektives Rechts. Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtlehre*, Hermann Böhlaus Verlag, Weimar, 1878.

TIAN, Lichun: *Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich – Eine Untersuchung anhand des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2012.

TIERNEY, Brian: (I) "Tuck on Right: Some Medieval Problems", *History of Political Thought*, Vol. 4, Issue No. 3, 1983.

(II) "Natural Rights in the Thirteenth Century. A Quaestio of Henry of Ghent", *Speculum*, Vol. 67, Issue No. 1, 1992.

(III) *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law. 1150-1625*, Willians B. Eerdmans Publishing Company, Grands Rapids-Michigan/Cambridge U.K., 1997.

TIERNO GALVÁN, Enrique: *Acotaciones a la Historia de la Cultura Occidental en la Edad Moderna*, Editorial Tecnos, Madrid, 1964.

TOCHTERMANN, Peter: "Alternative Dispute Resolution – Einführung in die alternative Streitbeilegung", *Juristische Schulung*, 45. Jahrgang, Heft 2, 2005.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: "La Constitución y el Tribunal Constitucional", *La jurisdicción constitucional en España, Tribunal Constitucional*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

TORRES DEL MORAL, Antonio: (I) *Constitucionalismo Histórico español*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2004.

(II) *Principios de Derecho Constitucional español*. Tomo I. *Sistema de fuentes. Sistema de los Derechos*, 6ª ed., Editorial Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2010.

TRIBE, Laurence H.: *American Constitutional Law*, 2ª ed., The Foundation Press, Inc., New York, 1988.

TROPER, Michel: *Por una teoría jurídica del Estado*, Editorial Dykinson, Madrid, 2001.

TRUEBA URBINA, Alberto: *La primera Constitución político-social del Mundo*, Editorial Manuel Porrúa, México, 1980.

TUNG, Frederick: "The *New Death of Contract*: *Creeping Corporate Fiduciary Duties for Creditors*", *Emory Law Journal*, Vol. 57, Issue No. 4, 2008.

TURKEL, Gerald: "The Public/Private Distinction: Approaches to the Critique of Legal Ideology", *Law & Society Review,* Vol. 22, Issue No. 4, 1988.

TUSHNET, Marck Victor: (I) "The Inevitable Globalization of Constitutional Law", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 49, Issue No. 4, 2008-2009.

(II) *Constitucionalismo y judicial review,* Palestra Editores, Lima, 2013.

UNGER, Sebastian: *Das Verfassungsprinzip der Demokratie – Normstruktur und Norminhalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2008.

UNRUH, Peter: *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1996.

VALADÉS RÍOS, Diego: (I) "Estudio introductorio", *El Estado constitucional* de Peter Häberle, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, PUCP, Lima, 2003.

(II) "La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*", La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina*, Tomo I, edición de Armin Von Bogdandy / Flavia Piovesan / Mariela Morales Antoniazzi, Editorial IIJ-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: (I) "La negociación colectiva en la Constitución", *Revista de Política Social*, núm. 121, Madrid, 1979.

(II) "El modelo español de negociación colectiva de condiciones de trabajo", *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, edición de Fernando Valdés Dal-Re, Editorial Instituto de la Mediana y Pequeña Empresa Industrial, Madrid, 1982.

(III) "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *Libro Homenaje a Ignacio de Otto*, Editorial Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993.

VALDEÓN BARUQUE, Julio: "Las Cortes castellanas en el siglo XIV", *Anuario de Estudios Medievales*, núm. 7, 1970-1971.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A: *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1982.

VARI, Massimo: "La tutela dei Diritti Fondamentali tra valori e tecniche del guidizio de costituzionalità", *La Constitución española en el Contexto Constitucional Europeo*, edición de Francisco Fernández Segado, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.

VATTIMO, Gianni: *El fin de la modernidad – Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.

VAZ, Manuel Alfonso: *Leí e Reserva de Lei. A Causa da Lei en la Constituição Portuguesa*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

VEDEL, Georges: *La Déclaration des droits de l`homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française Éditions, Paris, 1990.

VELASCO SAMPEDRO, Luis Antonio: "«Presentación» a *Código de Comercio de 30 de mayo 1829*", Editorial Lex Nova, Valladolid, 2017.

VENEGAS GRAU, María: *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

VESPAZIANI, Alberto: "Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense", *Diritto Pubblico*, Fasc. 3, 2001.

VESTING, Thomas: (I) "«Aporien der rechtswissenschaftlichen Formalismus - Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre»", *Archiv für Rechts und Sozialpolitik*, Bd. 77, Heft 3, 1991.

(II) "Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus. Elemente und Perspektiven einer pluralen Theorie der Grundrechte", *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, edición de Christoph Grabenwarter / Stefan Hammer / Alexander Pelzl / Eva Schulev-Steindl / Ewald Wiederin, R. Boorberg Duncker & Humblot Verlag, Dresden, 1994.

(III) *Rechtstheorie: Ein Studienbuch.* C.H Beck Verlag, München, 2007.

(IV) "Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne", *Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassungsrecht nach der Globalisierung?*, edición de Thomas Vesting / Stefan Korioth, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2011.

(V) "O Direito moderno e a crise do conhecimento comum", *Teorias Contemporâneas do Direito Borges*, edición de Pedro Fortes / Ricardo Campos / Samuel Barbosa, Editorial Juruá, Paraná-Porto, 2016.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos: (I) "Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares", *Documentação e Direito Comparado. Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 5, Lisboa, 1981.

(II) *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2003.

(III) "Os Direitos fundamentais no Século XXI", *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, edición de Javier Pérez Royo / Joaquín Pablo Urías Martínez / Manuel Carrasco Durán, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

(IV) "Os Direitos, liberdades e garantías no ámbito das relações entre particulares", *Constituição, Direitos Fundamentales e Direito Privado*, edición de Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010.

VIEHWEG, Theodor: *Tópica y Jurisprudencia de la Tópica jurídica*, Editorial Cívitas, Madrid, 1962.

VILLACORTA CAÑO-VEGA, Antonio: (I) "El modo de proceder en la aplicación jurídica desde los planteamientos de la Teoría estructurante del Derecho de Friedrich Müller", *Revista Ius Navigandi*, 2011. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3006, 24 set. 2011. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/20070.

(II) "Interpretación jurídica o comprensión judicial? Al menos comprender para interpretar", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 83, 2011.

(III) "Alguns aspectos específicos do método normativo-estruturante de Friedrich Müller", *Revista Ius Navigandi*, 2013.

VILLACORTA MANCEBO, Luis-Quintín: (I) "Dialéctica Estado social-Derechos sociales: la Ley Fundamental de Bonn como parámetro", *Problemas actuales del Estado social y democrático de derecho*, VV. AA., Secretariado de publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 1985.

(II) "A propósito de Hermann HELLER, *Escritos políticos,* Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1985", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, 1986.

(III) *Reserva de Ley y Constitución*, Editorial Dykinson, Madrid, 1994.

(IV) "Notas en torno a la situación del debate acerca de las raíces cristianas perceptibles en el movimiento a favor de los Derechos Fundamentales y de la actitud de las iglesias hacia los mismos", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 2, núm. 5, 1995.

(V) "Derecho Constitucional y Método. Algunas consideraciones desde la perspectivas de la Teoría Estructurante del Derecho", *Estudios de derecho público en homenaje al professor Juan José Ruiz Rico*, Vol. II; VV.AA., Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

(VI) "La construcción del Estado Democrático español: algunas perspectivas", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 109, 2000.

(VII) "Una nota sobre la Teoría constitucional abierta de Peter Häberle: racionalismo, tiempo… ¿vacío?", *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 7, 2002.

(VIII) "Igualdad y Estado Liberal: Perspectiva de un desencuentro", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 61, 2004.

(IX) *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

(X) "El parámetro de las decisiones jurisdiccionales acerca de la igualdad: algunas dificultades", *Homenaje a D. Iñigo Cavero Lataillade*, edición de José Peña González, Editorial, Madrid, 2005.

(XI) "Igualdad jurídica y vinculación del Legislador: algunos pasos con huellas de una tarea inacabada", *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 12, 2005.

(XII) "Principio de igualdad y Legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 130, 2005.

(XIII) "El derecho a la igualdad y el reconocimiento de la obligación a la dogmática", *Revista de Derecho político*, núm. 67, 2006.

(XIV) *Principio de igualdad y Estado social. Apuntes para una relación sistemática*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2006.

(XV) "Aspectos de la multifuncionalidad de los Derechos Fundamentales", *Revista de Derecho Político*, núms. 71-72, 2008.

(XVI) "La igualdad en la aplicación judicial: aspectos de la perspectiva habitual y convencional", *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Vol. II, Editorial Congreso de los Diputados, Madrid, 2008.

(XVII) "Jurisdicción constitucional y Derechos Fundamentales. Aspectos a destacar en el contexto de la discusión española, *Ius et Praxis*, núm. 17, 2011.

(XVIII) "Los puntos doctrinales de arranque de la teoría estructurante del Derecho de Friedrich Müller", *Revista Ius Navigandi*, 2011, disponible en: httt://jus.com.br./artigos/18749.

(XIX) "El proceso estructurante de producción normativa", *Revista Ius Navigandi*, 2011, disponible en: "Disponível em: https://jus.com.br/artigos/18769".

(XX) "La poco feliz idea (y realidad) de objetivar nuestro recurso de amparo", *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*", núm. 27, 2012.

(XXI) "El difícil equilibrio entre la fuerza expansiva de los Derechos Fundamentales y el control jurisdiccional de su configuración legislativa", *Constitución y democracia: ayer y hoy; libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

(XXII) *La construcción jurídica de los Derechos Fundamentales. Apuntes desde la realidad Española,* Editorial Tratamiento Gráfico del Documento, Santander, 2012.

(XXIII) *La solidez de la alternativa Metódica estructurante para una Ciencia constitucional aplicada,* Editorial Dykinson, Madrid, 2014.

(XXIV) "La metódica estructurante del derecho en cuanto concepción superadora de ideales metódicos", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 91, 2014.

(XXV) "Às voltas com a Metódica Estructurante do Direito de Friedrich Müller", *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Vol. 22, 2015.

VILLACORTA MANCEBO Luis-Quintín – VILLACORTA CAÑO-VEGA Antonio: *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los Derechos Fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: (I) "Objeto y contenido de los derechos fundamentales", *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, edición de Francisco J. Bastida Freijedo y otros, Tecnos, Madrid, 2004.

(II) "La renuncia de los Derechos Fundamentales", *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*, edición de Philippe Frumer / Ignacio Villaverde Menéndez, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

VILLEY, Michel: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Santiago de Chile, 1976.

VIRGA, Pietro: "Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali", *Rassegna di Diritto Pubbico*, 243, núm. 3, 1948.

VOLKMANN, Uwe: *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2013.

VON BERG, Günther Heinrich: *Handbuch des deutschen Polizeyrechts*, Hahn, Hannover, 1799.

VON BERNSTORFF, Jochen: "Georg Jellinek and the Origins of Liberal Constitutionalism in International Law", *Goettingen Journal of International Law* 4, 2012.

VON GERBER, Carl–Friedrich: (I) *Über öffentliche Rechte*, Verlag der H. *Laupp*'schen Buchhandlung – H. Laupp & Siebeck, Tübingen, 1852.

(II) *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Verlag der H. *Laupp*'schen Buchhandlung, H. Laupp & Siebeck Duncker & Humblot Verlag, Tübingen, 1852.

(III) *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Bernhard Tauchnitz Verlag, Leipzig, 1865.

VON GIERKE, Otto: *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Julius Springer Verlag, Berlin, 1889.

VON GNEIST, Rudolf: *Die nationale Rechtsidee von den Ständen und das preussische Dreiklassenwahlsystem: eine sozial-historische Studie*, Springer Verlag, Berlin, 1894.

VON HUMBOLDT, Wilhelm: (I) *Ideen zu einem Versuch die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, parcialmente publicado en 1792, y completo por la Verlag Eduard Trenwendt, Breslau, 1851.

(II) *Límites de la acción del Estado*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

VON IHERING, Rudolf: (I) *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Band. I, Teil III, 5ª ed., Breitkopf und Härtel Verlag, Leipzig, 1906.

(II) *El espíritu del Derecho romano, edición abreviada*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1977.

(III) *El fin en el Derecho*, Editorial Comares, Granada, 2011.

VON MANGOLDT, Hermann: "Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band. 36, Heft 3, 1949.

VON MOHL, Robert: *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, 2ª ed., J. C. B. Mohr Verlag, Freiburg im Breisgau-Tübingen, 1872.

VON MÜNCH, Ingo: (I) "Grundrechtsschutz gegen sich selbst?", *Festschrift für Hans Peter Ipsen*, edición de Rolf Stöter / Werner Thieme, J.C.B. Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1977.

(II) "*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania", *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, edición de Pablo Salvador Coderch, Editorial Cívitas, Madrid, 1997.

(III) ¿El Tribunal Constitucional Federal como actor político?, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, esp. 578 y ss.

VON MÜNCH, Ingo – MAGER, Ute: *Staatsrecht*, 6ª ed., Kohlhammer Verlag, Frankfurt am Main, 2014.

VON STEIN, Lorenz: *Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der französischen Revolution bis zum Jahre 1830*, Otto Wigand *Verlag,* Leipzig, 1855.

VOβKUHLE, Andreas: (I) "Verfassungsstil un Verfassungsfunktion", *Der Staat*, Heft 1, 1994.

(II) "Die Renaissance der «Allgemeinen Staatslehre» Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung", *Juristische Schulung*, 44. Jahrgang, Heft 1, 2004.

VOβKUHLE, Andreas – KAISER Ana Bettinna: "Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte", *Juristische Schulung,* 51. Jahrgang, Heft 5, 2011.

WAHL, Rainer: (I) "Die bürokratischen Kosten des Rechts- und Sozialstaats", *Die Verwaltung*, Band. 13, 1980.

(II) "Der Vorrang der Verfassung", *Der Staat*, Band. 20, Heft 4, 1981.

(III) *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internalisierung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2003.

(IV) "Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich", *Handbuch der Grundrechte*, Band. I, edición de Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003.

(V) "Die Rolle staatlicher Verfassungen angesichts der Europäisierung und der Internationalisierung", *Der Eigenwert der Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassungsrecht nach der Globalisierung?*, edición de Thomas Vesting / Stefan Korioth, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2011.

WAHL, Rainer – MASING, Johannes: "Schutz durch Eingriff", *Juristen Zeitung*, 45. Jahrgang, Heft 12, 1990.

WALINE, Marcel: *L'individualisme et le Droit*, Domat Montchrétien Éditions, Paris, 1945.

WALTER, Gerhard: "L`influenza della Costituzione sul diritto civile nella Repubblica Federale Tedesca", *L`ìnfluenza dei volori costituzionali sui sistema giuridici contemporanei*, Vol. I, edición de Alessandro Pizzorusso / Vicenzo Varano, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1985.

WALTER, Robert: *La estructura del orden jurídico. Disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del derecho*, Editorial Themis, Bogotá, 1984.

WEBER, Albrecht: "*L'État social et les droits sociaux en RFA", Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 24, 1995.

WECKMANN, Luis: *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

WEINRIB, Ernst J.: *La idea de Derecho privado*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017.

WESTERMANN, Hans-Peter: "Sonderprivatrechtlihe Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 178, 1978.

WIEACKER, Franz: (I) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1952.

(II) *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechsgesezbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, C.F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1953.

(III) "Rudolph von Jhering", *Gründer und Bewaher. Rechtslehrer deutschen Privatrechtsgeschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1959.

(IV) *História do Direito Privado Moderno*, Fundaçã̃o Calouste Gulbenkian Editora, Lisboa, 1980.

(V) *El principio general de la buena fé*, Editorial Cívitas, Madrid, 1982.

WIEDERIN, Ewald: "Comentario", *Sobre la identidad del Derecho Público*, edición de Dieter Grimm, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

WILHOLT, Thorsten: "Soziale Erkenntnistheorie", *Information Philosophie*, 35. Jahrgang, Heft 5, 2007.

WINDEL, Peter A.: "Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts", *Der Staat*, Band. 37, Heft 3, 1998.

WINDSCHEID, Bernhard: (I) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Verlag von Julius Buddens, Düsseldorf, 1862.

(II) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2ª., Verlag von Ebner & Seubert, Sttutgart, 1879.

WISE, John P.: *A Vindication of the Government of New– England Churches (1717),* Publisher Gainesville. Fla., Scholars`Fasimiles Reprints 1958.

WITTIG, Peter: "Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz es im System des Grundgesetzes", *Die Öffentliche Verwaltung*, 21. Jahrgang, 1968.

WOLFE, Christopher: *The rise of modern judicial review, from constitutional interpretation to Judge–made law*, Basic Books, Inc., Publishers, Nueva York, 1986.

WOLFF, Hans J.: "Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft", *Studium Generale*, 5, 1952.

WOLKMER, Antonio Carlos: *Ideologia, estado e direito*, Revista dos Tribunais Editora, 1989.

WÜRTENBERGER, Thomas: "Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln", *Veröffentlichungen* **der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,** Band. 58, Walter de Gruyter Verlag, Berlin-New York, 1999.

YASSKY, David: "Eras of the First Amendment", *Columbia Law Review*, Vol. 91, núm. 7, 1991.

ZACCARIA, Alessio: "Il diritto privato europeo nell`epoca del postmoderno", *Rivista di Diritto Civile,* núm. 3, 1997.

ZACHER, Hans F.: (I) "Das soziale Staatsziel", *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band. II, edición de Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.H. Müller Verlag, Heidelberg, 1994.

(II) "Der Sozialstaat an der Wende zum 21. Jahrhundert", *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, 18. Jahrgang, Heft 3, 2000.

(III) "Sozialstaat. Das große Paradoxon, die endlose Komplexität und die Illusion der Eindeutigkeit und der Endlichkeit", *Leitgedanken des Rechts: Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*, **Band I: Staat und Verfassung, edición de** Hanno Kube / Rudolf Mellinghoff / Gerd Morgenthaler / Ulrich Palm / Thomas Puhl / Christian Seiler, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo: (I) *Società-Stato-Costituzione. Lezioni di dottrina dello Stato*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1988.

(II) *La giustizia costituzionale*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1988.

(III) *Manuale di diritto costituzionale* I, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1991.

(IV) *Il diritto mite*: *legge, diritti, giustizia*, Einaudi Editore, 1992.

(V) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

(VI) "Premessa", *La Costituzioni in senso materiale*, de Costantino Mortati, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1998.

(VII) *Historia y constitución*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

(VIII) "Jueces constitucionales", *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Editoriales Trotta–Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007.

(IX) *Principios y votos. El Tribunal constitucional y la política*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

(X) *Contra la ética de la verdad*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

(XI) *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*, Editorial Trotta, Madrid, 2012.

ZANELLA, Maria Sylvia: *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 2ª. ed., Atlas Editora, São Paulo, 2001.

ZIMMERMANN, Reinhard: *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

ZIPPELIUS Reinhold: (I) "Das Verbot übermäßiger *gesetzlicher Beschränkung von Grundrechten", Deutsches Verwaltungsblatt*, 71. Jahrgang, *1956.*

(II) Allgemeine Staatslehre, 2ª ed., C. H. Beck Verlag, München, 1970.

(III) *Allgemeine Staatslehre*, 17ª ed., C. H. Beck Verlag, München, 2003.

(IV) *Allgemeine Staatslehre*, 17ª ed., C. H. Beck Verlag, München, 2017.

ZÖLLNER, Wolfgang: (I) "Die gesetzgeberische Trennung des Datenschutzes für öffentliche und private Datenverarbeitung", *Recht der Datenverarbeitung,* 3, 1985.

(II) "Die politische Rolle des Privatrechts", *Juristische Schulung*, 28. Jahrgang, 1988.

(III) "Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht – Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen –", *Archiv für die civilistische Praxis*, Band. 196, Heft 1/2, 1996.

(IV) *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat*, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 1996.

ZÖLLNER Wolfgang – LORITZ Karl-Georg – HERGENRÖDER Curt-*Wolfgang*: *Arbeitsrecht,* 7 ª ed., C.H. Beck Verlag, München, 2015.

ZOLO, Danilo: "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

ZULEEG, Manfred: "Hat das subjektive öffentliche Recht noch seine Daseinsberechtigung?", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 91. Jahrgang, 1976.

(II) "Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte - Funktion einer EU-Charta der Grundrechte", *Europäische Grundrecht-Zeitschrift*, 27. Jahrgang, 2000.