

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Francisco J. Campos Zamora* (Costa Rica)

Constitución, derechos fundamentales y autonomía de la voluntad. Una aproximación desde la teoría de *la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros*

RESUMEN

Este artículo analiza tres concepciones de los derechos fundamentales y presenta la evolución del dogma de la autonomía de la voluntad o autodeterminación. Además, estudia la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros) como instrumento conceptual para comprender cómo las constituciones políticas, a través de los derechos fundamentales, influyen en la esfera económico-privada, específicamente, aquellas en las relaciones producidas en el ámbito contractual.

Palabras clave: derechos fundamentales, autonomía de la voluntad, eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos privados.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag analysiert drei unterschiedliche Grundrechtskonzeptionen und geht auf die Entwicklung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit oder Selbstbestimmung ein. Er befasst sich weiterhin mit der Theorie der Drittwirkung der Grundrechte als konzeptionellem Instrument, um zu verstehen, wie Verfassungen über die Grundrechte Einfluss auf die privatwirtschaftliche Sphäre nehmen, insbesondere im Vertragsrecht.

Schlagwörter: Grundrechte, Vertragsfreiheit, "Drittwirkung der Grundrechte.

* Profesor de la Universidad de Costa Rica. Doctorando de la Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, República Federal de Alemania. fcocampos@gmail.com

SUMMARY

This article analyzes three conceptions of fundamental rights, and presents the evolution of the dogma of the autonomy of will or self-determination. In addition, it studies the theory of *drittwirkung der grundrechte* (effectiveness of fundamental rights vis-à-vis third parties) as a conceptual instrument for understanding how political constitutions, through fundamental rights, influence the economic-private sphere, specifically those produced in the contractual sphere.

Key words: Fundamental rights, autonomy of will, effectiveness of fundamental rights between private individuals.

Introducción

¿Deben las constituciones prever normas aplicables a las actividades financieras?
¿Poseen los derechos fundamentales implicaciones en las relaciones económicas entre particulares? Escribió Borges que “[p]rologar cuentos no leídos aún es tarea casi imposible, ya que exige el análisis de tramas que no conviene anticipar”.¹ Sin embargo, optaremos por no seguir el consejo del maestro argentino y brindaremos de una vez nuestra respuesta a los interrogantes iniciales para proceder seguidamente a su justificación. Se sostendrá aquí que las constituciones políticas, cuando menos aquellas que se fundamentan sobre los principios del Estado democrático de derecho, presentan *siempre* una serie de normas que se incorporan en las relaciones privadas y muy especialmente en las económicas. Hablamos de los derechos fundamentales. La tutela constitucional de las relaciones económicas entre los sujetos de derecho privado no es una opción, sino una realidad existente allí donde se reconocen los derechos fundamentales. De ese modo, el interrogante no vendría a ser si las normas constitucionales deben prescribir regulaciones para el tráfico jurídico-privado, sino la forma en que dicha regulación se lleva a cabo, desplazándose así el cuestionamiento a determinar si esa influencia se ejerce de forma directa o indirecta. La teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros) pretende brindar una respuesta a ese problema.

Mediante la voz alemana *Drittwirkung der Grundrechte* se expresa la polémica acerca de la eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de derecho privado. Este tema, surgido durante la segunda mitad del siglo XX en Alemania, pretende determinar si tales derechos vinculan a los particulares de la misma forma que lo hacen con los poderes públicos. Dicha afirmación podría parecer poco problemática; sin embargo, su surgimiento como derecho de defensa frente al Estado (*Abwehrrechte*) hace que su aceptación resulte, en principio, conflictiva y obliga a considerarlos también como deberes de protección (*Schutzpflichten*). El debate se enmarca dentro de la reflexión acerca de la influencia constitucional sobre el derecho privado y

¹ Jorge Luis Borges, *El libro de arena*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

suscita una serie de interrogantes sobre el concepto de los derechos fundamentales en el Estado constitucional. En este artículo se analizarán, en un primer momento, algunas de las clasificaciones aplicables a los derechos fundamentales; luego, la evolución histórica del principio de autodeterminación en el derecho privado, y, a manera de cierre, la integración de los derechos fundamentales en la contratación privada en el marco de la *Drittwirkung der Grundrechte*.

1. Los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales se presentan como el punto en torno al cual gira la idea del Estado constitucional y que no se propone como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para que los individuos disfruten de sus derechos en la mayor medida posible. Por eso los derechos fundamentales son la base del Estado constitucional, el motor de su acción y también su freno.²

Actualmente, ese desarrollo se acompaña de un vibrante debate sobre la definición, el modelo y la estructura de los derechos fundamentales que no solo tiene una importancia capital en la teoría del derecho, sino que además implica decisivas consecuencias en la práctica. La respuesta a interrogantes como el límite de la intervención estatal en aquello que Jellinek denominara *Status libertatis*³ o el ámbito de protección de los derechos sociales, dependen en cierta medida del concepto que se tenga acerca de los mismos, su contenido y su estructura. El estudio de los derechos fundamentales puede abordarse desde las más diversas perspectivas, como derechos naturales subjetivos (Locke),⁴ derechos públicos subjetivos (Jellinek),⁵ como efectos de la atribución de ciudadanía (Ferrajoli).⁶ Con todo, nos enfocaremos en la pregunta ¿qué propiedades debe tener un derecho para ser derecho fundamental? En este ámbito, una de las explicaciones más claras es la de Alexy, quien diferencia entre concepciones formales, materiales y procedimentales.

1.1. El concepto formal de derecho fundamental

La definición formal se basa en la manera en que está dispuesta la normatividad de derecho positivo de los derechos fundamentales.⁷ De acuerdo con esta, los

² Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 119.

³ Georg Jellinek, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Aalen, Scientia, 1919, *in totum*.

⁴ John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Editorial Alianza, 1990, pp. 37 y ss.

⁵ Jellinek, *op. cit.*

⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 37.

⁷ Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21.

derechos fundamentales son aquellos considerados de esa manera por la constitución política. Esto ocurre, de sólo, cuando aparecen compilados en un único catálogo. Es claro que entre las ventajas de esta concepción se encuentra su simplicidad. Empero, su desventaja reside en que frecuentemente las constituciones también establecen derechos fundamentales por fuera del catálogo en que se recoge este tipo de derechos.

Tal carencia se solventa al definir los derechos fundamentales como aquellos que pueden ser defendidos por los ciudadanos con la ayuda de la acción de tutela. Con todo, este intento solo puede llegar a tener éxito cuando en una norma constitucional procesal de este tipo se alude en realidad a todos los derechos fundamentales. Sin embargo, para determinar si esto ocurre en realidad, es indispensable utilizar un concepto material de derecho fundamental. Sin un concepto material de esta naturaleza, la pregunta de si un catálogo de derechos fundamentales o una norma constitucional procesal referida a la acción de tutela alude a demasiados derechos o a muy pocos derechos quedaría abierta, de ahí la necesidad de ampliar el concepto con la variante material.⁸

1.2. El concepto material de derecho fundamental

La variante más conocida de un concepto material se encuentra en la obra de Schmitt. De acuerdo con este,

solo los derechos humanos liberales del individuo son derechos fundamentales en sentido propio. Por tanto, únicamente el individuo puede ser considerado titular de los derechos fundamentales, así como el Estado es el único destinatario de ellos, y el objeto solo puede consistir en abstenerse de intervenir en la esfera de libertad del individuo. De esta forma se intenta establecer que los derechos fundamentales son solamente *aquellos derechos que pertenecen a la base del propio Estado*. A su vez, el cimiento del Estado de derecho burgués consiste en el *principio de distribución de competencias*, que establece que la esfera de libertad del individuo es en principio ilimitada, mientras que las competencias del Estado son en principio limitadas.⁹

El gran inconveniente de esta definición radica en que excluye los derechos a acciones positivas del Estado, es decir, los derechos de protección y los sociales. Asimismo, los derechos al voto y de igualdad tampoco pueden ser clasificados como verdaderos derechos fundamentales. El problema de discernir si derechos como estos son derechos fundamentales depende, por una parte, de razones sustanciales y, por

⁸ *Ibid.*, p. 22.

⁹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1992, p. 190.

otra, de decisiones del constituyente. Todo esto impide ligar, ya desde el principio, el concepto de derecho fundamental a un concepto consecuente con el *Estado liberal*.¹⁰

1.3. El concepto procedimental de derecho fundamental

Como derechos tipificados con rango constitucional, los derechos fundamentales se encuentran ligados a los parlamentos y la competencia de estos para tomar decisiones libres que afecten su ámbito. De este modo, la relación entre los derechos fundamentales y la democracia se lleva a cabo en una doble vía. Por un lado, a través de la garantía de las libertades políticas, los derechos fundamentales aseguran las condiciones de funcionamiento del proceso democrático. Sin embargo, al mismo tiempo, también limitan el proceso democrático, al proclamarse como derechos vinculantes que el legislador debe respetar siempre. A esta última característica corresponde la afirmación de que los derechos fundamentales son tan importantes que su protección o su no protección no puede dejarse en manos de la mayoría parlamentaria simple.¹¹

Se advierte que la noción de derecho fundamental señalada es de naturaleza procedimental, en tanto se basa en la pregunta de quién y de qué manera tiene la competencia para decidir sobre los derechos fundamentales. La tipificación positiva de los derechos fundamentales es un asunto del poder constituyente. Ni siquiera su interpretación vinculante definitiva puede dejarse en manos de la mayoría parlamentaria, dado que esta, a su vez, se encuentra vinculada por los derechos fundamentales, y de ese modo podría caerse en una petición de principio. Todo lo contrario; esa interpretación debe atribuirse a una instancia que esté tan alejada de la mayoría parlamentaria de cada momento histórico, que pueda incluso tomar determinaciones en su contra y que se muestre como independiente de las decisiones eminentemente políticas.

2. El principio de autodeterminación en el derecho privado

El contrato es una categoría histórico-fundamental del derecho que podemos encontrar en todos los ordenamientos jurídicos, aunque las exigencias que cada derecho positivo establece para su reconocimiento son diferentes.¹² En lo que res-

¹⁰ Alexy, *op. cit.*, p. 25. Sin embargo, Schmitt visualiza claramente dos cosas: los derechos fundamentales son esencialmente derechos del individuo; ciertos grupos pueden ser titulares de derechos fundamentales porque este reconocimiento favorece intereses de los individuos. En segundo lugar, reconstruye acertadamente la relación de implicación necesaria entre los derechos fundamentales y los derechos humanos.

¹¹ *Ibid.*, p. 29.

¹² Karl Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1993, p. 67.

pecta al tema de fondo, el principio *pacta sunt servanda* únicamente expresa la idea que la noción de contrato pretende atribuir. Ello sucede mediante la manifestación de una serie de declaraciones de voluntad que se corresponden entre sí, en orden a su contenido y a través de las cuales cada uno de los contratantes expresa su voluntad de que el pacto posea la eficacia de una ley y produzca efectos jurídicos.

El contrato solo cumple la condición de tal cuando la vinculación descansa en su autonomía de la voluntad o autodeterminación. El contratante se vincula porque sabe que solo bajo este presupuesto, el otro también lo hará. La conclusión de un contrato es de este modo un acto de autodeterminación a través de una autovinculación.¹³ Por su parte, ese principio de autodeterminación ha experimentado a lo largo de la historia una metamorfosis amparada en cambios filosóficos, políticos, etc.; es siempre reflejo de la visión de mundo de cada época, abandonando su concepción clásica y migrando hacia concepciones más modernas del actual derecho de las obligaciones.

2.1. Concepción clásica

La autodeterminación tiene la capacidad de crear derecho. Tras esa afirmación se encuentra una determinada concepción del hombre, caracterizada por la idea de libertad. La noción de contrato se caracteriza por ser expresión de convicciones extrajurídicas y de un sistema político-filosófico. En este sentido, los autores que examinan la formulación clásica del principio de autodeterminación insisten en subrayar la influencia de la filosofía individualista y liberal del siglo XVIII. Esa influencia se deja sentir muy especialmente por parte de la filosofía de la Ilustración, misma que plasmó su sentir en el ordenamiento jurídico, más por la existencia de una cierta visión del mundo en la base del pensamiento jurídico, que por afiliación a las tesis de un autor específico.¹⁴

Es esa precisamente la visión que guió el Código Civil francés como manifestación concreta y consagración de los valores proclamados en la Declaración de 1789. El sistema allí empleado volvía a ubicar, después de un largo ostracismo, al ser humano como centro de su propia existencia; se produce una desacralización del entorno; son esos los años en los que, al decir de Heine, “Kant ha tomado el cielo por asalto” (*Kant hat den Himmel gestürmt*)¹⁵ e intenta desembarazar el mundo de disputas metafísicas. Sin embargo, debemos advertir que una nueva filosofía, solo

¹³ *Idem.*

¹⁴ Al respecto, ver María Venegas Grau, *Derechos fundamentales y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 35.

¹⁵ Heinrich Heine, *Schriften über Deutschland. Werke 4*, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1968, p. 132.

después de varios siglos, conquista la mente de los juristas.¹⁶ Es solo a lo largo del siglo XIX cuando el derecho integra aquello que ya habían señalado Rousseau, Kant, Fichte y Hegel.¹⁷

2.2. Crítica a la concepción clásica

El principio de autodeterminación es una construcción doctrinal de origen tardío que no aparece sino hasta finales del siglo XIX, precisamente en la obra de aquellos autores que pretenden criticar las insuficiencias de este mismo principio. Empero, ya en ese momento, otros juristas cuestionan el alcance de esta elaboración doctrinal, su idoneidad para describir la situación real del derecho privado de principios de siglo. En ese sentido, se subraya que su tenor literal no permite afirmar que este consagre la hegemonía de un principio que convierte a la voluntad en auténtica fuente de derecho, *a contrario sensu*, es el propio texto el que se ocupa de trazar la delgada línea divisoria entre la voluntad de los individuos, el respeto a la ley, el orden público y las buenas costumbres que todo ciudadano deberá acatar.

Las críticas al principio de autodeterminación serán ampliadas con posterioridad, y se llegará a indicar que esa concepción clásica de la autonomía de la voluntad que da contenido al contrato es un mito, que su formulación doctrinal es muy posterior al Código Civil francés, y que proteger unas convenciones contrarias a esta ley supondría situar unas voluntades particulares por encima de la *volonté general* y disolver el Estado. Ante ese panorama, se ha pretendido caracterizar la autodeterminación como ajena al derecho positivo, e incluirla, más bien, como concepción ideológica de aquellos juristas que piensan el derecho bajo el prisma de la autonomía de la voluntad. En este sentido, la concepción clásica es fruto de una reflexión posterior a partir de la segunda mitad del siglo XIX, y el principio de autodeterminación se construye a los efectos de su misma crítica.¹⁸

2.3. Concepción moderna

Los reproches a la concepción clásica de la autodeterminación y de la noción de contrato no han cesado. Así, uno de los principales cuestionamientos que podría dirigirse se refiere a la idea de que el negocio conlleva intrínsecamente el carácter de justicia contractual. A mediados del siglo XIX, la realidad ya había demostrado

¹⁶ Venegas, *op. cit.*, pp. 38-39.

¹⁷ La autodeterminación francesa no es fruto de aplicación kantiana alguna recogida de los *Fundamentos de la metafísica de las costumbres* o de la *Crítica de la razón práctica*. Parece, más bien, que tanto los juristas franceses de la época como el mismo Kant bebieron de la misma fuente, esto es, el contexto cultural en el que surge el voluntarismo jurídico (Véronique Ranouil, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 70).

¹⁸ Venegas, *op. cit.*, pp. 60-61.

que la justicia no se derivaba de forma natural del contrato; gran número de abusos se producían en la práctica. La segunda mitad del siglo XIX trajo consigo transformaciones socioeconómicas, lo cual, sumado al auge del capitalismo, se tradujo en la aparición de nuevas relaciones jurídicas y, especialmente, en la transformación del contrato como había sido concebido hasta entonces.¹⁹ Los procesos de concentración de capitales y el surgimiento de grandes corporaciones desnudan las carencias del Código Civil francés en materia social, revelándose incapaz de responder a una realidad social que exige la intervención decidida del Estado. Esta “socialización” cuestiona el individualismo liberal consagrado en la Declaración de 1789. Se proyectan desde esa óptica críticas a la teoría general del contrato en la medida en que no satisfacen las nuevas necesidades del tráfico mercantil.

No obstante, la tan anticipada crisis del contrato es en realidad la crisis de la concepción clásica. Frente a la antigua concepción se erige una interpretación no voluntarista. No se trata propiamente de un cambio de paradigma; sin embargo, bajo la influencia de las corrientes socialistas, las referencias a la utilidad y a la doctrina del contrato se convierten en una constante entre el sector más crítico de la teoría, y estos valores adquieren, así, una relevancia de la que hasta entonces carecían.²⁰

3. La *Drittwirkung der Grundrechte*

La *Drittwirkung der Grundrechte* expresa el debate acerca de si los derechos fundamentales ejercen sus efectos no solo de forma vertical entre particulares y el Estado, sino de manera horizontal, esto es, entre sujetos de derecho privado. A continuación analizaremos sus antecedentes, modalidades, principales críticas recibidas e integración en las relaciones económicas.

3.1. Antecedentes de la *Drittwirkung* en la jurisprudencia alemana

En 1950 Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, se pronunció contra una película del director Veit Harlan, exhortando a no comercializarla y a no acudir a su proyección en vista del pasado nacionalsocialista del realizador. La productora del filme acudió al juez civil de Hamburgo y consiguió que se condenara al demandado con la prohibición de pronunciarse acerca de la película.²¹ Para el juzgador se trataba de una incitación al boicot que ocasionaba un “daño por actuación contraria a las buenas costumbres” (*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*),

¹⁹ *Ibid.*, p. 84.

²⁰ *Ibid.*, p. 83.

²¹ Jesús García Torres y Antonio Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986, p. 26.

contemplado en el numeral 826 del Código Civil. Contra esa resolución, Lüth recurrió argumentando que se había violentado su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional Federal determinó que la expresión de una opinión que contiene un llamado a un boicot no viola necesariamente las buenas costumbres, en el sentido del artículo 826, sino que puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de expresión, al ponderar todas las circunstancias del caso. Relevante para el análisis resulta la discusión sobre la naturaleza de los derechos fundamentales (*Grundrechte*) y su posible incidencia en el derecho privado. Señala el Tribunal:

La influencia de los derechos fundamentales, como criterios valorativos, se realiza sobre todo mediante aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio, es decir, mediante los principios que, por razones de interés general, han de ser vinculantes para el modelo de las relaciones jurídicas entre los particulares y por ende están sustraídos a la autonomía de la voluntad. Tales disposiciones, por su finalidad, están emparentadas con el derecho público, del que son un complemento, y en especial con el derecho constitucional.²²

El Tribunal Constitucional Federal no analiza en concreto cada uno de los derechos fundamentales, sino que únicamente se centra en la violación imputable al juez civil. La vigencia de los derechos fundamentales en el tráfico privado y la revisión de las sentencias civiles por el Tribunal Constitucional Federal son dos problemas “resueltos de una sola vez”, con el impulso que ofrece la proclamación de la Constitución como un sistema de valores.²³

Un segundo precedente importante se encuentra en el caso *Blinkfüer* (1969).²⁴ En 1961 las editoriales Axel Springer, Hammerich & Lesser y Die Welt prohibieron a los distribuidores y comerciantes de revistas la venta del semanario *Blinkfüer*, por dar a conocer en la República Federal programas de radio y televisión de la República Democrática de Alemania, hecho que para las editoriales constituía un apoyo ideológico al régimen comunista. El semanario interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios contra las editoriales, solicitud desestimada por el Tribunal Federal Supremo. Ante esa denegatoria recurrió al Tribunal Constitucional Federal invocando la lesión a la libertad de expresión. La sede constitucional reconoció que la protección del derecho fundamental fue omisa y que la libertad de prensa es un instituto que no es lícito utilizar para bloquear un cierto contenido informativo prescindiendo de la libre discusión. El punto principal se proyecta en el ámbito concerniente a la omisión del deber de protección que debió haber dispensado el juez civil, más que al asunto de la afectación del derecho fundamental de *Blinkfüer*

²² BVerfG 15.01.1958 (1 BvR 400/51)

²³ *Ibid.*, p. 33.

²⁴ BVerfGE 26.02.1969 (1 BvR 619/63).

por parte de las editoriales. Asimismo, se advierte que al Tribunal importa dicha libertad en cuanto instituto, como elemento consustancial de la confrontación libre de ideas y opiniones.

3.2. Modalidades de la *Drittwirkung*

De admitirse que los derechos fundamentales irradian sus efectos al derecho privado, la segunda cuestión en importancia es la determinación de la forma en que esos efectos se producen. Este cuestionamiento ha dado paso a dos modalidades de *Drittwirkung*.

3.2.1. *Drittwirkung directa*

La teoría de la *Drittwirkung* directa o inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*), representada principalmente por Hans Carl Nipperdey,²⁵ sostiene la vinculación directa entre los derechos fundamentales y los actos realizados por los particulares en el ejercicio de su autodeterminación. No se necesitaría la mediación del legislador o del juez para que tales derechos desplieguen plenamente sus efectos en el tráfico jurídico-privado, precisamente porque se trata de derechos ya proclamados por la Constitución.²⁶ Defender la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros es afirmar la virtualidad directa, sin mediaciones de los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional. Se sostiene que esos derechos vinculan los actos de los particulares, es decir, se imponen dentro del ámbito que rige la autonomía de la voluntad y deben ser respetados aun en las relaciones privadas.²⁷

3.2.2. *Drittwirkung indirecta*

La *Drittwirkung* indirecta o mediata (*mittelbare Drittwirkung*), representada principalmente Günter Dürig, sostiene que son las normas, y no los actos de derecho privado, las que están vinculadas por los derechos fundamentales, y solo en esa medida esos derechos rigen las relaciones entre particulares.²⁸ Según tal tesis, los

²⁵ Nipperdey prefiere hablar de efecto absoluto (*absolute wirkung*) de los derechos fundamentales y no de efectos ante terceros (*Drittwirkung*) (Ludwig Ennecerus y Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1959, p. 94).

²⁶ Hans Carl Nipperdey, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, RdA, 1950, pp.121-128; Hans Carl Nipperdey, *Boycott und freie Meinungsäußerung*, DVBl, 1958, pp. 445-452.

²⁷ Al respecto, ver Venegas, *op. cit.*, p. 179; Albert Bleckmann, *Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte*, DVBl, 1988, p. 942; Johannes Hager, *Grundrechte im Privatrecht*, JZ, 1994, p. 383.

²⁸ Günter Dürig, "Grundrechte und Privatrechtsverkehr", en Maunz y Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck, 2001, pp. 64-68.

derechos fundamentales, al ser desarrollados por la ley, deben interpretarse en la forma en que el legislador ha deparado su contenido, alcances y límites. Pero, además, los derechos fundamentales serían puntos de partida necesarios para la interpretación de la legalidad ordinaria, esto es, tendrían una eficacia interpretativa. Se reconoce así la existencia de una eficacia horizontal de los derechos fundamentales.²⁹

Cuando se declara la vulneración de un derecho fundamental dentro de una relación privada, la violación no se debe atribuir a la otra parte, sino al poder público que no ha satisfecho su obligación de proteger ese derecho; la violación no se enmarca en el plano privado, sino que, por el contrario, se produce en el ámbito del derecho público. La consecuencia más característica de esa mediación radica en que el derecho fundamental y la libertad pública surgen de ella transformados; ya no afecta la relación en cuanto derecho fundamental, sino, en razón de que el legislativo ha incorporado su influencia a su propia legislación, transformándola en derecho objetivo. Corresponde, pues, a esa rama del ordenamiento dar una respuesta justa a los conflictos de intereses que surjan entre particulares, una solución acorde con la autonomía privada.³⁰

3.3. Críticas a la *Drittwirkung*

En Alemania, la crítica a la *Drittwirkung* no se ha detenido. Su formulación original, su construcción teórica y sus silencios metodológicos han provocado distintas objeciones, que se refieren, principalmente, a su especialización y a las fricciones que provoca con la autodeterminación.

3.3.1. *El problema de su especialización*

Las tesis descritas admiten que existe una eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas; su discrepancia se plantea respecto a la forma en que se proyecta dicha eficacia. Sin embargo, se mantiene abierta la cuestión acerca de si ello justifica su consideración como figura especial. Un autor destacado en esa línea es Schwabe, quien afirma que la *Drittwirkung* no existe, más que como consideración de los derechos fundamentales originarios. Dicha relación no se ha modificado y esos derechos, entendidos como derechos de defensa, siguen enfocándose en la relación con el poder estatal.³¹ De ese modo, sostiene Schwabe, un conflicto entre sujetos privados no supone una proyección horizontal de tal relación jurídica, toda vez que al ser el Estado, mediante el poder judicial, el

²⁹ Herbert Krüger, *Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung*, NJW, 1949, p. 163.

³⁰ Venegas, *op. cit.*, p. 148.

³¹ Jürgen Schwabe, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, München, C.H. Beck, 1971, p. 54.

llamado a resolver el conflicto, se convertiría siempre en un actor central de la relación.³²

Los derechos fundamentales tendrían eficacia en las relaciones entre particulares directamente con base en la Ley Fundamental, porque serían objeto de intervención por el poder público a través de mandatos y prohibiciones, por lo cual no se justifica una dogmática especializada. Schwabe anuda el asunto a la responsabilidad del Estado, las leyes del derecho civil y las decisiones judiciales. En resumen, la totalidad de la teoría de la *Drittwirkung* no vendría a ser más que un problema aparente en la medida en que el binomio vinculación-protección de los sujetos privados ya encuentra tutela en la Constitución sin necesitar del desarrollo de nuevas construcciones teóricas.³³

3.3.2. *El problema de la fricción con la autonomía de la voluntad*

La capacidad del ser humano para autodeterminarse es una máxima plenamente aceptada en el moderno Estado de derecho. Llegar a ese reconocimiento no ha sido fácil. En su desarrollo han jugado un importante papel tanto el ideal de justicia, aportado por el cristianismo en el Medioevo, como la influencia del idealismo y de la escuela histórica del derecho en los siglos XVIII y XIX, al reconocer la importancia de la voluntad en las relaciones humanas. Posteriormente, los principios inspiradores de la Revolución francesa terminaron de configurar la autonomía de la voluntad bajo su forma actual.

Algunos autores manifiestan que la teoría de la eficacia mediata tiene lugar actualmente bajo la forma de deber de protección, y que su aplicación alcanza efectos aún más radicales de los pretendidos por la eficacia directa. Ese “espejismo” de la *Drittwirkung* ha llevado los efectos de los derechos fundamentales a relaciones jurídico-privadas de muy distinta naturaleza, aplicándose así, no solamente en materia laboral o frente a vulneraciones del elenco de libertades, sino también en el ámbito de la contratación privada. Ello ha llevado a un sector de la doctrina a criticar el peligro que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán representa para el principio de autodeterminación, rebasando los límites de lo estrictamente constitucional y amenazando con convertirse en una instancia de superrevisión procesal.

³² A la tesis de Schwabe puede criticársele que confunde la relación de los vinculados por las normas en condición de tutela con aquella de los vinculados por una potestad jurídica en su condición de órgano decisor. El hecho de que el juez resuelva, no lo convierte en partícipe de la controversia originaria. Además, su tesis parte del modelo clásico de heterocomposición y no logra explicar modelos actuales en los que las partes privadas acuerdan solucionar sus conflictos prescindiendo de la autoridad estatal.

³³ Mijail Mendoza Escalante, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *Pensamiento Constitucional*, año XI, núm. 11, 2005, p. 15.

3.4. Integración en las relaciones económico-privadas

Los precedentes más citados respecto a los orígenes de la *Drittwirkung* provienen de la sede constitucional; no obstante, estimamos que antes, la jurisdicción laboral alemana ya había resuelto asuntos cuyas consecuencias establecían un vínculo de derechos fundamentales entre particulares. A continuación se reseñarán los principales casos que sustentan nuestra hipótesis. El 3 de diciembre de 1954, el Tribunal Laboral Federal (*Bundesarbeitsgericht*) analizó los alcances del artículo 3 de la Constitución, respecto al caso de un trabajador despedido por proselitismo político y agitación en el lugar de trabajo.³⁴ El Tribunal estimó que el derecho fundamental a la libertad de expresión y la prohibición de discriminar a alguien debido a sus opiniones políticas son principios ordenadores para la vida en sociedad, por lo cual poseen relevancia directa para las relaciones jurídicas de los ciudadanos entre sí, más allá de su exigibilidad ante entes de derecho público. Destacó igualmente que el derecho a la libertad de expresión tiene sus límites en las disposiciones de las leyes generales y las normas básicas que rigen las relaciones laborales.

Posteriormente, el 15 de enero de 1955, la misma sede jurisdiccional consideró que una serie de normas privadas, establecidas con ocasión de un contrato de trabajo, presentaban un grosero trato discriminatorio que afectaba a las mujeres, toda vez que estas recibían un salario menor por las mismas labores realizadas. El Tribunal consideró que la igualdad derivada del numeral 3 de la Ley Fundamental es una verdadera norma jurídica y no un enunciado programático, que los principios de igualdad y no discriminación deben manifestarse de formas concretas, por ejemplo, igual retribución por igual trabajo, y que las cláusulas laborales que violenten tales principios son inválidas.³⁵

Finalmente, el 10 de mayo de 1957 se declararía la nulidad de una cláusula contractual que estipulaba la finalización del vínculo laboral por parte del empleador, una vez que la trabajadora contrajese matrimonio, según la denominada “cláusula del celibato” (*zölibatsklausel*). Se determinó que tal disposición constituía un resabio que no se encontraba en consonancia con el Estado de derecho, y que ese tipo de estipulaciones vulneraban los principios de igualdad y no discriminación, protección del matrimonio y la familia, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.³⁶

La tesis de la *Drittwirkung der Grundrechte*, en cuanto atañe al plano de la contratación privada, conduciría a afirmar que los derechos fundamentales actúan como limitaciones inmediatas de la autonomía privada, con la consecuencia de que el negocio jurídico sería inválido si las restricciones establecidas en ejercicio de la autovinculación desbordan el margen de lo admisible en materia de derechos

³⁴ BAG 03.12.1954 (1 AZR 150/54).

³⁵ BAG 15.01.1955 (1 AZR 305/54).

³⁶ BAG 10.05.1957 (1 AZR 249/56).

fundamentales. Lo anterior implica que los derechos fundamentales modifican normas de derecho privado y crean nuevas normas, como prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección, razones de justificación, etc. Desde la perspectiva contraria, los derechos fundamentales podrían ser limitados válidamente por la vía contractual; solo de conformidad con el principio constitucional de la prohibición del exceso, la limitación negocial del derecho fundamental será admisible en la medida en que guarde relación con los parámetros de adecuación al fin, necesidad y proporcionalidad.³⁷

3.5. *Drittwirkung* en el sistema interamericano

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sufrido una evolución a lo largo de su historia hasta llegar en los últimos años a aceptar posiciones que pueden ser admitidas como casos de *Drittwirkung*.³⁸ Desde sus inicios, dicho tribunal se presentaba como una instancia de tutela del ciudadano frente a las actuaciones por parte de los Estados que vulneraran sus derechos. Esta primera etapa se caracteriza por sentencias que analizan la obligación de respeto y vigilancia de los derechos fundamentales por parte de los Estados, prevista en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras (1988)³⁹ es el primer asunto en el que llega a plantearse la cuestión de la *Drittwirkung*. Manfredo Velásquez fue apresado sin mediar orden judicial por la policía secreta hondureña y por civiles que actuaban bajo su dirección. Al igual que sucedió en muchos otros casos, fue asesinado y enterrado en un cementerio clandestino. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) somete el caso a la competencia de la Corte y esta manifiesta que el análisis está determinado por los alcances que se atribuyan al artículo 1.1 de la Convención. En su consideración, dicho artículo pone a cargo de los Estados parte los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado. Los derechos fundamentales, a juicio de la Corte, se configuran como límites dirigidos únicamente al actuar de las autoridades; la responsabilidad del Estado, sin embargo, se extiende a aquellos casos en que se demuestre cierto *apoyo o tolerancia* del poder público respecto a los particulares en la violación de los derechos reconocidos en la Convención. Para

³⁷ Juan Marcos Rivero Sánchez, *Constitución, derechos fundamentales y derecho privado*, San José, Biblioteca Jurídica Dike, 2001, p. 153.

³⁸ Para un desarrollo más amplio de esa evolución, ver Javier Mijangos y González, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.

³⁹ Corte IDH, Resolución del 29 de julio de 1988.

la Corte, en este caso, si bien los individuos que participaron en los hechos no forman parte del Estado hondureño, existe una implicación significativa dada la *falta de debida diligencia*, en *apoyo*, en *aquiescencia* o en *tolerancia* sobre el actuar de los particulares.

En una segunda fase, el eje de relevancia pasa del Estado, como sujeto pasivo en el proceso, a la norma violada y los hechos que la han ocasionado. La Corte expone así que los derechos fundamentales previstos en la Convención resultan obligaciones *erga omnes*. Esta etapa inicia con el Caso Blake contra Guatemala (1998).⁴⁰ En marzo de 1985, dos ciudadanos estadounidenses fueron asesinados en Guatemala a manos de las denominadas Patrullas de Autodefensa Civil. La Corte estimó que las patrullas civiles actuaban, efectivamente, como agentes del Estado, ya que recibían recursos e incluso órdenes del Ejército. En la resolución de este asunto, la Corte es consciente de que en ocasiones resultará imposible demostrar un estado general de impunidad respecto a este tipo de hechos, considerar que las violaciones denunciadas son atribuibles a una política de Estado o, simplemente, acreditar una conexión, por mínima que sea, con los poderes públicos. Lo anterior conduce a uno de los miembros del Tribunal, el juez Cançado Trindade, a redactar un voto razonado que será la base para consagrar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. A su juicio, es necesario desmitificar los tratados internacionales como normas que limitan únicamente la actuación de los poderes públicos; antes bien, consagran obligaciones de carácter objetivo y representan estándares de comportamiento dirigidos a la creación de un *ordre public* internacional.

Finalmente, una fase que llega hasta el día de hoy y cuyo precedente más importante no se halla en un caso contencioso, sino en la opinión consultiva 18/03 y que establece la eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de naturaleza privada. En marzo de 2002, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América decidió, en el Caso Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board, que un trabajador indocumentado no tenía derecho al pago de salarios caídos o de tramitación, después de ser despedido ilegalmente por intentar ejercer derechos otorgados por la *National Labor Relations Act*. Ante esa resolución, México solicitó, en el mismo año, una opinión consultiva a la Corte con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención.

La primera operación que realizó la Corte se encaminó a determinar si el principio de igualdad y no discriminación puede ser calificado como de *jus cogens*. A su juicio, dicho principio puede considerarse imperativo en cuanto es aplicable a todo Estado, independiente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, incluso a particulares, ya que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional. Esas normas son *jus cogens*, en tanto así lo han determinado los propios Estados miembros, al establecer la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos prevista en

⁴⁰ Corte IDH, Resolución del 24 de enero de 1998.

el artículo 1.1 de la Convención. Es a través de la unión de estos dos factores como los derechos fundamentales de la Corte se convierten en normas *imperativas* en el *orden público interamericano*. Los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros están claramente configurados en el propio régimen jurídico de la Convención, específicamente en el artículo 1.1 de la misma, que proclama el sometimiento tanto de poderes públicos como de particulares a la Convención. De ese modo, la Corte declara rotundamente que los derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares.

4. Conclusión

Desde el planteamiento inicial de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares por parte de la jurisprudencia alemana, el reconocimiento de la irradiación de tales derechos a todo el ordenamiento jurídico se ha extendido hasta ser aceptada tanto por los sistemas internacionales de protección de derechos humanos como por distintas legislaciones nacionales. Estas últimas, a través de distintos instrumentos, brindan a sus ciudadanos tutela por acciones provenientes ya no solo del Estado, sino de otros sujetos privados. El reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado es un reflejo de la voluntad de armonizar el ejercicio de tales derechos en las relaciones jurídicas. Negar lo anterior supone ignorar la evolución de la *Drittwirkung*, misma que se enmarca en una nueva forma de comprender los derechos fundamentales, caracterizada por rechazar el maniqueísmo entre lo individual y lo colectivo que condujo a ver los derechos individuales como esferas de libertad frente al poder, y que se tradujo en el sometimiento de los derechos a la ley. Si se pretende que los derechos fundamentales sean la base de la convivencia, es necesario reconocerles eficacia también en las relaciones entre particulares.

La autodeterminación puede presentarse como un criterio recurrente para poner en tela de duda la teoría de la *Drittwirkung*, al alegar que una aceptación estricta de los derechos fundamentales en el derecho privado socava un elenco de libertades que solo ha sido posible alcanzar mediante revoluciones y cuyo reconocimiento no se ha logrado nunca de forma pacífica. Diferimos aquí de esa argumentación. Esa lucha interminable por el respeto a los derechos y las libertades se manifiesta también en la vinculación de todos los sujetos en condición de igualdad al derecho de la Constitución. Esa es precisamente la idea fundamental de la *Drittwirkung*; el fungir como un contrapeso a los abusos de poder que los sujetos privados puedan sufrir por parte de otros de igual naturaleza.

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado no es el tema en sí –ello es algo comúnmente admitido en tanto la Constitución es la norma básica y vinculante del ordenamiento jurídico–, sino la forma en que esa proyección horizontal de los derechos fundamentales debe ser llevada a cabo.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BLECKMANN, Albert, *Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte*, DVBl, 1988.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- BORGES, Luis, *El libro de arena*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- DÜRIG, Günter, “Grundrechte und Privatrechtsverkehr”, en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck, 2001.
- ENNECERUS, Ludwig y Hans Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1959.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- GARCÍA TORRES, Jesús y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986.
- HAGER, Johannes, *Grundrechte im Privatrecht*, JZ, 1994.
- HEINE, Heinrich, *Schriften über Deutschland. Werke 4*, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1968.
- JELLINEK, Georg, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Aalen, Scientia, 1919.
- KRÜGER, Herbert, *Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung*, NJW, 1949.
- LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, 1993.
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza, 1990.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *Pensamiento Constitucional*, año XI, núm. 11, 2005.
- MIJANGOS y GONZÁLEZ, Javier, “La doctrina de la *drittwirkung der grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.
- NIPPERDEY, Hans Carl, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, RdA, 1950.
- _____, *Boykott und freie Meinungsäußerung*, DVBl, 1958.
- RANOUIL, Véronique, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Constitución, derechos fundamentales y derecho privado*, San José, Biblioteca Jurídica Dike, 2001.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1992.
- SCHWABE, Jürgen, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, München, C.H. Beck, 1971.
- VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2004.