

EL PROBLEMA DE LA *DRITTWIRKUNG* DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO *

Tomás de Domingo

Universidad Miguel Hernández

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION



A eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares –denominada con frecuencia con el término alemán *Drittwirkung*, pues se trata de una materia que ha sido estudiada con particular atención por la doctrina alemana– constituye una cuestión de creciente interés en la teoría general de los derechos fundamentales, debido a los problemas que plantea, que –junto a su

* Este trabajo ha contado con la ayuda económica del DAAD (Deutscher Akademischer Austauschdienst), que me concedió una beca postdoctoral para realizar una estancia de investigación en el «Institut für Öffentliches Recht und Politik» de la «Westfälische Wilhelms Universität» de Münster (Alemania), que dirige el Prof. Dr. Bodo Pieroth. Agradezco al DAAD la mencionada ayuda, y al Prof. Dr. Bodo Pieroth las facilidades para investigar con las que conté en todo momento durante mi estancia en Münster.

evidente repercusión práctica¹— afectan a aspectos nucleares de la teoría constitucional de los derechos.

Concretamente, a primera vista puede dar la impresión de que, como han afirmado algunos autores, la extensión de la vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares resulta incompatible con el principio de autonomía de la voluntad, que tradicionalmente ha sido considerado como el auténtico baluarte de la libertad individual. Asimismo, la pervivencia de determinadas instituciones de gran importancia en nuestra sociedad —el ejército, las relaciones laborales, etc.— parecería requerir la restricción de algún derecho fundamental. Sin embargo, también se reclama por la doctrina mayoritaria que los derechos fundamentales sean respetados en cualquier ámbito, incluso en el seno de tales instituciones, y no sólo frente a lesiones provenientes de los poderes públicos.

Como se puede observar, se trata de cuestiones de hondo calado, cuya respuesta compromete, entre otras cosas, un determinado modelo de sociedad. Por tanto, parece evidente que una aproximación meramente dogmática a la *Drittwirkung* resulta insuficiente, y que una adecuada solución de los problemas apuntados requiere construir una adecuada hermenéutica de los derechos fundamentales. En este sentido, el presente trabajo apunta que la correcta comprensión de la *Drittwirkung* exige una interpretación de los derechos fundamentales atenta al contexto vital en que se desarrolla su ejercicio, que delimita las posibilidades de acción de su titular.

Comenzaré mi análisis exponiendo los principales rasgos del debate doctrinal en torno a la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, que centraré en Alemania y en España. Me detendré a continuación en analizar más a fondo la solución que han tratado de dar a los problemas que plantea la *Drittwirkung* algunos autores españoles, que coinciden en una respuesta de tipo conflictivista. El análisis crítico de estas posiciones me permitirá, finalmente, ensayar un nuevo intento de solución.

¹ Sobre la trascendencia práctica de la *Drittwirkung*, cfr. INGO VON MÜNCH: «*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania», en Pablo Salvador Coderch (Coordinador), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 33-42.



2. EL DEBATE SOBRE LA *DRITTWIRKUNG*

2.1 *La Drittwirkung* en Alemania

El problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales surge en Alemania a raíz de los importantes cambios que introdujo la Constitución alemana –la Ley Fundamental de Bonn (en adelante LF)– de 1949, y que suponen, como ha afirmado algún autor, el inicio de una nueva fase del constitucionalismo en Europa². Esta Constitución sitúa el respeto a la dignidad humana y a sus derechos fundamentales como el pilar axiológico sobre el que descansa todo el ordenamiento jurídico³. Esta posición central de los derechos fundamentales les dota de una vertiente objetiva o institucional, de manera que no sólo son un instrumento de protección del individuo frente al Estado, sino también un «sistema de valores» objetivo que en cuanto tal aspira a regir en todos los ámbitos de la comunidad política⁴. Por consiguiente, esta dimensión institucional de los derechos fundamentales refuerza su influencia en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, lo que se conoce como el «efecto irradiación» (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva surge la discusión sobre la *Drittwirkung*, pues no parecía lógico que unos derechos que se fundan en la dignidad humana, y que se sitúan en la base de toda comunidad humana, limitaran su eficacia a las relaciones individuo-Estado; deberían alcanzar también, por el contrario, plena vigencia en las relaciones entre particulares.

Desde la óptica jurídico-formal, el reconocimiento de los derechos fundamentales como base de toda comunidad política (art. 1.2 LF) constituye, en apariencia, un argumento muy sólido en favor de su eficacia direc-

² A este respecto, cfr. MAURIZIO FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales*, traducción de Manuel Martínez Neira, presentación de Clara Álvarez Alonso, Madrid, Trotta, 1996, pp. 127-134.

³ Como afirma HANS PETER SCHNEIDER: *Democracia y Constitución*, prólogo de Luis López Guerra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, «[a] diferencia de la anterior tradición constitucional alemana del siglo XIX y comienzos del siglo XX, los derechos fundamentales tienen validez no ya por las leyes mismas, sino, por el contrario, las leyes tienen fuerza por los derechos fundamentales» (cita textual en p. 79).

⁴ La dimensión institucional de los derechos fundamentales encuentra un sólido apoyo en el artículo 1.2 LF, pues este precepto establece que el pueblo alemán reconoce los derechos inalienables e inviolables del ser humano como la base de toda comunidad, y de la paz y la justicia en el mundo. Respecto a la relación entre el artículo 1.2 LF y la vertiente objetiva de los derechos fundamentales, cfr. KONRAD HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, pp. 133-134; HANS-PETER SCHNEIDER: *Democracia y Constitución*, cit., p. 139.

ta en las relaciones entre particulares (*unmittelbare Drittwirkung*)⁵. A él cabe unir la consideración de la República Federal de Alemania como un Estado social (art. 20 LF), lo que exigiría superar la visión tradicional de los derechos fundamentales como libertades frente al Estado, y concebirlos como un «orden de principios para la vida social». Sin embargo, a pesar de ello, la práctica totalidad de la doctrina alemana coincide en señalar que dichos argumentos carecen de «fuerza normativa» –término que utilizan explícitamente Pieroth y Schlink⁶–, y la *unmittelbare Drittwirkung* es hoy claramente rechazada en Alemania⁷.

Es corriente aducir en su contra, concretamente, lo dispuesto en los artículos 1.3 LF y 9.3 LF. El artículo 1.3 LF, al establecer que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos como derecho directamente aplicable, sin hacer mención alguna a los ciudadanos, es interpretado por la doctrina como una clara declaración en contra de la *unmittelbare Drittwirkung*⁸. Asimismo, suele señalarse que los trabajos preparatorios de la Ley Fundamental muestran con claridad que la única intención del constituyen-

⁵ Resulta curioso comprobar como H. C. NIPPERDEY, presidente del Tribunal Laboral Federal (*Bundesarbeitsgerichts*) entre 1954 y 1963, y máximo valedor de la *unmittelbare Drittwirkung*, acudió fundamentalmente al artículo 1.1 LF más que al artículo 1.2 LF en defensa de sus tesis. A este respecto, cfr. NIPPERDEY, NEUMANN, SCHEUNER: *Die Grundrechte (Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte)*, Berlín, Duncker & Humblot, 1954, pp. 35-46, especialmente; H. C. NIPPERDEY: *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld, Im Scherpe, 1961, pp. 5-27. Las ideas de Nipperdey fueron asumidas y plasmadas en la jurisprudencia del Tribunal Laboral Federal alemán. Una síntesis de los argumentos del Tribunal Federal Laboral puede verse en KONRAD HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, cit., pp. 157-158. A este respecto, cfr. también INGO VON MÜNCH, «*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania», cit., pp. 33-38.

⁶ BODO PIEROTH y BERNHARD SCHLINK: *Grundrechte Staatsrecht II*, 16.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001, p. 44.

⁷ Incluso autores que muestran cierta simpatía hacia la *unmittelbare Drittwirkung* no se mantienen firmes en su defensa. Es el caso de INGO VON MÜNCH que, pese a declarar la corrección de la *unmittelbare Drittwirkung*, y subrayar asimismo la importancia del artículo 1.2 LF, y el hecho de que las amenazas para la libertad pueden provenir tanto del Estado como de los particulares o de grupos de poder social, se adhiere a las tesis que viene manteniendo el Tribunal Constitucional Federal alemán que, como se observará más adelante, son contrarias a la *unmittelbare Drittwirkung*. La posición de este autor se encuentra expresada en INGO VON MÜNCH: *Grundbegriffe des Staatsrechts*, 4.ª ed., Stuttgart, Berlín, Köln, Mainz, Kohlhammer, 1986, pp. 98-102.

⁸ Cfr. BODO PIEROTH y BERNHARD SCHLINK: *Grundrechte Staatsrecht II*, cit., p. 43; FRIEDRICH MÜLLER: *Die Positivität der Grundrechte*, 2.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, p. 39; EKKEHART STEIN y GÖTZ FRANK: *Staatsrecht*, 17.ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, § 27, núm. V, entre otros. No obstante, también es posible encontrar autores que opinan que el artículo 1.3 LF no ofrece ninguna respuesta inequívoca. A este respecto, cfr. THEODOR MAUNZ y REINHOLD ZIPPELIUS: *Deutsches Staatsrecht*, 29.ª ed., München, C. H. Beck, 1994, p. 136.



te fue hacer valer los derechos fundamentales frente al poder estatal, sin que existiera ningún propósito de consagrar su eficacia frente a terceros⁹.

Por su parte, el artículo 9.3 LF establece que «el derecho a asociarse para proteger y mejorar las condiciones laborales y económicas está garantizado a todos y respecto a toda clase de negocios, ocupaciones y profesiones. Los acuerdos que restrinjan o pretendan lesionar este derecho serán nulos y anulados; aquellas medidas que se dirijan a dicho fin serán consideradas ilegales...». Se entiende que este precepto encierra un argumento contra la *unmittelbare Drittwirkung*, puesto que deja patente que cuando la Constitución quiere otorgar a un derecho fundamental eficacia frente a terceros lo hace expresamente, y ello permite deducir, *a contrario sensu*, que se rechaza esta posibilidad con carácter general.

También se suele aludir a la historia de los derechos fundamentales, que vendría a demostrar que su función es únicamente la de servir de límites frente al poder del Estado, para rechazar la *unmittelbare Drittwirkung*.

Sin embargo, en mi opinión, las razones que más influyen a la hora de descartar la *unmittelbare Drittwirkung* son de otro tipo. En efecto, en la doctrina alemana existe la convicción de que si se admitiera la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no sólo se estaría desvirtuando el principio de respeto a la autonomía de la voluntad¹⁰, auténtico pilar del Derecho Privado, sino que ello también aca-

⁹ Cfr. HANS PETER SCHNEIDER: *Democracia y Constitución*, prólogo de Luis López Guerra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 17; BODO PIEROTH y BERNHARD SCHLINK: *Grundrechte Staatsrecht II*, cit., p. 44; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, prólogo de Francisco J. Bastida, traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 69.

¹⁰ Así, por ejemplo, BODO PIEROTH y BERNHARD SCHLINK: *Grundrechte Staatsrecht II*, cit., p. 44, mantienen que el resultado de extender el ámbito de vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares sería «una limitación irremediable de la libertad». También ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, cit., p. 91, parece compartir esa opinión, al afirmar que «una extensión global e indiferenciada de la vinculación a los derechos fundamentales en el ámbito social anularía de nuevo en gran parte, en la relación de unos individuos con otros, aquellas libertades que deberían asegurarse a través de la vinculación del Poder estatal a los derechos fundamentales de los individuos». No obstante, BÖCKENFÖRDE parece mantener otra opinión en las pp. 113-114. En España, JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, prólogo de Javier Jiménez Campo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE, 1997, también ha observado esta preocupación de buena parte de la doctrina alemana: «Late en el fondo de estas posturas [las que rechazan la *unmittelbare Drittwirkung*] la convicción de que la “Drittwirkung” puede ser una especie de “caballo de Troya” que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada» (cita textual en p. 283).

rearía otra consecuencia negativa, que consistiría en convertir al juez ordinario en juez de los derechos fundamentales¹¹.

Pero, aun rechazando la *unmittelbare Drittwirkung*, el Tribunal Constitucional Federal alemán no podía ser indiferente ante la posibilidad de que los derechos fundamentales fueran vulnerados en las relaciones entre particulares. La solución llegó con la célebre Sentencia *Lüth*¹², que recogió las tesis de Dürig¹³, y supuso el origen de la teoría de la *mittelbare Drittwirkung*, es decir, de la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

En esta Sentencia el Tribunal Constitucional Federal quiso dejar claro, en primer lugar, que la función primaria de los derechos fundamentales «es asegurar las libertades individuales frente a interferencias de los poderes públicos», pues ello se deriva del desarrollo histórico del concepto de derechos fundamentales. Pero, posteriormente, reconoció que también la Ley Fundamental ha establecido en la sección correspondiente a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores, que refuerza su efectividad en la medida en que «de él reciben directrices e impulso la legislación, la administración y la judicatura». Fruto de esta idea es el «efecto irradiación» de los derechos fundamentales, que resulta clave para comprender la *mittelbare Drittwirkung*¹⁴.

El Tribunal Constitucional Federal sostuvo que, si bien en una contienda entre particulares el juez no puede hacer valer directamente entre ellos los derechos fundamentales, en tanto representante de un poder público, debe llevar a cabo una interpretación de las normas jurídicas aplicables

¹¹ Cfr. KONRAD HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Civitas, 1995, pp. 60-67.

¹² 7 BVerfGE 198 (1958). Los hechos que motivaron esta Sentencia fueron los siguientes: Veit Harlan, un conocido director de cine que durante el régimen nazi había dirigido películas antisemitas –absuelto de la acusación de haber participado en los crímenes nazis– dirigió en 1950 una película titulada *Inmortal Lover*, lo que provocó la indignación de Erich Lüth, un informador de Hamburgo perteneciente a un grupo que pretendía reparar las heridas que la guerra había abierto entre judíos y cristianos. Lüth instó a su audiencia a boicotear *Inmortal Lover*, lo que le supuso una condena por violación del artículo 826 del Código Civil, que establece: «Quien voluntariamente cause daño a otra persona de forma ofensiva hacia las buenas costumbres está obligado a compensarla por el daño causado». Una vez agotadas las vías que le proporcionaba la jurisdicción ordinaria, Lüth recurrió al Tribunal Constitucional Federal.

¹³ Cfr. GUNTER DÜRIG: «Grundrechte und Zivilrechtsprechung», en Theodor Maunz (ed.), *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Naviasky*, München, Isar, 1956, pp. 157 y ss.

¹⁴ ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, cit., p. 112, afirma: «La denominada *eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales* es el hijo legítimo del efecto de irradiación, en el fondo nada más que un intento de elaborarlo dogmáticamente».



al caso conforme a los derechos fundamentales (*grundrechtskonformer Auslegung*), lo cual es una clara consecuencia del «efecto irradiación» de los derechos fundamentales. Esto se logrará muchas veces a través de las cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados –tal como sucedía en esta sentencia con el artículo 826 del Código Civil alemán (BGB), que obliga a que se compense económicamente a aquella persona que ha sufrido un daño como consecuencia de un acto contrario a las «buenas costumbres»–, que permiten un mayor margen para la labor creativa del juez a la hora de interpretar el Derecho. Por consiguiente, aunque los derechos fundamentales no rijan directamente en las relaciones entre particulares, se puede decir que reciben una protección mediata porque los poderes públicos, especialmente el legislador, sí están directamente obligados a velar por su protección¹⁵.

Cabe señalar, para terminar de analizar los aspectos más relevantes de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Federal, la posición favorable a que las sentencias judiciales, en tanto constituyen el acto de un poder público, sean revisadas únicamente para dictaminar si el juez ha tenido suficientemente presente el «efecto irradiación» de los derechos fundamentales en la resolución del caso. Si ello no fuera así, el órgano judicial podría haber vulnerado un derecho fundamental, y su decisión admitiría, a tenor de lo previsto en el artículo 19.4 LF, ser directamente recurrida¹⁶.

¹⁵ En Alemania se ha abierto un interesante debate en torno a si no cabría considerar la *mittelbare Drittwirkung* un aspecto más del deber de protección de los derechos fundamentales (*Schutzpflicht*) que pesa sobre los poderes públicos. Quizá la postura más razonable sea la de INGO VON MÜNCH: «*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania», cit., pp. 45-52, al señalar que «ambas construcciones son afines pero diferenciables dogmáticamente» (cita textual en p. 49).

¹⁶ Aquí se halla el origen del problema procesal de la *Drittwirkung*, en el que no me voy a detener. La objeción que se plantea consiste en la admisibilidad de sostener que el poder judicial, al no estimar la lesión de un derecho fundamental susceptible de amparo, puede estar vulnerándolo. Este problema es perfectamente trasladable a España, puesto que el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) sólo prevé el recurso de amparo frente a vulneraciones de los derechos fundamentales directamente ocasionadas por los poderes públicos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado, al igual que el Tribunal Constitucional Federal alemán, que la incorrecta desestimación de un derecho fundamental por parte del órgano que agota las vías de la jurisdicción ordinaria, puede interpretarse como una lesión del derecho fundamental alegado. Sobre este problema, cfr. TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981, *passim*; JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 40-46; JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit. pp. 97-223.

Puede decirse que la teoría de la *mittelbare Drittwirkung* que introdujo la Sentencia *Lüth* sigue presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal¹⁷, y es claramente dominante entre la doctrina alemana. Curiosamente, la mayoría de las críticas a esta teoría provienen de autores no alemanes¹⁸, y coinciden en señalar que la *mittelbare Drittwirkung* es una teoría hábilmente construida, pero que en realidad deja sin resolver los aspectos más problemáticos de la cuestión.

En mi opinión, esta teoría pretende, como se apuntó en su momento, evitar los riesgos que se piensa que entrañaría otorgar eficacia directa a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Uno de esos riesgos radica en la posible merma que sufriría el principio de autonomía de la voluntad que, según opinan muchos autores, también estaría constitucionalmente protegido por el artículo 2.1 LF, que se refiere al derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁹. Los particulares, por tanto, pueden obligarse mutuamente sin otro límite que el que les marque la ley, y sin que se hallen directamente vinculados por el respeto a los derechos fundamentales de la otra parte. Así, pues, podría decirse que la *mittelbare Drittwirkung*, en sus líneas maestras, permanece fiel a dos grandes principios que caracterizan el pensamiento jurídico moderno, especialmente en el continente europeo, a partir de la revolución francesa: el principio de legalidad y el principio de autonomía de la voluntad, que coinciden en la idea de que la fuente de la obligatoriedad jurídica radica en el libre consentimiento²⁰. Por tanto, en las relaciones entre particulares los derechos fundamentales seguirían estando en manos del legislador, conclusión que no se altera pese a que se incida en el deber de proteger los derechos fundamentales que pesa sobre los poderes públicos. Acertadamente se pregunta Bilbao Ubillos: «¿Se les podrían exigir responsabilidades a los poderes públicos por no haber pres-

¹⁷ Cfr. CLAUS DIETER CLASSEN: «Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *Archiv für öffentliches Recht*, 122 (1997), pp. 65-107.

¹⁸ Al respecto, cfr. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., pp. 313-324.

¹⁹ Cfr. INGO VON MÜNCH: *Grundbegriffe des Staatsrechts*, cit., p. 102; ALBERT BLECKMANN: *Staatsrecht II -Die Grundrechte-*, 3 ed. München, Carl Heymanns, 1989, pp. 179-180; JÖRN IPSEN, *Staatsrecht II (Grundrechte)*, Berlín, Luchterhand, 1997, pp. 22-23, entre otros muchos autores.

²⁰ Sobre el principio de legalidad y el principio de autonomía de la voluntad como pilares del pensamiento jurídico continental a partir de la revolución francesa, cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: «La democracia y el lugar de la ley», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (eds.): *El Derecho, la Ley y el Juez*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 23-62.



tado la debida protección en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas? ¿Es ese deber general de protección justiciable? O, lo que es lo mismo, ¿puede ser objeto de fiscalización judicial su eventual incumplimiento en un supuesto concreto, a instancia del individuo presuntamente perjudicado, o sólo cabe el control político?»²¹. A esto último responde negativamente, y lo cierto es que, aunque en algún país, como es el caso de Portugal, haya recibido un reconocimiento constitucional expreso²², la figura de la inconstitucionalidad por omisión presenta notables dificultades, cuyo estudio excede de los objetivos marcados en este trabajo. No obstante, parece lógico que, si se pretende lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales en el marco de la *mittelbare Drittwirkung*, se estudie la posibilidad de potenciar el instituto de la inconstitucionalidad por omisión.

Las dificultades que pretende evitar la *mittelbare Drittwirkung* no sólo se centran en preservar el principio de autonomía de la voluntad, sino que también se pretende resolver el problema que supondría para el juez ordinario interpretar y aplicar directamente los derechos fundamentales, al creerse que ello dificultaría considerablemente su labor. La *mittelbare Drittwirkung* vendría a indicarles que su tarea básica va a seguir siendo la de interpretar y aplicar el Derecho objetivo propio de su jurisdicción, si bien teniendo en cuenta el «efecto irradiación» de los derechos fundamentales. Pero, ¿cómo se concreta en la práctica esta directriz?, ¿no podría pensarse que hay todavía un gran margen de indeterminación? Ante esta situación cobra especial relieve el papel del legislador, de modo que si éste realiza correctamente su tarea, la del juez será mucho más sencilla, al operar con normas «claras», y respetuosas con los derechos fundamentales. La posición de Hesse refleja perfectamente cuanto acabo de exponer. Por una parte, este autor no duda en afirmar que «al legislador del Derecho Privado 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»²³. Las consecuencias beneficiosas de esta mediación legislativa, según Hesse, no se hacen esperar: «Al juez civil, finalmente, se le libera

²¹ JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales...*, cit., p. 285.

²² Cfr. ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: «El artículo 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 40, 1997, p. 125, y la bibliografía allí citada.

²³ KONRAD HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, cit., p. 64.



por principio de la necesidad de una amplia aplicación inmediata de los derechos fundamentales, que por regla general hace imprescindibles problemáticas ponderaciones jurídico-constitucionales. Puede concentrarse de nuevo en su propia especialidad»²⁴. Sin embargo, no parece que el hecho de que el juez no se vea obligado a tener en cuenta los derechos fundamentales como derecho inmediatamente vigente vaya a simplificar su tarea. Incluso cabe pensar lo contrario, pues ¿no puede el juez hallar más dificultad en valorar el «efecto irradiación» de los derechos fundamentales sobre determinadas normas, que en tenerlos directamente en cuenta a la hora de decidir? Así lo piensan algunos autores, que critican la *mittelbare Drittwirkung* alegando que genera incertidumbre a la hora de resolver los casos concretos²⁵.

Pero esta teoría no sólo tendría como objetivo «facilitar» la tarea del juez, sino también hacerla más «controlable». Ello se lograría porque los derechos fundamentales no podrían esgrimirse como «excusa» para contravenir el ordenamiento jurídico. Sin embargo, ¿es razonable imaginar que se puede «controlar» la actividad judicial en casos de derechos fundamentales indicando a los jueces que deben resolverlos según el Derecho objetivo, interpretado bajo el «efecto irradiación»? Es lógico pensar que cuando a un juez preocupado por la protección de los derechos fundamentales se le presente un caso en el que uno o varios de estos derechos estén en juego tratará de fundamentar su decisión intentando conciliar las normas aplicables al caso con la vigencia de los derechos fundamentales. En cualquier caso, deberá razonar su decisión, y ésta será objeto de crítica en función de los argumentos que esgrima. Supongamos ahora que los derechos fundamentales vincularan al juez como Derecho directamente aplicable. ¿Acaso se piensa que el juez puede ignorar la necesidad de ofrecer una correcta fundamentación con la simple alusión a que su decisión se justifica en la necesidad de impedir la lesión de algún derecho fundamental? Es evidente que si el juez no razona por qué se ha lesionado el derecho fundamental, y en qué medida dicha lesión resultaba incompatible con el resto del Derecho vigente, su decisión carecerá de consistencia. Por tanto, no está claro que la vinculación del juez al Derecho llama-

²⁴ *Ibid.*, pp. 65-66.

²⁵ Al respecto, cfr. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., pp. 315-318.

do «objetivo» sea más controlable que la vigencia directa de los derechos fundamentales²⁶.

En suma, si se entiende que los artículos 1.3 y 9.3 LF constituyen una razón definitiva en contra de la *unmittelbare Drittwirkung*, la *mittelbare Drittwirkung* debería considerarse una solución dogmáticamente correcta. Ahora bien, pienso que la principal debilidad de esta teoría es el difícil equilibrio que pretende: por un lado, aparece claramente ligada a la dimensión institucional de los derechos fundamentales, que, entre otras cosas, supone una reacción frente al riesgo de que estos derechos queden en manos del legislador; y, a la vez, se mantiene fiel a dos postulados del positivismo jurídico que hoy están seriamente cuestionados en el modelo constitucional alemán y español: primacía del principio de legalidad y sometimiento del juez a la ley²⁷.

1.2 La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en España

En España también se ha producido un cierto debate doctrinal acerca de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, aunque, a diferencia de Alemania, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional consideran que nuestra Constitución ha establecido la vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Así, por ejemplo, Prieto Sanchís, con intención de refutar a García Torres y Jiménez-Blanco, que sostienen que no hay precepto constitucional del que pueda afirmarse que proclama con claridad la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales²⁸, plantea la cues-

²⁶ JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., pp. 300-301, ha visto perfectamente que la *mittelbare Drittwirkung* está ligada a un cierto temor ante el creciente activismo judicial. A este respecto, afirma: «El problema es que cuesta asumir el creciente protagonismo del juez (que es, de hecho, el “señor” de los derechos fundamentales) en los ordenamientos presididos por una Constitución normativa, un protagonismo que no conduce necesariamente al caos (en los sistemas del “case law” no reina precisamente el caos), pero sí a un modelo de Estado jurisdiccional. En cualquier caso, éste es un problema que se plantea con carácter general, en todo tipo de controversias. No es imputable sólo a la “Drittwirkung” inmediata» (cita textual en p. 301).

²⁷ Sobre la dificultad de mantener la tesis de la primacía de estos dos postulados del positivismo en el actual modelo constitucional, cfr. LUIS PRIETO SANCHÍS: *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 17-45.

²⁸ JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, cit., p. 48. Por su parte, JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: *La efica-*

tión a la inversa y señala que «la Constitución española no ofrece ninguna base textual que recomiende excluir dicha eficacia con carácter general»²⁹. Este autor tampoco cree que el artículo 53.1 CE, al establecer en su primer inciso que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos», esté proscribiendo implícitamente que los derechos fundamentales rijan en las relaciones entre particulares. «Primero, porque es de aplicación la cláusula general del artículo 9.1, y segundo, porque el precepto tiene por objeto regular las fuentes o modos de producción normativa de los derechos fundamentales, por lo que es natural esa referencia exclusiva a los poderes públicos. Además, los derechos fundamentales propiamente no vinculan a los ciudadanos, ya que si bien éstos deben respetar el derecho ajeno, no están llamados a su satisfacción o protección»³⁰.

En mi opinión, es indudable la importancia del artículo 9.1 CE, que consagra la fuerza normativa de la Constitución³¹, y contempla la sujeción a ésta no sólo de los poderes públicos, sino del conjunto de los ciudadanos. Si en Alemania la defensa de la *Drittwirkung* debe tratar de contrarrestar lo establecido en el artículo 1.3 LF, en España puede decirse que el argumento «técnico-jurídico» opera en favor de la *Drittwirkung*. Pero, además, dicho pronunciamiento casa perfectamente con el artículo 53.1 CE que, inspirado en el artículo 1.3 LF, establece la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales. Como indica García de Enterría, «la existencia de este precepto general [art. 9.1 CE] obliga a concluir que el del artículo 53.1 ha querido añadir un plus para la regulación constitucional de todos los derechos fundamentales, plus que consiste, justamente, en que tal regulación tiene el carácter de Derecho inmediatamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una ley»³². Esta conclusión se ve corroborada por

cia de los derechos fundamentales frente a particulares, cit., p. 349, a pesar de mostrarse partidario de la *Drittwirkung*, también opina que «[e]n el texto de la Constitución española no hay, en principio, puntos de apoyo sólidos, concluyentes, para acoger la tesis de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales, aunque tampoco los hay, a nuestro juicio, para rechazarla rotundamente».

²⁹ LUIS PRIETO SANCHÍS: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 210.

³⁰ *Ibid.*

³¹ En la STC 80/1982, de 20 de diciembre, se afirma: «Que la Constitución es nuestra Norma Suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1».

³² EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 73.

el propio lenguaje de la Constitución, ya que en el artículo 9.1 CE se habla de «sujeción», mientras que en el artículo 53.1 CE se utiliza el término «vinculación». A este respecto, comparto la interpretación que realiza Gavara de Cara sobre las diferentes implicaciones de estas expresiones: «La sujeción significa la obligación de respeto a los preceptos constitucionales, es decir, la obligación de no realizar conductas o adoptar actos en contradicción con la Constitución. La vinculación tiene un sentido más fuerte que la sujeción, ya que implica, además de la obligación de respeto, el deber de cumplir y hacer cumplir los derechos fundamentales, es decir, crea una obligación de potenciar la efectividad en el cumplimiento de los derechos fundamentales»³³. Esta interpretación ha sido confirmada por el TC, que ha establecido una importante diferencia entre la vinculación de los poderes públicos a la Constitución, y la que corresponde a los ciudadanos³⁴. Por lo tanto, es posible conciliar la afirmación de que los derechos fundamentales rigen frente a particulares, y, al mismo tiempo, sostener que sólo vinculan a los poderes públicos.

Peces-Barba, por su parte, coincide en destacar el artículo 9.1 CE como un sólido argumento en favor de la *Drittwirkung*. Junto a este precepto, este autor entiende que los artículos 10.1 CE y 1.1 CE también ofrecen razones en favor de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Por lo que respecta al artículo 10.1 CE, opina que el hecho de que los derechos constituyan el fundamento del orden político y de la paz social implica «situarlos como informadores de las relaciones sociales entre las que se encuentran, por supuesto, las relaciones entre los particulares»³⁵. En cuanto al artículo 1.1 CE, podría decirse que su razonamiento parte de enraizar los derechos fundamentales en los valores superiores del ordenamiento, de manera que si el artículo 1.1 CE «no restringe los valores superiores al ámbito del derecho público, sino que se propugnan para todo el Ordenamiento jurídico»³⁶, es posible afirmar que también los derechos deben regir en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

Ciertamente, pese a la claridad del artículo 9.1 CE, en modo alguno debe obviarse la importancia del artículo 10.1 CE. Este precepto consagra

³³ JUAN CARLOS GAVARA DE CARA: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, prólogo de Francesc de Carreras, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 340.

³⁴ STC 101/1983, de 18 de noviembre, fundamento jurídico 4.º

³⁵ GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III/BOE, 1995, p. 628.

³⁶ *Ibid.*, pp. 624-629 (cita textual en p. 628).

la dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales³⁷, y ello es plenamente coherente con el hecho de que «sujeten» a los ciudadanos (art. 9.1 CE), y «vinculen» a los poderes públicos (art. 53.1 CE)³⁸. Me parece, que, en este sentido, la Constitución española resulta más coherente que la Ley Fundamental de Bonn, al asumir plenamente las consecuencias que se derivan del reconocimiento de la dimensión institucional de los derechos fundamentales, sin tener que acudir al frágil equilibrio que pretende lograrse en Alemania a través de la teoría de la *mittelbare Drittwirkung*.

Finalmente, hay que referirse al artículo 9.2 CE, que en su primer inciso establece que «[c]orresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». Martínez-Pujalte, aunque admite que la *Drittwirkung* también puede deducirse de los artículos 9.1 y 10.1 CE, opina que en este precepto, que «representa la concreción inmediata de las exigencias implícitas en el Estado social de Derecho proclamado por el artículo 1.1»³⁹, se halla el fundamento general de la vigencia horizontal de los derechos fundamentales. Y ello porque «exigir que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas supone desde luego reclamar que sean respetadas no sólo por el Estado, sino también por los restantes ciudadanos»⁴⁰.

Coincido con Martínez-Pujalte en que este precepto representa la obligación de concretar las exigencias implícitas en el reconocimiento de España como un Estado social de Derecho. Por tanto, de aquí se desprende el deber de protección de los derechos fundamentales (*Schutzpflicht*) que pesa sobre los poderes públicos, deber que incluso puede exigir de ellos una acción prestacional⁴¹. Evidentemente, ese deber de protección exige que los poderes públicos, en especial el legislador, logren a través de su actuación que los derechos fundamentales se respeten en las relaciones entre particulares⁴². Por lo tanto, podría decirse que este precepto alude claramente

³⁷ Cfr. SSTC 25/1981, de 13 de agosto, FJ 5.º; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 3.º, entre otras.

³⁸ La conexión entre los arts. 10.1 CE y 53.1 CE ha sido especialmente destacada por ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: cfr. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., pp. 42-48.

³⁹ *Ibid.*, p. 85.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 88.

⁴¹ Un interesante ejemplo sobre la faceta prestacional de los derechos fundamentales puede verse en VICENTE BELLVER CAPELLA, «La dimensión prestacional del derecho a la libertad religiosa», en *Humana Iura*, Pamplona, 6 (1996), pp. 257-267.

⁴² Cfr. STC 129/1989, de 17 de julio, fundamento jurídico 3.º

a la *mittelbare Drittwirkung*, pero, puesto que la cuestión teórica que se plantea es si los derechos fundamentales rigen directamente frente a los particulares, a mi juicio, es el artículo 9.1 CE el que resuelve esta cuestión. No obstante, creo que es importante destacar la conexión existente entre estos dos preceptos, pues interpretados conjuntamente muestran la compatibilidad entre la *unmittelbare* y la *mittelbare Drittwirkung*, ya que parece perfectamente conciliable que los derechos fundamentales rijan directamente frente a particulares con el hecho de que el legislador trate de regular y encauzar dicha vigencia.

Por su parte, un repaso de la jurisprudencia del TC permite extraer la conclusión de que el TC, aunque en alguna sentencia ha señalado que los derechos fundamentales tienen «al Estado por sujeto pasivo»⁴³, considera que los derechos fundamentales rigen directamente en las relaciones entre particulares. En este sentido, resulta particularmente importante la STC 18/1984, de 7 de febrero, en la que se afirma que «en un Estado social de derecho como el que consagra el artículo 1.º de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social» (fundamento jurídico 6.º). Esta posición ha tenido continuidad, por ejemplo, en la STC 177/1988, de 10 de octubre: «Ciertamente, el artículo 53.1 del Texto constitucional tan sólo 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» (fundamento jurídico 4.º)⁴⁴.

⁴³ STC 64/1988, de 12 de abril, fundamento jurídico 1.º

⁴⁴ Cfr. también la STC 6/1995, de 10 de enero, fundamento jurídico 2.º, y la STC 90/1997, de 6 de mayo, fundamento jurídico 4.º Asimismo, en el ámbito de la relación laboral, el TC ha tenido oportunidad de recordar en diversas ocasiones que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para el trabajador de los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce, lo que supone admitir que estos derechos están vigentes no sólo frente a los poderes públicos. A este respecto, cfr. especialmente la STC 80/2001, de 26 de marzo, fundamento jurídico 3.º, y la STC 20/2002, de 28 de enero, fundamento jurídico 4.º

En definitiva, se observa que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional coinciden en que la Constitución ha establecido la vigencia de los derechos fundamentales frente a terceros. Ahora bien, siendo importante el análisis teórico de esta cuestión, no lo es menos mostrar cómo se puede articular en la práctica. En este sentido, los autores que defienden la vigencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares entienden que en buena parte de los casos ello dará lugar a un conflicto de derechos, que deberá solventarse otorgando prioridad a uno de ellos. Desde una perspectiva general, el conflictivismo en el ámbito de los derechos fundamentales presenta importantes objeciones⁴⁵. Pero en el siguiente epígrafe se intentarán mostrar las insuficiencias del conflictivismo para ofrecer una solución adecuada al problema de la *Drittwirkung*.

3. LA SOLUCIÓN CONFLICTIVISTA DE LA *DRITTWIRKUNG*

Un detenido estudio de las teorías de aquellos autores que se muestran favorables a la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, permite comprobar cómo todos ellos creen que en el fondo de la *Drittwirkung* late un conflicto de derechos⁴⁶. La posición de Prieto Sanchís es muy clara en este sentido, y merece una especial atención.

Este autor, una vez ha expuesto las razones que le llevan a admitir la *Drittwirkung*, señala que las dificultades surgen cuando nos encontramos con la existencia de relaciones entre particulares sometidas al principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil), dado que con base

⁴⁵ Cfr. al respecto, PEDRO SERNA: «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», en *Humana Iura*, Pamplona, 4 (1994), pp. 197-234; ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit. pp. 126-137; FERNANDO M. TOLLER: *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*, prólogo de Ramón Daniel Pizarro y presentación de Pedro Serna, Buenos Aires, La Ley, 1999, pp. 411-426; JUAN CIANCIARDO: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, prólogo de Pedro Serna, Pamplona, Eunsa, 2000; TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, estudio preliminar de Antonio Luis Martínez-Pujalte, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, *passim*.

⁴⁶ A este respecto, cfr. LUIS PRIETO SANCHÍS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 207-209; JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., pp. 360-382; GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, cit., p. 627.

en dicho principio podría renunciarse al ejercicio o a la protección de algún derecho fundamental. Así, se pregunta si resulta admisible en este tipo de situaciones la renuncia al ejercicio o a la protección que depara algún derecho fundamental. En su opinión, la respuesta afirmativa a esta cuestión se apoya en dos argumentos: El primero de ellos consiste en que «la autonomía de la voluntad suele verse, y no sin buenas razones, como la traducción al Derecho privado de un derecho general de libertad, de modo que la aparente pérdida de vigor de los derechos supondría en realidad el triunfo del más primigenio de los derechos humanos»⁴⁷. El segundo de ellos, por su parte, se basa en la creencia que «los negocios o relaciones sometidos a ese principio de autonomía de la voluntad se conciben —esta vez con peores razones— como una manifestación de la igualdad jurídica consagrada por el Código»⁴⁸.

Precisamente, lo que denomina «la quiebra de esta convicción igualitaria», constituye para él un argumento decisivo para extender los derechos fundamentales al ámbito privado, y, en último término, a plantear la cuestión como un conflicto de derechos: «[N]o se adivina ninguna dificultad ontológica para que los derechos fundamentales desarrollen su eficacia en la esfera privada, esto es, para que muestren su resistencia en presencia de voluntades no revestidas de la pública autoridad. Tan sólo hay que tener en cuenta que esa eficacia podrá verse atenuada o modulada por la concurrencia de otros derechos y libertades, que se concretan en el principio básico de la autonomía de la voluntad. En suma, lo que se presenta como difícil articulación de los derechos fundamentales frente a los particulares será muchas veces un problema de conflicto de derechos; pero un problema que, a mi juicio, ya no puede resolverse siempre a favor de la autonomía de la voluntad sobre la base de suponer la rigurosa igualdad de las partes»⁴⁹. Unas páginas más adelante termina de perfilar su posición, al añadir que estos casos requieren un análisis casuístico, y que corresponde «al juez ponderar los intereses en conflicto, pero, desde luego, sin excluir *a priori* la eficacia de las libertades en las relaciones entre particulares»⁵⁰.

⁴⁷ LUIS PRIETO SANCHÍS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 208. En el mismo sentido, cfr. JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, cit., p. 14.

⁴⁸ LUIS PRIETO SANCHÍS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 208.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 209.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 215.

En trabajos recientes este autor ha sostenido, desde una perspectiva general, la posibilidad de que entre las normas jurídicas se produzcan antinomias en el momento aplicativo: «Estas son las que podemos llamar antinomias contingentes o en concreto, o antinomias externas o propias del discurso de aplicación, que deben diferenciarse de las antinomias en abstracto, internas o propias del discurso de validez»⁵¹. Así, opina que «sólo en presencia de un caso concreto podemos advertir la concurrencia de ambas normas y sólo en ese momento aplicativo hemos de justificar por qué optamos a favor de una u otra, opción que puede tener diferente resultado en un caso distinto»⁵². Estas antinomias, según Prieto Sanchís, tienen una particular importancia en el ámbito constitucional, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales. Aunque en estos trabajos no se alude explícitamente a la *Drittwirkung*, parece evidente que las relaciones entre particulares constituyen uno de los ejemplos más claros en los que dichas «antinomias externas» podrían darse, ante lo cual Prieto Sanchís vuelve a incidir en que la ponderación constituye la técnica más adecuada para su resolución, pues «es perfectamente verosímil que un mismo comportamiento quede encuadrado en dos normas de sentido contrario y que esas normas, sin embargo, no resulten conflictivas en abstracto, sino sólo en algunos supuestos de aplicación»⁵³. En estos casos la ponderación «desemboca en el triunfo de uno de los principios en pugna, no en la búsqueda de un punto intermedio que en parte sacrifique y en parte dé satisfacción a ambos»⁵⁴.

Por su parte, Bilbao Ubillos, que tampoco ve inconveniente para que los derechos fundamentales rijan directamente en las relaciones entre particulares, mantiene una posición semejante a la de Prieto Sanchís. Este autor, cuya obra es hasta hoy el trabajo más completo que en España se ha publicado sobre la *Drittwirkung*, pretende vencer las reservas de aquellos que piensan que la eficacia inmediata de los derechos fundamentales puede «disolver» el Derecho Privado, señalando que en cada caso habrá que indagar la solución ponderando los intereses en juego. De ahí que afirme que «el problema del alcance concreto de esa eficacia «es una cuestión de ponderación»»⁵⁵.

⁵¹ LUIS PRIETO SANCHÍS: «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación», en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso (Chile), 45 (2000), p. 472.

⁵² *Ibid.*, p. 473.

⁵³ *Ibid.*, p. 479.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 494.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 378-379 (cita textual en p. 379).

Se observa, pues, que la técnica de la ponderación desempeña una posición central para resolver los conflictos entre derechos fundamentales que puedan producirse en una relación entre particulares. Conviene, pues, precisar que entienden estos autores por «ponderación». Para Prieto Sanchís, «[l]a proporcionalidad o ponderación no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que «en abstracto» todos ellos tienen el mismo peso o importancia. Por eso, la ponderación se resuelve en una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto»⁵⁶. Frente a los que opinan que la ponderación es una técnica irracional o decisionista, responde así: «No creo que la objeción esté por completo fundada: no es cierto que la ponderación sea un método vacío, ni que pueda conducir a cualquier consecuencia, pues, si bien no garantiza una y sólo una respuesta para cada caso práctico, sí nos indica qué es lo que hay que fundamentar para resolver un conflicto o colisión, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio u otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna»⁵⁷. En definitiva, la «ponderación» exige atender a las circunstancias de cada caso y exigir razones sólidas que justifiquen el sacrificio que en ese caso puede sufrir un determinado derecho fundamental.

Bilbao Ubillos, centrado por completo en el problema de la *Drittwirkung*, presenta dos criterios que a su juicio debe seguir el juez en la tarea de resolver los conflictos que se pueden dar en las relaciones entre particulares⁵⁸:

⁵⁶ LUIS PRIETO SANCHÍS: «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», en *Doxa*, Alicante, 23 (2000), p. 180. En *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, cit., p. 69, me he ocupado de señalar las notas que a mi juicio definen la ponderación, a saber: a) igual jerarquía de los derechos fundamentales en conflicto; b) consideración de todos los intereses y circunstancias presentes en el caso; c) solución únicamente válida para el caso concreto. En mi opinión, estas notas están presentes en la caracterización de la ponderación que lleva a cabo este autor.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 181. Me parece que en este punto tiene razón Prieto Sanchís, pues, como he señalado en *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, cit., p. 69, nota 107, las críticas a la ponderación deberían centrarse en mostrar que es posible utilizar un método más seguro y apropiado para resolver los conflictos, en lugar de criticar un método que, por su propia razón de ser, se conforma con garantizar la corrección de una decisión en el caso concreto.

⁵⁸ JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., pp. 368-370.

El primero consiste en proteger con más intensidad el derecho fundamental de la parte más débil, cuando en una relación entre particulares se observe la supremacía de una parte sobre la otra. Sería el caso, por ejemplo, de la relación entre empresario y trabajador.

El segundo criterio pasa por considerar que la eficacia vinculante de un derecho fundamental será más intensa cuando se halle en juego la dignidad humana.

No voy a detenerme a analizar la plausibilidad de estos criterios, sino a poner de relieve que este autor, al ser consciente que desde una óptica «conflictivista» se admite la posibilidad de que en aras de otro derecho fundamental o de otro tipo de intereses se lesione un derecho fundamental, introduce un importante matiz en su planteamiento, al señalar que «[l]os conflictos entre particulares deberán resolverse siempre procurando preservar el núcleo esencial de los derechos e intereses en juego (y del derecho fundamental, en primer lugar)»⁵⁹. Dicho en otros términos, si el legislador, al regular el ejercicio de los derechos y libertades está obligado a respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, también el juez, cuando resuelve conflictos entre particulares, efectúa ponderaciones, y en ellas debe velar por mantener intangible el contenido esencial de los derechos fundamentales⁶⁰. Pues bien, dado que este autor admite que la ponderación entre el derecho fundamental y los otros intereses en juego no siempre se saldará con el triunfo del derecho fundamental, cabe deducir que entender que respetar el contenido esencial de un derecho fundamental significa exigir una justificación constitucionalmente aceptable de aquellas medidas

⁵⁹ JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., p. 367. LUIS PRIETO SANCHÍS: «Observaciones sobre las antinomias...», cit., p. 490, también parece estar de acuerdo en este punto, aunque en su trabajo se refiere al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales en relación con leyes. En concreto, afirma lo siguiente: «El segundo problema aparece cuando la proporcionalidad en sentido estricto se hace valer en el enjuiciamiento de normas generales y más concretamente de leyes. Aquí el carácter consecuenialista del argumento bien podría desembocar en una ablación, en una eliminación absoluta de uno de los principios en pugna, y ello ocurrirá cuando la necesidad y la urgencia de atender a un fin valioso e importante mostrase como justificada la postergación general de otro bien o derecho. En materia de derechos fundamentales, ésta es una consecuencia que puede evitarse a través de la cláusula del contenido esencial, pues, cualquiera que sea su discutido alcance, debe al menos servir como contrapunto a los argumentos ponderativos».

⁶⁰ A este respecto, ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: *La garantía del contenido esencial...*, cit., p. 104, afirma: «Es sobre todo, en efecto, el Juez o Tribunal el que habrá de llevar a cabo la tarea de delimitación constitucional del derecho fundamental, como presupuesto necesario para examinar si, en los casos concretos que se le presenten, se ha producido una lesión de un derecho por una actuación de la Administración o de un particular».

que restrinjan su ejercicio, conclusión a la que a mi juicio también se llega desde la posición de Prieto Sanchís.

Una vez expuesta la posición de estos autores conviene precisar, en primer lugar, algunos puntos referentes a la relación entre la *Drittwirkung* y el principio de la autonomía de la voluntad.

Si los derechos fundamentales extienden su vigencia a todos los ámbitos de la sociedad, es evidente que no se está ante un problema que pueda circunscribirse únicamente a las relaciones que tienen su origen en la autonomía de la voluntad, pues ¿no plantea la misma dificultad el ejercicio de un derecho fundamental en el seno de un Colegio Profesional que requiere una incorporación obligatoria? Parece que sí, por lo que la *Drittwirkung* consiste no tanto en establecer si los derechos fundamentales despliegan su eficacia en las relaciones entre particulares basadas en la autonomía de la voluntad, como en determinar si rigen en el seno de cualquier institución socialmente vigente.

Por otra parte, hay que detenerse en la posibilidad de que al amparo del artículo 1.255 del Código Civil alguien renuncie voluntariamente al ejercicio de algún derecho fundamental. Se trata de una cuestión que, aunque excede del ámbito de la *Drittwirkung*, pues aquí se plantea el problema de la inalienabilidad de estos derechos, ciertamente guarda relación con ella, por cuanto si se admite la validez de dicha renuncia, el derecho fundamental al que se habría renunciado no podría alegarse en una relación entre particulares⁶¹. Como se ha visto, para Prieto Sanchís es la situación de desigualdad que puede darse entre particulares la que justificaría impedir dicho acuerdo. Por lo tanto, *a contrario sensu*, desde esta perspectiva habría que admitir que allí donde las partes se encuentran en una situación de igualdad debe respetarse el contenido de lo que acuerden, incluida la renuncia al ejercicio de determinados derechos fundamentales. Tratar a fondo esta cuestión excede los objetivos de este trabajo, pero pienso que no se debe olvidar que, como también establece el artículo 1.255 del Código Civil, la autonomía de la voluntad es respetable siempre que sus acuerdos «no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». Cada vez con más frecuencia se viene incidiendo en que uno de los elementos esenciales que caracterizan la noción de orden público consiste en el respeto de los dere-

⁶¹ Sobre el problema que plantea la renuncia contractual al ejercicio de los derechos fundamentales, cfr. Juan María BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 371-375.

chos fundamentales⁶². De este modo, parece razonable que un contrato en el que se acuerde la lesión de un derecho fundamental, o en el que una de las partes se comprometa a su no ejercer alguno de estos derechos, podría considerarse nulo⁶³. Ello me parece plenamente coherente con la posición central que los derechos fundamentales tienen en el ordenamiento jurídico.

Hechas estas precisiones en relación con el principio de autonomía de la voluntad, me centraré en las objeciones que a mi juicio cabe oponer a la solución conflictivista de la *Drittwirkung*.

a) Según se ha visto, desde estos planteamientos conflictivistas, en las ponderaciones que habría que realizar para resolver los problemas que plantea el ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, debe velarse, decía Bilbao Ubillos, por mantener intangible el contenido esencial de los derechos fundamentales. Bilbao Ubillos entiende que respetar el contenido esencial de un derecho fundamental significa exigir una justificación constitucionalmente aceptable de aquellas medidas que restrinjan su ejercicio, conclusión a la que, como indiqué, también se llega desde la posición de Prieto Sanchís. Esta es la tesis que defienden los partidarios de lo que en España y Alemania se conoce como la «teoría relativa» del contenido esencial de los derechos fundamentales⁶⁴, que mantiene que dicho contenido esencial no resulta vulnerado si la medida restrictiva está suficientemente justificada, lo que suele ser evaluado recurriendo al denominado «principio de proporcionalidad»⁶⁵. Puede dar la impresión de que la exigencia de proporcionalidad que caracteriza la «teoría relativa» conjura el riesgo de que los derechos fundamentales resulten relativizados

⁶² Sobre esta cuestión, cfr. TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, cit., pp. 225-226, y la bibliografía allí citada.

⁶³ Así lo entiende ANTONIO EMBID IRUJO: «El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 25, abril-junio, 1980, pp. 204-205. Este autor, tras destacar la importancia que en nuestra Constitución, al igual que en Alemania, han cobrado los derechos fundamentales extrae de ello diversas consecuencias entre las que menciona su «[a]cción indirecta sobre el ámbito contractual privado considerando nulos, por contrarios al orden público o a las buenas costumbres, todo tipo de pactos celebrados en contra de las prescripciones constitucionales previa acción, claro, de una parte interesada» (cita textual en p. 205).

⁶⁴ Una explicación detallada de la «teoría relativa» del contenido esencial en ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: *La garantía del contenido esencial...*, cit., pp. 20-22 y 27-29; JUAN CIANCIARDO: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, cit., pp. 260-261; JUAN CARLOS GAVARA DE CARA: *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo*, cit., pp. 272-322.

⁶⁵ Sobre el principio de proporcionalidad o «máxima de razonabilidad», cfr. JUAN CIANCIARDO: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, cit., pp. 285-352.



cuando son ponderados en las relaciones entre particulares. Sin embargo, la «teoría relativa» del contenido esencial no está exenta de críticas, pese a que es ampliamente aceptada en nuestro país. Sus más incisivos críticos han sido Ignacio de Otto y Martínez-Pujalte. Este último opina que la «teoría relativa» desdibuja la garantía del contenido esencial prevista en el artículo 53.1 CE, pues «estimar que todo derecho puede quedar limitado con amparo en otros bienes constitucionalmente protegidos, sin requerir más que la proporcionalidad de la medida limitadora en relación con los objetivos perseguidos con ella, equivale a relativizar por completo el estatuto jurídico de los derechos fundamentales, sujetándolos a la posibilidad de una permanente restricción que puede incluso llegar a su completo sacrificio»⁶⁶. Por ello, podría decirse que la solución de los problemas prácticos que plantea la *Drittwirkung* desde esta perspectiva topa con unas objeciones análogas a las que cabe formular a la «teoría relativa» respecto a la garantía del contenido esencial. No obstante, desde la perspectiva conflictivista se podría contestar señalando que, a diferencia de lo que ocurre cuando se está ante restricciones de los derechos fundamentales impuestas por la ley, en el caso de la *Drittwirkung* se está ante posiciones contrapuestas que necesariamente pueden exigir el sacrificio de un derecho fundamental en el caso concreto, lo que Prieto Sanchís denomina «antinomias externas». Naturalmente, refutar esta tesis requiere mostrar que en realidad no se está verdaderamente ante posiciones que no sea posible armonizar, tarea que abordaré posteriormente.

b) Un conflicto entre derechos fundamentales, y, en general, todo conflicto jurídico representa una situación de desorden que requiere una solución. Dichos conflictos pueden ser reales o aparentes, pues es posible que pretensiones que en principio parecen incompatibles entre sí en realidad no lo sean. Desde las posiciones conflictivistas se sostiene que en una relación entre particulares pueden producirse conflictos reales, para cuya resolución existen buenas razones —o, por lo menos, podrían existir— para sacrificar *ad cassum* un derecho fundamental. Dicho en otros términos, esto supone reconocer que el ejercicio legítimo de un derecho fundamental no conduce necesariamente a la solución del caso, es decir, al consiguiente

⁶⁶ ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, cit., p. 28. La crítica de Ignacio de Otto a la «teoría relativa» se encuentra en LORENZO MARTÍN RETORTILLO-IGNACIO DE OTTO Y PARDO: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 128-131. Cfr. también JUAN CIANCIARDO: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, cit., p. 354.

establecimiento del orden que requiere la situación conflictiva, pues, precisamente, se estaría diciendo que el orden se logra a través del sacrificio de un derecho fundamental. A mi juicio, esta conclusión mina claramente la dimensión institucional de los derechos fundamentales que, a su vez, constituye en último término el fundamento de la vigencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Esto puede matizarse defendiendo, como hace Prieto Sanchís y también Bilbao Ubillos, que, dada la importancia que tienen los derechos fundamentales, esto es, dada su dimensión institucional, tendrán que existir razones muy poderosas para que en un caso concreto ceda un derecho fundamental. Pero así sólo se demuestra que esas razones pueden llegar a ser más importantes que el respeto a un derecho fundamental, lo cual corrobora que, como vengo señalando, se socava la dimensión institucional de los derechos fundamentales.

Quizá a esta conclusión se le pudiera objetar que, al incidir especialmente en la dimensión institucional de los derechos fundamentales, no se tiene presente que también el respeto a la ley y el libre desarrollo de la personalidad constituyen el fundamento del orden político y de la paz social. Precisamente, se ha visto cómo Prieto Sanchís señala que el principio de autonomía de la voluntad podría verse como una concreción de un derecho general a la libertad. Aunque este autor no sitúa dicho derecho general a la libertad en la referencia que el artículo 10.1 CE realiza al libre desarrollo de la personalidad, sino en el artículo 16.1 CE⁶⁷, podría pensarse que ciertas obligaciones asumidas contractualmente, y que en principio no cabría considerar lesivas de un derecho fundamental, constituirían una concreción del libre desarrollo de la personalidad. Por consiguiente, si en el desarrollo de la relación jurídica se produjera un conflicto que exigiera el sacrificio de un derecho fundamental y primar la obligación contractualmente asumida, también se estaría, en la medida en que se respeta el libre desarrollo de la personalidad, ante una solución respaldada por uno de los elementos que fundamentan el orden político y la paz social.

No creo que haya dificultad en admitir que la Constitución consagra la superioridad ontológica de los derechos fundamentales sobre la ley, pues de lo contrario no tendría sentido que, al regular el ejercicio de los derechos fundamentales, la ley esté obligada a respetar su contenido esencial. Por lo

⁶⁷ Cfr. LUIS PRIETO SANCHÍS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 153-166. En el mismo sentido, cfr. MARINA GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 272-281.

que respecta al libre desarrollo de la personalidad, difícilmente cabe interpretar que a través de su mención se esté aludiendo a una libertad general de acción, como he señalado en otro lugar⁶⁸. Parece más razonable pensar que es mediante la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en nuestra sociedad como se logrará que los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad. Por estas razones, considero que es el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, que a su vez exige respetar sus derechos fundamentales, el verdadero pilar axiológico sobre el que se sostiene el marco de convivencia que refleja la Constitución.

Pues bien, si la solución conflictivista al problema de la *Drittwirkung* mina la dimensión institucional de los derechos fundamentales, realmente está más próxima a la teoría alemana de la *mittelbare Drittwirkung* de lo que en un principio pudiera pensarse. En ambas tesis se reconoce que la vigencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares puede ser un factor de conflicto, sólo que éste es valorado de manera distinta. En efecto, quienes se pronuncian a favor de la *mittelbare Drittwirkung* pretenden fundamentalmente evitar que se produzca dicho conflicto, pues éste es valorado negativamente. La posición de Hesse es muy clara en este punto: «[S]i los derechos fundamentales actúan en favor y en contra de todos los que toman parte en una relación jurídico-privada, se producirá ordinariamente una colisión de derechos fundamentales. En caso de conflicto, al Derecho Civil le corresponde así 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 derechos fundamentales que entran en consideración. Pero esto es difícilmente compatible con la tarea de un Derecho Privado que satisfaga las exigencias del Estado de Derecho, al que por principio corresponde posibilitar la configuración de las relaciones jurídicas y la solución judicial de los problemas mediante reglas claras, detalladas y determinadas»⁶⁹. Por consiguiente, en ambos casos se está desvirtuando la dimensión institucional de los derechos fundamentales, al coincidirse en que los derechos fundamentales pueden no ser siempre un factor de orden.

Vistos los inconvenientes que presenta la solución conflictivista al problema de la *Drittwirkung*, seguidamente propondré una solución alter-

⁶⁸ Cfr. TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, cit., pp. 237-247.

⁶⁹ KONRAD HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, cit., p. 60.

nativa, y plenamente respetuosa con la dimensión institucional de los derechos fundamentales.

4. UNA PROPUESTA ALTERNATIVA A LA SOLUCIÓN CONFLICTIVISTA DE LA *DRITTWIRKUNG*

4.1 Las «antinomias externas», y la delimitación y el ejercicio de los derechos fundamentales

Sostiene Prieto Sanchís que dos normas pueden no resultar conflictivas en abstracto, pero sí en el momento aplicativo, situación que denomina «antagonismo externo» o «antagonismo propio del discurso aplicativo». Ello le lleva a criticar la posición de quienes defienden que una correcta delimitación del contenido de los derechos fundamentales evitaría dichas «antinomias externas»⁷⁰: «Hay quien estima, en efecto, que los derechos fundamentales pueden concebirse como perfectamente delimitados desde la Constitución y que, por tanto, entre ellos y sus “límites” existiría algo así como una frontera infranqueable, de manera que operarían como reglas a las que en su caso sería de aplicación el criterio de especialidad: o mi conducta queda tutelada por un derecho y entonces no puede ser restringida o, por el contrario, me muevo en los márgenes externos al derecho fundamental y entonces cualquier norma legal podría imponer restricciones»⁷¹.

Efectivamente, como señala este autor, y pese a que pueda existir algún matiz diferencial entre las posiciones de los autores contrarios al conflictivismo, se mantiene que entre los derechos fundamentales no pueden producirse conflictos si se delimita adecuadamente el contenido de cada derecho fundamental. Además, como afirma Martínez-Pujalte, «más allá de los contornos que los delimitan no puede existir protección constitucional del derecho fundamental y, en cambio, dentro de ellos la protección constitucional es absoluta»⁷². Esta afirmación, trasladada a la *Drittwirkung*, significa que el ejercicio legítimo de un derecho fundamental en una relación

⁷⁰ Para conocer los argumentos que manejan los autores críticos frente al conflictivismo, vid. bibliografía citada en nota 45.

⁷¹ LUIS PRIETO SANCHÍS: «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación», cit., pp. 477-478.

⁷² ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: *La garantía del contenido esencial...*, cit., p. 53.

entre particulares merece un respeto absoluto. Muy probablemente la primera impresión que produzca esta conclusión es que resulta radical, y extremadamente peligrosa. Pues bien, la argumentación que voy a desarrollar tratará de eliminar los recelos que suscita mantenerse firme en la defensa del carácter absoluto de los derechos fundamentales.

Sin que aquí sea necesario explicar detalladamente en qué consiste la tarea de delimitar el contenido de un derecho fundamental⁷³, sí conviene tener presente que no se trata de una operación dogmática que conduce a resultados inequívocos, como quizá podría deducirse de las palabras de Prieto Sanchís, al afirmar este autor que hay quien estima que los derechos fundamentales «pueden concebirse como perfectamente delimitados desde la Constitución». La delimitación de los derechos fundamentales constituye una operación en la que a la luz de los casos concretos, y respetando el texto constitucional, el intérprete debe indagar qué conductas constituyen el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, lo que en gran medida exige un esfuerzo por comprender los perfiles del bien jurídico protegido por cada derecho fundamental. Por lo tanto, se trata de una labor en la que la prudencia y la razón práctica desempeñan un papel crucial.

La delimitación del contenido de un derecho fundamental es una tarea necesaria para determinar si una conducta concreta puede considerarse un ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Pero para resolver esta cuestión de forma definitiva resulta imprescindible atender a las circunstancias o al contexto en que se ejerce el derecho fundamental. Por lo tanto, coincido con Prieto Sanchís en que el momento aplicativo tiene una posición relevante para poder pronunciarse respecto a la existencia de antinomias o conflictos. Así, por ejemplo, utilizar ciertas prendas propias de una religión en un acto de culto puede considerarse un ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa; pero podría no suceder lo mismo si esas prendas –altamente inflamables– pretendieran usarse en un laboratorio químico. Pues bien, ¿en este último supuesto, o en supuestos análogos, se está restringiendo el ejercicio de un derecho fundamental? Para responder con propiedad es necesario explicar la diferencia existente entre lo que constituye un verdadero «conflicto» y lo que denomino «desajuste».

⁷³ Sobre el particular, cfr. TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, cit., pp. 95-103; ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: *La garantía del contenido esencial...*, cit., pp. 63-73; Pedro SERNA, «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos...», cit., pp. 225 y ss.

4.2 La diferencia entre «conflictos» y «desajustes» entre derechos fundamentales

En anteriores epígrafes se ha señalado que el respeto y el fomento de los derechos fundamentales posibilita el libre desarrollo de la personalidad. Este es uno de los motivos que hace de los derechos fundamentales una institución básica de la sociedad⁷⁴. Cada derecho fundamental protege un bien jurídico común a todas las personas, de manera que los derechos fundamentales se pueden considerar como un conjunto de bienes coordinados entre sí al servicio de cada uno de los ciudadanos.

Dejando al margen la problemática filosófica en torno a la fundamentación de estos derechos, los bienes protegidos por los derechos fundamentales, como señala Serna, «no derivan directa y materialmente de la dignidad, sino de otro constitutivo de la persona humana como es su naturaleza, su modo de ser específico. Además, esa derivación no se verifica en abstracto, sino a partir de circunstancias histórico-vitales particulares»⁷⁵. En efecto, sólo desde la vinculación a la naturaleza humana, y a esas circunstancias histórico-vitales a las que se refiere Serna, se puede comprender por qué, por ejemplo, el derecho a la libertad ideológica o el derecho de huelga constituyen un bien, y cuáles pueden ser sus perfiles.

Si se atiende al ejercicio de muchos derechos fundamentales, se observa que a partir del bien jurídico protegido por un derecho fundamental la actuación humana es enormemente plástica, debido a las diferentes formas que tienen los seres humanos de «estar» en el mundo, a sus diferentes valores, en definitiva, a sus diferentes proyectos vitales. De este modo, por ejemplo, a partir del bien jurídico protegido por el derecho a la libertad religiosa pueden realizarse prácticas que responden a valores religiosos muy diversos. Es precisamente esta diversidad de valores lo que nos sitúa ante sociedades pluralistas, en mayor o menor medida, según el grado de valores que se compartan.

Es evidente que cuando varias personas se relacionan entre sí sosteniendo que su conducta constituye el ejercicio legítimo de un derecho fundamental pueden producirse situaciones que cabría calificar *prima facie* de conflictivas, debido en buena medida a los diferentes valores en los que

⁷⁴ Cfr. STC 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5.º

⁷⁵ PEDRO SERNA BERMÚDEZ: «La dignidad de la persona como principio del Derecho Público», en *Derechos y Libertades*, 4, 1995, p. 305.

cada una de ellas se inspira al ejercer su derecho. Existiría un verdadero conflicto de derechos si ninguna de dichas pretensiones pudiera satisfacerse sin vulnerar el derecho fundamental de la otra parte.

Podría decirse que desde la perspectiva conflictivista se incide especialmente en lo que diferencia a las partes. Pero conviene, también, centrarse en el nexo de unión que permanece vigente entre ellas, y que se basa en la dimensión social del ser humano. Como afirma Ollero, «Los derechos humanos son plenamente «jurídicos», en la medida en que a ninguno de ellos se le reconoce como *pretensión* incondicionada. Cuando afirmo que *tengo derecho* a algo, no me limito a expresar que lo *quiero*; afirmo que el disfrute de ese algo respeta mi nexo existencial con los otros, que no lo destruye sino que me permite ajustar mi conducta con la de ellos»⁷⁶. En efecto, la dimensión social del ser humano exige respetar el nexo existencial que nos une a los otros, y ello significa, por lo que respecta a los «conflictos» de derechos fundamentales, que hay algo en lo que convergen las posiciones enfrentadas: ninguna de ellas, en tanto se presentan como el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, se considera a sí misma incompatible con un contexto vital respetuoso con la Constitución, que se convierte así en el nexo existencial que liga a ambas partes.

Por lo tanto, más que reclamar el «el triunfo de uno de los principios en pugna»⁷⁷, que es lo propio del «conflicto», debe valorarse en qué medida el ejercicio de un derecho fundamental resulta compatible con las exigencias objetivas que surgen del contexto vital en que pretende ejercerse, el cual, por otra parte, debe ser compatible con la Constitución, lo que nos sitúa en el terreno de lo que denomino «desajuste».

4.3 La *Drittwirkung*: un problema de «desajustes» entre personas y cosas

No toda relación entre particulares en la que se discute la lesión de un derecho fundamental resulta adecuada para comprender la dificultad que entraña la *Drittwirkung*. Cuando un periodista difama al presidente de un

⁷⁶ ANDRÉS OLLERO TASSARA: *¿Tiene razón el derecho?*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, pp. 401-402. En el carácter coexistencial del Derecho ha insistido especialmente SERGIO COTTA, *El Derecho en la existencia humana*, traducción de Ismael Peidró Pastor, Pamplona, Eunsa, pp. 154 y ss.

⁷⁷ LUIS PRIETO SANCHÍS: «Observaciones sobre las antinomias...», cit., p. 494.

equipo de fútbol no se discute que éste sea titular del derecho al honor, y que en virtud de tal derecho pueda demandar al periodista. Por el contrario, parece mucho más dudoso que el derecho a la libre expresión pueda ejercerse plenamente en el ejército, o que este mismo derecho ampare las duras críticas de un trabajador al empresario con quien mantiene un vínculo laboral. En estos últimos casos se observa claramente que el ejercicio de un derecho fundamental se desarrolla en el marco de una institución que responde a unas reglas de funcionamiento que, en ocasiones, no parecen fácilmente conciliables con el ejercicio de ciertos derechos fundamentales. Estos ejemplos muestran que el problema de la *Drittwirkung* surge por la convergencia de factores reales y personales en el marco de una relación jurídica. Como señala Carpintero, «en la vida real no nos relacionamos unos con otros directamente, en tanto que individuos independientes y libres; al contrario, entre uno y otro hombre se interpone una *situación vital concreta* en virtud de la cual unas personas quedan sometidas a otras»⁷⁸. Por lo tanto, ¿cabría preguntarse qué hay de particular en afirmar que en la *Drittwirkung* convergen factores reales y personales? En mi opinión, el verdadero interés del problema de la *Drittwirkung* es que exige recuperar para los derechos fundamentales el contacto, por así decirlo, con los factores reales del Derecho, dado que a lo largo de su historia los derechos fundamentales han estado ligados completamente al individuo, es decir, al factor personal del Derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, la solución de la *Drittwirkung* pasa por ajustar adecuadamente, a la luz del caso concreto, el ejercicio de los derechos fundamentales con las reglas de funcionamiento propias de la institución o situación vital en la que éstos pretenden ejercerse. Lograr este objetivo requiere delimitar adecuadamente el derecho fundamental para comprender qué conductas *prima facie* se encuentran bajo su protección, y, al mismo tiempo, examinar la institución en la que pretende ejercerse el derecho fundamental para comprender también su funcionamiento y los fines a que obedece. Para ilustrar mejor esta idea me serviré de un caso concreto: la STC 19/1985, de 13 de febrero (Caso *Vila v. Industrias Dyk*).

La STC 19/1985 tiene su origen en la relación laboral que desde el 20 de septiembre de 1971 venía manteniendo la Sra. Vila, que trabajaba como estampadora especializada, con la empresa Industrias Dyk. Según los Antecedentes de la Sentencia, el 4 de septiembre de 1982 la Sra. Vila se convir-

⁷⁸ FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ: «El Derecho Penal en la definición del derecho», en *Persona y Derecho*, Pamplona, 40 (1999), p. 307.

tió a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, cuya doctrina prescribe la inactividad laboral desde la puesta del sol del viernes a la del sábado. Esta circunstancia supuso que las condiciones laborales que voluntariamente había aceptado, y cumplido hasta la fecha, se convirtieran en un obstáculo para la práctica de su nueva religión, dado que dichas condiciones establecían el domingo como día de descanso. La Sra. Vila solicitó a la empresa un cambio de turno o una ausencia con pérdida de salario; pero, ante la negativa de ésta, optó por abandonar su puesto de trabajo los sábados, siendo finalmente despedida.

Agotada la vía jurisdiccional ordinaria sin éxito, la Sra. Vila recurrió en amparo al Tribunal Constitucional, alegando que se había vulnerado su derecho a la libertad religiosa. En apoyo de su pretensión esgrimió, entre otras razones, que el derecho a la libertad religiosa posibilita el cambio de adscripción religiosa y la práctica del culto de la religión elegida.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de la Sra. Vila mediante la siguiente argumentación: «[A]unque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas» (Fundamento Jurídico 1.º).

El Tribunal Constitucional consideró que acceder a la petición de la Sra. Vila habría distorsionado gravemente los principios que regían la relación laboral que venía manteniendo con la empresa. Sin embargo, no se observa ningún razonamiento, salvo el hecho de considerar que su petición suponía una modificación en las obligaciones contractuales, que explique en qué radicaba dicha distorsión.

El derecho a la libertad religiosa garantiza no sólo la adhesión libre e interna a una religión, sino también la posibilidad de vivir de acuerdo con ella. Por consiguiente, parece claro que en tanto la Sra. Vila podía acreditar que pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, cuya doctrina prescribe que se descansa en sábado, su petición *prima facie* se amparaba en el derecho a la libertad religiosa. Por otra parte, hubiera sido necesario examinar las peculiaridades de la relación laboral prestando especial atención al desarrollo del proceso productivo y a la función que en él desempeñaba la

Sra. Vila. Teniendo esto presente, creo que el Tribunal Constitucional debía haber centrado su análisis en valorar si los fines de la empresa y el desarrollo de la actividad productiva resultaban menoscabados en caso de acceder a la petición de la trabajadora. De lo contrario, la negativa de la empresa podría constituir una vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa de la Sra. Vila. Sin embargo, no se observa en la Sentencia tal razonamiento, pues el Tribunal Constitucional parte de la premisa de que las pretensiones son incompatibles, y, a partir de ahí, enjuicia cuál de ellas debía prevalecer. Con otras palabras, se parte del «conflicto» y no del «desajuste».

Al explicar el concepto de «desajuste», señalé que quien estima estar ejerciendo legítimamente un derecho fundamental considerará que su pretensión es compatible con un contexto vital respetuoso con la Constitución. Esto supone, por lo que respecta al caso *Vila v. Industrias Dyk*, que, puesto que la libertad de empresa está reconocida por la Constitución en su artículo 38 CE, si tras haber analizado la petición de la Sra. Vila se hubiera llegado a la conclusión de que ésta no podía ser satisfecha sin menoscabo del correcto desarrollo del proceso productivo, no se estaría restringiendo el derecho a la libertad religiosa de la Sra. Vila en caso de que la empresa no accediera a su petición.

Ahora bien, lo cierto es que pueden existir instituciones constitucionalmente legítimas que respondan o se organicen de acuerdo con valores propios de una mayoría social que pueden no ser compartidos por ciertas minorías, a quienes, no obstante, se les reconoce, como al resto de los ciudadanos, sus derechos fundamentales. O, simplemente, sin que se presente un conflicto de valores, puede que el logro de los fines propios de una determinada institución imposibilite el ejercicio de un derecho fundamental que en otras circunstancias sí sería legítimo. Desde el punto de vista del individuo que pretende ejercer su derecho fundamental y que, sin embargo, no le es posible, dicha situación puede ser percibida como una clara restricción de su derecho. Es lógico imaginar, por ejemplo, que la Sra. Vila, al no ver satisfecha su petición de descansar los sábados, pensara que el derecho a la libertad religiosa, pese a estar proclamado en la Constitución, constituía en su caso una mera declaración retórica.

Sin embargo, creo que esta situación merece una lectura diferente. La dimensión social del ser humano es incompatible con una concepción que vea en los derechos fundamentales un instrumento para construir un mundo a nuestra imagen y semejanza, sin respetar los condicionantes propios del

contexto vital en que se desarrolla nuestra existencia junto a los otros ⁷⁹. Ello, por otro lado, resultaría incompatible con la dimensión institucional de los derechos fundamentales, por cuanto concebidos así difícilmente podrían ser un factor de orden. Pero, además, cabría añadir que no es la imposibilidad de ejercer el derecho fundamental lo que supone su restricción, sino el hecho de que no sea tenido en cuenta a la hora de examinar la posibilidad de organizar la institución o situación vital entre particulares de manera que pueda compatibilizarse con el ejercicio del derecho fundamental. En efecto, los derechos fundamentales se ejercen en un determinado contexto vital, pero, a su vez, contribuyen a configurarlo. Esta idea significa lo siguiente: Al amparo de un derecho fundamental no se puede pretender desdibujar una institución o una relación entre particulares que merece protección constitucional. Pero, al mismo tiempo, la posición central que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, y su «efecto irradiación» a todos los ámbitos de la realidad jurídica, exige que se haga lo posible por compatibilizar la permanencia de la institución o de la relación entre particulares –sin menoscabo del fin al que responden– con el ejercicio de los derechos fundamentales. En definitiva, podría decirse que quien *prima facie* está ejerciendo legítimamente un derecho fundamental tiene derecho a exigir que los factores reales que contextualizan su ejercicio, sin perder los rasgos que los definen y les permiten alcanzar sus fines, se modifiquen para acoger su peculiar forma de «estar» en el mundo. Si ese esfuerzo se realiza y, aún así, no es posible el ajuste, se estará ante la imposibilidad fáctica de ejercer un derecho fundamental, y no ante su restricción, en cuyo caso más que de un conflicto de derechos, cabría hablar de un conflicto «de hecho».

La solución pasa, pues, por ese «ajustamiento» entre los condicionantes propios del contexto en el que se ejercen los derechos fundamentales y la exigencia de que éstos sean respetados. Aquí se muestra intensamente la dialéctica que existe, por decirlo con Kaufmann, entre norma y situación de vida, entre el «ser» y el «deber ser» ⁸⁰. Por ejemplo, si en el caso *Vila v.*

⁷⁹ En este sentido, FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ: *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 221, ha llegado a afirmar que «[U]na vez que todos vivimos en una misma realidad –nos guste o no, la apoyemos o luchemos para modificarla– la única actitud solidaria con la sociedad, es decir, con los demás, es la de actuar según lo que requieren las situaciones en las que efectivamente nos movemos».

⁸⁰ Este autor insistió reiteradamente a lo largo de su vida en que la actividad jurídica esencialmente consiste en ajustar situación de vida y norma, «ser» y «deber ser». A este respecto,

Industrias Dyk se hubiera examinado la posibilidad de conciliar la petición de la trabajadora con las exigencias objetivas del proceso productivo, y se hubiera llegado a la conclusión de que ello no es posible, nadie estaría restringiendo el derecho de la trabajadora, pues es una circunstancia fáctica objetiva la que impide tal ejercicio. Y a ello habría que añadir que si en esas circunstancias la trabajadora se mantiene firme en abandonar los sábados su puesto de trabajo, dicha acción no constituiría un ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa, y las medidas disciplinarias que adoptara el empresario no vulnerarían ningún derecho fundamental⁸¹.

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta la argumentación que se ha seguido, daré un paso más y propondré tres directrices a seguir en los casos en que se plantee un problema derivado del ejercicio de los derechos fundamentales frente a terceros:

1.ª Directriz: Si el objetivo es conciliar el ejercicio de un derecho fundamental en el seno de una institución o situación vital, lo primero que el intérprete debe hacer es examinar dicha institución, comprender su funcionamiento y los fines a que obedece, al objeto de dilucidar si no es contraria a la Constitución.

2.ª Directriz: El intérprete debe delimitar el contenido del derecho fundamental que se presenta en el caso concreto, para lo cual tendrá en cuenta el texto del precepto constitucional en el que se reconoce el derecho

cfr. ARTHUR KAUFMANN: *Analogía y «naturaleza de la cosa»*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 81-90.

⁸¹ En otras sentencias, el TC ha declarado, por lo que respecta al ámbito laboral, que aquí se «genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» (STC 20/2002, fundamento jurídico 4.º En el mismo sentido, entre otras, cfr. SSTC 106/1996, de 12 de junio, fundamento jurídico 5.º; 1/1998, de 12 de enero, fundamento jurídico 3.º; 90/1999, de 26 de mayo, fundamento jurídico 3.º, y 241/1999, de 20 de diciembre, fundamento jurídico 4.º). Asimismo, ha señalado que la «modulación» que los derechos fundamentales padecen en el marco de un contrato de trabajo «ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin» (STC 20/2002, fundamento jurídico 5.º). A tenor de estos pronunciamientos, puede parecer que el TC no está tan lejos de lo que vengo sosteniendo, pero, en realidad, son muchos los problemas que el TC todavía debe resolver, pues cabe preguntarse si dicha «modulación» es vista como una restricción o, más bien, como lo que he denominado «desajuste». Por otra parte, considero que es especialmente importante que el TC precise según qué criterios debe efectuarse esa «modulación» que deberían sufrir los derechos fundamentales, pues existe una gran diferencia entre estar condicionado por las exigencias objetivas que surgen del contexto en el que se ejerce un derecho, o por los «legítimos intereses empresariales».

fundamental, el resto de los preceptos constitucionales, y, especialmente, las peculiares características del bien jurídico protegido por el derecho en cuestión. Esta última tarea consiste en lo que Serna y Toller denominan pensar los derechos desde su contenido esencial ⁸².

3.ª Directriz: El haber completado las tareas desarrolladas con anterioridad permitirá al intérprete alcanzar una visión más clara de la situación, a partir de la cual tratará de conciliar el normal funcionamiento de la institución con el ejercicio del derecho fundamental.

Por último, trataré de responder a algunas objeciones que se le podrían plantear a la solución propuesta.

a) En primer lugar, puede dar la impresión de que esta solución está dirigida a los poderes públicos que deben afrontar los problemas que suscita el ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Es sabido que en virtud del artículo 53.1 CE los poderes públicos se hallan vinculados a los derechos fundamentales, y, por consiguiente, pesa sobre ellos el deber de protegerlos, así como de crear las condiciones favorables para su ejercicio. Sin embargo, los ciudadanos no se hallan «vinculados» a los derechos fundamentales, sino sólo «sujetos» ⁸³. Por lo tanto, cabría preguntarse si el esfuerzo por hacer compatible el ejercicio de un derecho fundamental en el marco de una relación entre particulares se extiende también a los ciudadanos, y en qué medida ello es así. Por ejemplo, ¿debió Industrias Dyk, al conocer la petición de la Sra. Vila, estudiar la posibilidad de reestructurar su funcionamiento para satisfacer dicha petición?

En anteriores epígrafes se hizo referencia a que la «sujeción» significaba una obligación de respetar los preceptos constitucionales. Quizá la arraigada visión de los derechos fundamentales como esferas de libertad individual lleve a pensar que sólo es posible lesionar un derecho fundamen-

⁸² cfr. PEDRO SERNA: «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos...», cit., pp. 225-226; FERNANDO M. TOLLER: «Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales», en *Anuario de Derecho*, núm. 4, 1998, Buenos Aires, Universidad Austral, pp. 234-238. Cfr. también ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE: *La garantía del contenido esencial...*, cit., pp. 63-73.

⁸³ El Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 101/1983, de 18 de noviembre, que la sujeción prevista en el artículo 9.1 CE «se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, [...] los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución» (fundamento jurídico 4.º).

tal a través de una «acción». Sin embargo, si la *Drittwirkung* representa una situación compleja en la que convergen factores reales y personales, ¿no es posible pensar que en determinadas circunstancias una «omisión» puede suponer la lesión de un derecho fundamental? Con ello se está planteando si no pueden existir ocasiones en las que el respeto de un derecho fundamental pase por favorecer su ejercicio, sin que esta actitud pueda confundirse con la vinculación a los derechos fundamentales que pesa sobre los poderes públicos. En el caso *Vila vs. Industrias Dyk*, la conversión de la Sra. Vila a la Iglesia Adventista suponía una modificación en las circunstancias de su relación laboral, concretamente había habido un cambio en uno de los factores personales de la relación jurídica. Pues bien, en mi opinión, exigir de Industrias Dyk, o de cualquier otro particular que se halle en una situación análoga, que examine si puede modificar, sin perjuicio propio, las condiciones en las que se desarrolla la actividad productiva con el fin de hacer posible el ejercicio del derecho fundamental de la Sra. Vila, no debe interpretarse como la creación de unas condiciones que favorezcan el ejercicio de un derecho fundamental. Esto sucedería, por ejemplo, si Industrias Dyk, con anterioridad a la conversión de la Sra. Vila, hubiera dispuesto de un programa de recursos humanos tendente a compatibilizar el cumplimiento de los deberes religiosos con la vida laboral. Este tipo de medidas van más allá de una mera sujeción a los derechos fundamentales, y no cabe duda que no pueden ser exigibles a un particular. Sin embargo, exigir a Industrias Dyk que analizara si podía modificar las condiciones de la actividad productiva en beneficio de la Sra. Vila podría encontrar justificación en el principio de que quien pudiendo evitar un daño a otro no lo evita, se hace responsable del mismo⁸⁴.

Pero aquí surge una dificultad, pues no se trata sólo de reprobar la mala voluntad de quien no obra para evitar un daño, sino que también está presente un problema relacionado con la capacidad de juicio, ya que para evitar un daño hay que ser consciente de que está al alcance de uno evitarlo. En una relación entre particulares en la que, en muchas ocasiones, las partes pretenderán satisfacer su propio interés, puede no resultar razonable exigir a una de ellas la empatía necesaria para comprender que el bien del

⁸⁴ Obviamente, se podría plantear cómo es posible que se genere una responsabilidad extracontractual hacia la empresa a partir de una conducta —la de la Sra. Vila— que, en principio, podría ser vista como un incumplimiento de las obligaciones contractuales. Lógicamente, el planteamiento que estoy realizando exige responder también a esta objeción, cuestión en la que me detendré posteriormente.

otro y el de uno mismo pueden alcanzarse de manera distinta, aunque perfectamente compatible. Por lo tanto, considero que la única aproximación realista a este problema consiste en atender a los casos concretos y examinar si quien no actuó podía comprender claramente que mediante una modificación en las condiciones de la relación jurídica, sin perjuicio para él, podía permitir el ejercicio de un derecho fundamental de la otra parte.

b) En segundo lugar, a la solución propuesta podría objetársele que no respeta el principio de autonomía de la voluntad, dado que para permitir el ejercicio de un derecho fundamental por una de las partes se permitiría modificar el contenido de la relación jurídica, incluso sin el consentimiento de la otra parte. Precisamente a esta cuestión aludía el Tribunal Constitucional en el caso *Vila vs. Industrias Dyk*, al afirmar que «aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas». Aunque parece que este texto se opone a lo que vengo manteniendo, en realidad, lo confirma.

Por una parte, ratifica una posición defendida en este trabajo: una estipulación contraria a los derechos fundamentales puede considerarse nula por ser contraria al orden público. Por otra parte, el Tribunal Constitucional acierta cuando señala que la invocación a los derechos fundamentales no puede imponer a la otra parte «las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas». En efecto, la mera referencia a un derecho fundamental no es motivo suficiente para modificar una relación contractual. Como he señalado, es necesario comprobar que la conducta en cuestión puede considerarse *prima facie* el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, y, pese a ello, la relación contractual no admite cualquier modificación contractual, sino sólo aquella que, para posibilitar el ejercicio del derecho fundamental, no menoscabe o desvirtúe la finalidad a la que responde la relación contractual o la institución en cuestión.

No obstante, hay que reconocer que en la medida en que se está diciendo que el respeto a la autonomía de la voluntad puede verse modulado cuando están en juego derechos fundamentales, se está incidiendo sobre principios básicos del Derecho Privado. Ahora bien, creo que esto incluso

puede ser valorado positivamente si se elimina la creencia de que el Derecho contractual es el reducto absoluto de la libertad jurídica⁸⁵. En efecto, el principio de autonomía de la voluntad supone una disposición general que indica el origen de la relación jurídica y el modo en que debe desarrollarse la libertad contractual, y, si bien este principio es importante, no menos importante es el artículo 1.261 del Código Civil, que establece que un contrato es válido si existe consentimiento, objeto y causa. La unión de voluntades que supone un contrato se caracteriza esencialmente por la búsqueda común de un bien. Dicho bien, y no la autonomía de la voluntad *per se*, es el elemento central del contrato. Por esta razón, la modificación contractual que puede derivarse del *efecto irradiación* de los derechos fundamentales en el ámbito privado, no lesiona ningún bien jurídico cuando ambas partes pueden seguir alcanzando el fin que contractualmente se propusieron alcanzar. En este sentido, conviene recordar la posición de Ihering quien, después de afirmar que el contrato es la armonía de la voluntad de dos personas, señala: «Pero para nosotros, que en toda esta investigación no tenemos en vista la voluntad como tal, sino el factor determinante de la misma, el fin, el asunto adquiere otra forma y, según creo, más instructiva. Si la finalidad determina la voluntad, así contiene la circunstancia que la voluntad de dos o más personas coinciden en el mismo punto (*convenire, conventio*), la prueba de que sus fines o intereses se encuentran en ese punto, que la acción en perspectiva para el futuro, sea de una de las partes o de ambas, es adecuada para alcanzar esa finalidad coincidente»⁸⁶.

c) Por último, podría pensarse que la solución propuesta no es ninguna solución, por cuanto decidir en qué medida puede modificarse una situación de vida para dar cabida al ejercicio de un derecho fundamental depende de juicios de valor que, en última instancia, no son objeto de discusión racional. Dar completa respuesta a esta objeción no es posible en este trabajo, pero no cabe duda que el planteamiento expuesto reivindica una razón práctica que, como destaca Montoro «procede de modo sintético

⁸⁵ Como señala FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ: *Una introducción a la ciencia...*, cit., «[e]l hombre es libre, por tanto, para determinarse a vivir en una situación determinada, pero las normas que regulan su actividad en tales situaciones le vienen impuestas con independencia de su asentimiento a ellas. Aunque en muchos contratos cabe la posibilidad de que las partes creen ellas mismas las normas que han de regular la situación futura, aun en estos casos existen muchas normas que pertenecen al derecho de los contratos, de origen legal, doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial, que no son creadas por las partes contratantes, y que les afectan igualmente» (cita textual en p. 191).

⁸⁶ RUDOLF VON IHERING: *El fin en el Derecho*, traducción de Diego Abad de Santillán y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2000, pp. 51-52.



y compositivo (*modum compositivum*), construyendo, en función de cada circunstancia concreta, la norma próxima de acción»⁸⁷. Esto supone, entre otras cosas, confiar en la capacidad de la inteligencia humana para descubrir la solución más justa en cada caso, pues «toda actividad jurídica consiste en la búsqueda de la justicia objetiva en un caso concreto»⁸⁸. De este modo, a partir de una reflexión predominantemente teleológica habrá que ser capaz de comprender la mutua interacción entre norma (el derecho fundamental en este caso) y contexto vital. Evidentemente, en este terreno no es realista pretender alcanzar una certeza absoluta, sino tan solo ofrecer razones sólidas que apoyen la solución de un caso desde la comprensión lograda.



⁸⁷ ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: «Naturaleza, razón, derecho», en *Persona y Derecho*, Pamplona, 29 (1993), p. 200.

⁸⁸ ANDRÉS OLLERO TASSARA: *¿Tiene razón el derecho?*, cit., p. 413.