

# La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)

PEDRO DE VEGA GARCÍA\*

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
- II. LA CRISIS DE LA CONSTITUCIÓN CLÁSICA
- III. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA LLAMADA *DRITTWIRKUNG* INDIRECTA
- IV. LA EFICACIA INMEDIATA (*UNMITTELBARE DRITTWIRKUNG*)
- V. LIMITACIONES Y DEBILIDADES DE LA DOCTRINA DE LA *DRITTWIRKUNG*

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actualidad, el Derecho Constitucional se enfrenta a una singular paradoja. Si bien nadie puede poner en duda sus esfuerzos teóricos para construir una nueva dogmática del derecho público (capaz de dar traducción efectiva a lo que Cappeletti llamara la «*giurisdizionne costituzionale della liberta*»), ni el abigarrado despliegue de instituciones y mecanismos protectores de los derechos fundamentales en los que cimenta su estructura la moderna democracia constitucional, ocurre, sin embargo, que esos generosos esfuerzos teóricos y ese admirable sistema de garantías, establecido y generalizado en la mayoría de las Constituciones del mundo, no siempre se han visto coronados por el éxito. Si desde el punto de vista

---

\* *Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, España.*

teórico se hace difícil sostener con honradez intelectual que la dogmática de los derechos fundamentales haya obtenido su plena consolidación doctrinal, desde el punto de vista práctico, la realidad nos muestra con inexorable tozudez cómo, incluso en las democracias más consolidadas, el aparatoso desarrollo constitucional de instituciones de salvaguarda de la libertad termina siendo, en múltiples ocasiones, un gótico y complicado monumento al servicio de la retórica, de la inanidad o de la impotencia en lugar de el bastión efectivo y protector de las sociedades de hombres libres.

Testimonio fehaciente de esa impotencia y del distanciamiento cada vez más palpable entre la realidad jurídico-normativa y la realidad política y social es el *recurso constitucional de amparo* que, sobre las huellas marcadas por el gran jurista mejicano Mariano Otero, estableció la Constitución española de 1978. No es mi intención hablar pormenorizadamente del recurso de amparo al que, con razón, se ha calificado como definitivo baluarte protector de los derechos fundamentales y como una de las máximas conquistas del Derecho Constitucional. Lo que me va a importar tan solo, y precisamente por su condición de pieza medular de todo el sistema de garantías, es tomar como referencia algunos aspectos de la regulación del amparo en el ordenamiento constitucional español, en los cuales se pone claramente de manifiesto las ambigüedades y limitaciones que recorren toda la teoría constitucional del presente.

Dado el proceso de mundialización de los estándares jurídicos, resulta obvio indicar que, de igual manera que los esquemas normativos de los textos constitucionales responden a similares criterios, los ámbitos de aplicación de las normas suelen suscitar también los mismos problemas. Lo que significa que, aunque mi punto de partida sea el del ordenamiento jurídico español, no es, sin embargo, en sus peculiaridades más características en las que fijaré la atención, sino que, a la inversa, me concentraré en las cuestiones y problemas que afectan, en general, al modelo teórico de la democracia constitucional y que también se reflejan y aparecen en el ordenamiento español.

Al margen de esta exposición quedarán, por tanto, las contradicciones y dificultades que, derivadas de evidentes desaciertos en la regulación del ejercicio del recurso de amparo en España, han conducido a excluir cicateramente de su protección derechos que, debiendo estar protegidos por él, no lo están; al tiempo que, en sentido contrario, han permitido que, desde abusivas interpretaciones de los artículos 14º y 24º de la Constitución española (en los que se consagra el principio de igualdad ante la ley y el derecho a la tutela judicial efectiva), quedasen

bajo su protección situaciones jurídicas que nada o muy poco tienen que ver con los derechos fundamentales. Sólo me limito a recordar esta circunstancia ahora para advertir cómo, con esa arbitraria ampliación del recurso de amparo, si por un lado se abría el portillo para convertir espuriamente al Tribunal Constitucional en un tribunal de supercasación (propiciando así la guerra *fra de due Corti* Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo), por otro lado se transformaba y desvirtuaba la verdadera naturaleza del recurso de amparo al permitir su utilización a los ciudadanos no como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales sino como un último resorte procesal al que podían recurrir viciosamente alegando, ante sentencias desfavorables a sus intereses y en procesos ajenos a todo tipo de derechos fundamentales, la lesión de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Con esto, la acumulación de recursos de amparo y el consiguiente retraso en la resolución de los mismos repercutiría negativamente en el prestigio de la institución hasta el punto de que no han faltado momentos en que los españoles hicimos nuestra, y por similares motivos, la calificación despectiva que en Alemania se dio al *recurso de queja* cuando se le proclamó «recurso de los desesperados».

En cualquier caso, y más allá de este tipo de consideraciones, lo que sí convendrá recordar es la doble limitación que, en consonancia con la mayoría de los demás ordenamientos, establece el ordenamiento jurídico español para el ejercicio de la acción procesal de amparo, y, conforme a la cual, ni todos los derechos recogidos en el texto constitucional entran en su órbita de actuación, ni el recurso puede ejercitarse contra actos que, aun conculcando derechos susceptibles de amparo, no procedan de la actuación de los poderes públicos. Respecto al primer supuesto, el art. 53º de la Constitución española establece que solo son accionables en amparo los derechos reconocidos en los artículos 14º a 29º. En relación con el segundo, y aunque la Constitución guarde silencio, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se encargaría de recordar en su art. 41.2 que «el Amparo sólo protege frente a las violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado».

Surgen de este modo, en el ordenamiento jurídico español, los dos patéticos interrogantes que dubitativamente planteados, y no menos proterea y confusamente resueltos por la teoría constitucional, representan el gran reto para el constitucionalismo del presente. Las preguntas que se suscitan y que necesariamente hay que comenzar por resolver son estas: ¿qué sentido tiene y cómo se explica que se protejan con el recurso

de amparo unos derechos y se releguen otros al olvido? y ¿cómo se justifica que los derechos acogidos al amparo sólo sean defendibles cuando su violación proceda de actos de los poderes públicos y no se pueda ejercitar esa defensa si la lesión de los mismos bienes jurídicos la realiza un particular?

La respuesta al primer interrogante no ha presentado, paradójicamente, demasiadas dificultades a quienes, situados en la lógica de la teoría clásica del *estado liberal de derecho*, asumen los postulados que tuvieron ya, en Kant, una formulación meritoria. «El estado civil —escribió Kant— como estado jurídico está fundado en los siguientes principios a priori: 1) La libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano. 2) La igualdad del mismo respecto a todos los demás como súbdito. 3) La independencia de todo miembro de una comunidad como ciudadano».

Sobre los mismos supuestos apriorísticos del estado jurídico kantiano, operaron también los constructores de la democracia constitucional moderna al consagrar como premisa, y punto de partida indiscutible de su formulación teórica, el reconocimiento de unos derechos en los que se concretaba, históricamente, la abstracta idea de libertad del estado de naturaleza, de la que hablaron los contractualistas del iusnaturalismo racionalista y que, en ningún caso, podía ser erosionada por el pacto social. Si en América fue el pastor John Wyse (*A Vindication of New England Churches*), el gran mentor de la Revolución en palabras de Adams, los primeros en percatarse de la necesidad de distinguir y separar conceptual y cronológicamente la *declaración de derechos*, el *pacto social* y el *acto constitucional*, en el proceso revolucionario francés serían, curiosamente, los diputados de la Convención (Valdruche, Romme, Isnard, etc.), quienes hicieran definitivamente suyo ese orden secuencial de los acontecimientos. Por ello, no es casual que, tanto en América como en Francia, antes de proceder a redactar una Constitución para establecer la organización del Estado y del poder, se procediera a consagrar en declaraciones solemnes los derechos en los que se concretaba la idea genérica de libertad natural, a la que el poder político no podía en ningún caso lastimar.

Se comprende de este modo que, al concebirse los derechos fundamentales como un a priori histórico y conceptual a la Constitución, se configuraran igualmente como un bloque de valores absolutos no susceptibles de limitación alguna. Sin embargo, la propia praxis histórica de la democracia constitucional demostraría la falsedad de esa presunción, y las correcciones a los planteamientos iniciales se harían inevita-

bles. No deja de ser significativa a este respecto la aprobación de la Primera Enmienda de la Constitución Americana. El mismo enriquecimiento histórico en número y en contenido de los derechos fundamentales, que generaría enfrentamientos y colisiones en el ejercicio de la libertad por parte de los ciudadanos, obligaría igualmente al establecimiento de mecanismos de regulación jurídica. Es entonces cuando, para resolver esos enfrentamientos, los derechos fundamentales se verían sometidos, a su vez, a un proceso de limitaciones que condicionarían su actuación a la estricta observancia de un doble principio de jerarquía y de especialidad (Leisner). Cada derecho tiene valor en la medida en que otro derecho jerárquicamente superior, o más especial, permite su existencia. Con ello, las viejas formulaciones de la concepción clásica de los derechos, perdidas en la abstracción y en el idealismo, dejaban de tener sentido. Ni los derechos fundamentales pueden considerarse como valores absolutos, ni puede procederse tampoco al tratamiento unitario y en bloque de los mismos. Cuando las Constituciones hablan actualmente de derechos y libertades, la expresión se refiere ya a entidades heterogéneas, no reducibles a un mismo orden conceptual, y, por lo tanto, susceptibles de consideraciones jurídicas diferentes.

Como muestra de esas diferencias, los alemanes elaboraron, en la época de Weimar, la categoría de garantía institucional (Schmitt) en contraposición con la idea de derecho constitucional. Más recientemente, Lavagna, en *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione Italiana*, distinguiría las siguientes figuras: a) situaciones jurídicas recomendadas, b) situaciones directamente garantizadas accionables y c) situaciones directamente garantizadas no accionables. Lo que menos importa es aducir ahora más testimonios doctrinales. Lo que interesa es, simplemente, dejar constancia de que, acogiéndose a esas distinciones, ha procedido sin mayores dificultades la Constitución española a reservar la protección de amparo a ciertos derechos, excluyendo a todos los demás.

No deja de ser sorprendente, sin embargo, que el proceso de fragmentación, limitación y jerarquización de los derechos se haya producido sin generar conmociones profundas en las formulaciones teóricas y en la práctica política del *estado de derecho*. Este fenómeno sólo se explica en la medida en que, como recordaba Forsthoff, el estado liberal de derecho ha podido seguir manteniendo el carácter absoluto e ilimitado de un núcleo de derechos (me refiero, claro es, a los derechos de libertad clásicos), respecto a los cuales la lógica de sus iniciales formulaciones teóricas permanece incólume. De este modo, aparecerá, en el constitucionalismo del presente y ocupando la cúspide de la pirámide je-

rárquica de los derechos, lo que los americanos llaman *derechos de posición preferente* (*preferred position*); los alemanes, *derechos intangibles*; y los españoles, *derechos inviolables e inherentes a la persona*. Es precisamente a estos derechos a los que la Constitución española otorga en el art. 53º, sin aparentes contradicciones, la protección del amparo. Pero ello es a costa del sacrificio definitivo de los derechos sociales no protegidos por el recurso y de la consiguiente conversión del *estado social* en un concepto perfectamente inútil según la clásica formulación de Giannini.

La confrontación entre el estado liberal de derecho y el estado social, subyacente y no resuelta en el primer interrogante antes formulado, tomará dimensiones más graves a la hora de intentar ofrecer una respuesta plausible a la segunda cuestión. Afirmar que el recurso de amparo sólo procede contra actos de autoridad implica dar por bueno el presupuesto de que las lesiones de los derechos fundamentales solo pueden ser motivadas por los poderes públicos. Para sostener y justificar esa ficción, el *estado liberal* recurrió a la separación entre la sociedad y el Estado, y, sobre ella, estableció su ordenamiento político y su organización jurídica del mundo.

No es necesario decir que esa organización jurídica pudo mantenerse sin traumas profundos hasta el momento en que, puestas en evidencia en la realidad política y social las contradicciones de las doctrinas fundamentadoras del binomio sociedad-Estado, toda la concepción liberal se vio sometida a un inexorable proceso de revisión crítica, en el que se abría camino al estado social. No es casual que fuera en los tiempos de la República de Weimar cuando Heller acuña el sintagma estado social al surgir los primeros atisbos de la llamada *Drittwirkung der Grundrechte*. Estos se originan en la comprensión de que, puesto que los derechos fundamentales pueden ser lesionados también por sujetos privados, debería corresponder al ordenamiento jurídico establecer su defensa no solo frente a los actos del poder público sino, también, frente a los actos lesivos de los particulares

No obstante, el constitucionalismo clásico supo ofrecer, en la tensión histórica entre el estado liberal y el estado social, una argumentación armónica y coherente, a la que el constitucionalismo del presente, balbuciente y temeroso en unas ocasiones, y perdido en metafísicos ensueños en otras, todavía no ha sabido responder debidamente. Es en esa atmósfera dubitativa y proteica en la que habrá que plantear y comprender la problemática de lo que los alemanes llamaron la *Drittwirkung der Grundrechte* y a la que nosotros designamos como la *eficacia horizontal* o la *eficacia frente a terceros* de los derechos fundamentales.

## 2. LA CRISIS DE LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL CLÁSICA

La concepción liberal de la separación radical entre la sociedad y el Estado tuvo como punto de partida la asignación de un estatuto jurídico diferente a cada uno de los términos del binomio, de forma que, como correlato de la Constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó, en el ámbito de lo privado, el Código Civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad. Asentada la legislación privada en la sacrosanta trilogía de la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de esos tres principios como se pensaba posible realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre sobre la tierra. Con razón, iusprivatistas notables (Thieme, Wieacker) han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el Código Civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado.

De este modo, la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales se planteó desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiéndose que era solo el poder estatal el que podía conculcarlos. Hablar desde esas perspectivas de un recurso de amparo frente a posibles lesiones de los derechos fundamentales producidas por los particulares, sujetos de derecho privado, no pasaría, por lo tanto, de constituir un fenomenal despropósito.

Ahora bien, aunque no haga al caso analizar detenidamente ahora cómo la coherente y armónica construcción en la que cimentó su estructura el edificio jurídico liberal fue patéticamente destrozada por la historia, no se puede ni se debe dejar de recordar que asistimos por doquier a la quiebra de los principios de generalidad de la ley y de igualdad ante la ley, al tiempo que se produce un deterioro inevitable y progresivo del axioma privatista de la autonomía de la voluntad.

Es en las sociedades actuales, a las que los sociólogos (Schmitter, Panich, Jessup, Winker, etc.) no dudan en calificar de corporatistas, donde la descomposición del individualismo social burgués está viviendo su ocaso definitivo (Jessup). Obligados los hombres, por un lado, a desarrollar su existencia en los ámbitos de las corporaciones y los grupos

que conforman el tejido social, y constreñidos, por otro, a aceptar la disciplina que esas corporaciones les imponen, la relación poder-libertad no podrá ya ser interpretada en los términos en que restrictivamente lo hacía el constitucionalismo clásico. La aparición en el seno de la sociedad corporatista de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su *dominium* con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina —como con acierto ha señalado Giorgio Lombardi— un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder-libertad.

Por otra parte, los espectaculares procesos de privatización de lo público y de publicización de lo privado, de los que la sociedad corporatista del presente se hace gestora y protagonista, si algo ponen de manifiesto, cuando se los contempla desde la óptica del jurista, es el hecho de que ni todo el derecho procede ya de la Constitución, ni —lo que es más grave todavía— el derecho emanado en consonancia con la normatividad constitucional es considerado como el más eficaz para resolver los problemas de la vida cotidiana. Si nos fijamos en el mundo laboral y sindical, constituye una evidencia incontestable, en la mayoría de los países, que las normas reguladoras de la disciplina sindical se producen al margen y, muchas veces, en contra de la legalidad estatal. Lo que no tendría mayor trascendencia, si no fuera porque esos sectores privados y jurídicamente autónomos se convierten en los verdaderos centros de referencia para los individuos aisladamente considerados.

Pretender, en estas circunstancias y recurriendo a los principios de generalidad de la ley, de igualdad ante la ley y de autonomía de la voluntad, establecer las condiciones para que los hombres realicen y garanticen su libertad en la tierra, cuando es la propia lógica de la sociedad corporatista la que se encarga por su cuenta de transformarlos en fórmulas inservibles, no pasaría de ser, como se ha dicho, la escenificación de una ficción fabulosa.

Por lo que al principio de generalidad de la ley hace referencia, cabe recordar que son los grupos y los intereses corporativos los que determinan, en múltiples ocasiones, que las normas, concebidas abstractamente según la utopía liberal como normas generales para todos los individuos, pasen a convertirse en normas *ad hoc*, de las que sus impulsores resultan luego sus más directos beneficiarios. «¿Qué tienen aún en común —se pregunta Bachof— con el concepto clásico de ley, por dar solo un par de ejemplos, las leyes de ayuda a la inversión o los preceptos sobre el fomento de la industria pesquera del arenque?». Con pleno fundamento ha podido escribir Bourdeau que la ley «ha dejado de ser la regla abstracta del comportamiento humano, para transformarse en me-

didada concreta, en acto de confirmación política y, a menudo, en puro convenio entre los mismos grupos de intereses privados».

Otro tanto puede sostenerse respecto al principio de igualdad formal ante la ley. En sociedades estructuradas en grupos, a los que los individuos se acogen voluntariamente, será el poder de esos grupos y corporaciones el que acabe siempre prevaleciendo sobre los ciudadanos aisladamente considerados. Las relaciones formales de igualdad entre los particulares se transforman entonces en relaciones de preeminencia en las que los grupos hacen valer su *dominium* en una doble perspectiva. Desde el punto de vista interno, el principio de igualdad ante la ley quedará definitivamente conculcado, en la medida en que las disposiciones sancionadoras establecidas por los grupos contra las conductas de los sujetos aislados que se insertan en ellos se harán inevitablemente prevalecer sobre la voluntad de la ley; desde el punto de vista de la actuación externa, la supremacía de unos grupos sobre otros y, en todo caso, sobre los individuos aisladamente considerados se traducirá en la imposición de condiciones en las que los más débiles deberán forzosamente aceptar. Piénsese, en este orden de ideas, en el sentido de las cláusulas exorbitantes de los contratos de adhesión. Seguir afirmando, en estas condiciones, la validez del principio de igualdad ante la ley no pasaría de ser la consagración de un sin sentido o de un sarcasmo.

Como consecuencia, precisamente, de la quiebra de los principios de la generalidad de la ley y de la igualdad ante la ley, el dogma de la autonomía de la voluntad, en el que asentó su grandeza toda la construcción del derecho privado del estado liberal, sufriría su conmoción más notable. Ante las situaciones de superioridad y preeminencia de unos sujetos sobre otros, que representan sin duda una de las características más significativas de la sociedad corporatista, difícilmente se puede seguir proclamando como dogma rector de las relaciones sociales la autonomía de la voluntad. Desde el momento en que comienzan a definirse y resolverse esas relaciones (tanto las contractuales como las extracontractuales) desde posiciones de supremacía y de poder, se establecerá la inevitable ruptura con los esquemas justificadores del dogma de la autonomía de la voluntad privada, cuyo fundamento último descansaba, precisamente, en el entendimiento de las relaciones entre particulares en términos de igualdad, paridad y simetría (Pugliatti, Ferri).

Condicionadas las sociedades modernas por la emergencia histórica de los múltiples poderes privados que operan en su seno, solo ficticiamente cabe seguir manteniendo la tesis de que su estatuto jurídico continúa siendo el mismo que el de la sociedad liberal clásica; máxime,

cuando esos poderes privados pasan no solo a ocupar un lugar relevante en el campo de las relaciones entre particulares, sino que además inciden en las decisiones políticas, asumiendo en muchas ocasiones con su actuación un carácter público evidente. Con acierto ha podido escribir Habermas que «la norma jurídica liberal, que era antes fundamento de la existencia burguesa, en la actual fase de estrecha independencia de todos los sectores de la sociedad, no solo impide llevar a cabo las realizaciones propias del estado social, sino que bajo su protección los intereses privados organizados consiguen, a la inversa, ejercer su influencia sobre los órganos del Estado y condicionar su actuación. El poder social es hoy *eo ipso* poder político».

En estas circunstancias, el problema de la libertad del individuo cambia radicalmente de sesgo. Con su habitual lucidez, Norberto Bobbio ha sabido captar perfectamente la cuestión de fondo: «No importa —escribe Bobbio— que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente. Por debajo de la “no-libertad”, como sujeción al poder del príncipe, hay una “no-libertad” más profunda [...] y más difícilmente extirpable: la “no-libertad” como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno. El problema actual de la libertad no puede restringirse ya al problema de la libertad del Estado y en el Estado, sino que afecta a la misma organización de la sociedad civil; afecta no al ciudadano en cuanto tal, esto es, al hombre público, sino al hombre entero en cuanto ser social. Lo que significa que, procediendo con una elemental coherencia, la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías no deberá reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de los mismos procedentes de la acción de los poderes públicos, sino que deberá tener en cuenta, también, las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares. Estos, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la libertad.

### **3. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA LLAMADA *DRITTWIRKUNG* INDIRECTA**

La situación de indefensión a la que se ve sometido el individuo en una sociedad dominada, controlada y dirigida por poderes privados hace que el planteamiento de los derechos y libertades no se conciba ya solo

en relación con el poder del Estado sino, además, en relación con ese conjunto de poderes privados capaces también de conculcarlos. Lo que supone un cambio radical en el entendimiento de la problemática constitucional.

Intentando solucionar el problema sin romper con los moldes del constitucionalismo liberal, no han faltado los autores que, en un ejercicio inútil de ocultamiento de la realidad, esgrimieron el argumento de que, tanto en su forja histórica como en su formulación doctrinal, los derechos fundamentales se entendieron siempre como derechos oponibles no solo a la acción del Estado sino, también, a las posibles actividades lesivas de los particulares. Esta es, por ejemplo, la tesis de Leisner (*Grundrechte und Privatrecht*), para quien los derechos fundamentales, históricamente, no se gestaron solo en la dialéctica Estado-individuo, sino que aparecieron básicamente en la confrontación privada con la idea de privilegio. Lo que significa que, desde su origen, tomaron una dimensión pública (en cuanto que marcaban ámbitos exentos a la acción del poder) y a la vez privada (en cuanto colisionaban frontalmente con la propia noción de privilegio).

Lo de menos es discutir ahora este tipo de interpretaciones. Baste con indicar, como demostró definitivamente Ruggiero, que los privilegios (contemplados desde la ausencia de la distinción feudal entre lo público y lo privado) no eran más que la manifestación económica y social de auténticos poderes políticos y jurídicos. Equiparar, por lo tanto, la tensión histórica entre derechos y privilegios con la que se produce en el presente entre poderes públicos y privados no es más que una banalidad o un anacronismo.

Más significativa, sin embargo, resulta la apelación realizada por el propio Leisner a la formulación doctrinal clásica de los derechos fundamentales, según la cual, en la medida en que se presentaban como derechos absolutos, aparecían, al mismo tiempo, como derechos oponibles no solo a la acción del Estado sino, también, a la de los particulares. La cuestión no reside, sin embargo, en la postulación teórica de un vaporoso reconocimiento de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales sino en el cómo organizar jurídicamente esa eficacia en un sistema incapaz de otorgar contenidos reales y efectivos al principio de la autonomía de la voluntad. Como consécuentemente se ha advertido (Schmitt, Forsthoff, Mangold), admitir la *Drittwirkung* sin renunciar a los esquemas desde los que el estado liberal montó su propia utopía jurídica constituía una operación intelectualmente contradictoria y políticamente imposible de trasladar a la realidad.

Es desde esa contradicción desde la que únicamente se puede explicar la ambigüedad manifiesta en la que incurren algunos planteamientos doctrinales de la *Drittwirkung der Grundrechte*. Por un lado, se entenderá que, al ser en el marco de la sociedad y no del Estado donde el hombre desarrolla su verdadera existencia, es, en ese mismo ámbito de la autonomía de la voluntad, donde únicamente cabe situar, con realismo, la problemática jurídica de los derechos fundamentales. Pero, por otro lado, para no alterar ni confundir los estatutos jurídicos de la sociedad y del Estado, tal y como los concibe el constitucionalismo clásico, se estimará que si los derechos fundamentales tienen una eficacia directa en relación con el poder público y en relación con las posibles violaciones producidas por los particulares, su eficacia tiene que aparecer mediatizada por la necesaria integración de los mismos en los actos normativos que regulan las relaciones privadas (Stein, Rivero, etc.). De esta suerte, por ejemplo, la eficacia de los derechos sindicales se actuará a través de la ley de convenios colectivos de trabajo; y la defensa del consumidor, a través de las leyes protectoras del consumo.

Se consagra así la llamada doctrina de la *Drittwirkung* mediata o indirecta (Dürig, Klein, etc.), apoyada en la equiparación arbitrada entre la autonomía de la voluntad privada y la realización social de la libertad. Lo que se traduce en el hecho de entender equivocadamente que la protección que la legislación ordinaria confiere al ejercicio de la autonomía de la voluntad sirve, también, como garantía y protección de los derechos fundamentales. Incluso, en los supuestos de vacíos y lagunas de esa legislación ordinaria, se llega a sostener que los derechos fundamentales no sufrirían por ello menoscabo alguno, pues siempre podrían hallar como marco normativo de referencia las llamadas cláusulas generales (buena fe, buenas costumbres, orden público, etc.), previstas en el Código Civil para preservar y garantizar el correcto ejercicio de la autonomía de la voluntad. La ausencia del debido desarrollo de los derechos fundamentales en la legislación ordinaria quedaría, de esta forma, perfectamente suplida con la inserción en las cláusulas generales del derecho privado de los contenidos esenciales de los propios derechos fundamentales.

Obvio es señalar que ni las cláusulas generales pueden convertirse tan fácilmente en un potencial y enigmático sistema de derechos sin trastocar su significado, ni tiene sentido plantear siquiera la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales a través de la actuación de la legislación ordinaria.

En relación con las cláusulas generales, baste recordar que se desvirtúa el sentido de las mismas al pensar que su contenido puede nutrirse con los derechos fundamentales, ya que no se trata de normas en blanco, susceptibles de remisión a otro tipo de normas o conceptos jurídicos, sino de principios que hacen referencia a supuestos y axiomas sociales incapaces de cristalizar en normas.

Por otro lado, carece de fundamento —y en definitiva no es más que un modo de eludir la cuestión— plantear la eficacia de los derechos fundamentales solo a través de la legislación ordinaria, en la medida en que el problema no es el del reconocimiento legal o de desarrollo legal de los derechos fundamentales sino el de la posibilidad existencial de actuarlos debidamente. Dicho con más claridad y contundencia, de lo que se trata es de discutir si la situación de oligopolio social de los grupos y poderes privados no determina que la autonomía de la voluntad quede reducida, en el plano real, a la autonomía de esos poderes privados, y la igualdad ante la ley se convierta en pura justificación y legitimación de las desigualdades de hecho.

Pensar que a través de la ley ordinaria se ejercita la libertad constitucional equivale a establecer a priori que la idea de libertad, de la que hablan los textos constitucionales, es la misma que está recogida en los códigos civiles y que otorga validez a los contratos privados. Sin embargo, esa equiparación es imposible: si la validez de un contrato es admisible desde la fórmula «*volenti non fit injuria*», difícilmente se podría admitir que, desde la óptica de los derechos fundamentales, se entienda como un ejercicio pleno de la libertad un contrato suscrito desde la situación de necesidad, de dominio y preeminencia que impone un poder privado.

Dado que la realidad social del estado constitucional no funciona desde la simetría y paridad en las relaciones privadas que exigiría la autonomía de la voluntad, y dado que, como es lógico, desde situaciones privadas de privilegio se pueden conculcar los derechos y libertades de quienes ocupan las posiciones más débiles, se ha abierto camino la tendencia, cada vez más generalizada en la doctrina y la jurisprudencia, a admitir la fórmula de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales.

#### **4. LA EFICACIA INMEDIATA (*UNMITTELBARE DRITTWIRKUNG*)**

Salvo casos singulares, no aparecen, en las Constituciones, normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a particulares

de los derechos fundamentales. Una excepción a esta regla general la constituye, en Europa, la Constitución portuguesa, cuyo art. 18.1 establece que «los preceptos relativos a los derechos y libertades son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas, y vinculan a estas». De un modo similar, ocurre en el ámbito latinoamericano con la explícita actitud de la Constitución colombiana y los planteamientos del constitucionalismo argentino, en el que la famosa sentencia de su Corte Suprema en el caso *Siri y Kot* se convirtió en un referente pionero de la *Drittwirkung* al afirmar que: «nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan del Estado solamente. Hay ahora una categoría de sujetos que solo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales».

Ante las escandalosas omisiones de los textos constitucionales, han tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia las que, respondiendo a elementales exigencias de la lógica jurídica y supliendo esos ominosos silencios, abrieran el camino al reconocimiento de la *Drittwirkung*. Reconocimiento tanto más obligado cuanto que el propio enriquecimiento numérico y de contenido de los derechos fundamentales ha determinado la aparición de derechos en cuyos ámbitos de actuación la intervención del Estado es limitada y cuyas lesiones provienen básicamente de la actuación de los particulares.

Es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho a una información veraz, recogido en el art. 20.1 de la Constitución Española, que vincula a cualquier medio de difusión y no solo a los de titularidad pública. Otro tanto cabría indicar en relación con los derechos sindicales —y en particular con el derecho de huelga, establecido en el art. 28º—, cuya efectividad opera frente a sujetos económicos privados. En el mismo sentido, cuando la Constitución española reconoce, en el art. 18.1, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, establece un derecho cuyas posibles lesiones hay que presuponerlas más en el ámbito de lo privado que en el ámbito de acción de los poderes públicos.

No se puede olvidar, tampoco, que existen derechos fundamentales cuyas posibles colisiones solo son pensables en las relaciones entre particulares. Piénsese en la libertad de cátedra, consagrada en el artículo 20.1.c de la Constitución española, y la libertad de creación de centros docentes, establecida en el artículo 27.6. Si conforme al artículo 20.1.c

el profesor puede exponer libremente su pensamiento, es claro que el ejercicio de esa libertad afectará, únicamente, a quien, en virtud del art. 27º, crea un centro de enseñanza y aspira a establecer, en él, su propio ideario.

Nada tiene de particular que, desde estas perspectivas y a pesar de la prohibición explícitamente establecida en el art. 41º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, haya sido el propio Tribunal el que se ha visto obligado a reconocer expresamente la eficacia horizontal de determinados derechos fundamentales en los *obiter dicta* de varias sentencias.

No es el momento de traer a colación los argumentos ofrecidos por el Tribunal Constitucional español en esas sentencias ni de exponer tampoco los artilugios y ejercicios de ingenio realizados por la doctrina española —Salas Hernández, Embid Irujo, Quadra Salcedo, Pabón de Acuña, Palomero López, Varela Díaz, Jiménez Blanco, etc.— para intentar compatibilizar la prohibición del artículo 41º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con el obligado reconocimiento de la *Dritt-wirkung*, impuesto por la naturaleza, el contenido y el alcance de ciertos derechos fundamentales.

Lo que importa tan solo es poner de manifiesto cómo el Tribunal Constitucional español se ha visto obligado a situarse en la misma lógica que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán en los casos Luth y Blinkfüer; la Corte Constitucional italiana en las Sentencias del 9 de julio de 1970 y del 26 de junio de 1979; y el mismo Tribunal Supremo de USA que, a propósito de la aplicación de las enmiendas XIV y XV, y del problema de la discriminación racial, consagró auténticos reconocimientos tácitos de la eficacia frente a particulares de los derechos políticos y civiles en los casos Smit frente a Allright de 1944 y Schelley frente a Kremer de 1948.

Si exigencias de la práctica jurídica condujeron a la jurisprudencia al reconocimiento de la *Dritt-wirkung*, no tiene que causar sorpresa que, respondiendo a razones de coherencia teórica y honradez intelectual, notables sectores de la doctrina (Nipperdey, Lombardi, Gomes Canotilho, etc.) se hayan pronunciado por la eficacia inmediata (*Unmittelbare Dritt-wirkung*) de los derechos fundamentales frente a los particulares. Su razonamiento no puede ser más contundente y más simple: si los derechos fundamentales se conciben como derechos públicos subjetivos, la única manera de salvar esa condición es la de reconocer su eficacia frente a todos, es decir, tanto frente a los poderes públicos como frente a los poderes privados.

Basta con esa proposición tan sencilla para poner en evidencia todas las argumentaciones de los defensores de la *Drittwirkung* mediata que, al considerar que los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares solo pueden hacerse efectivos a través de la actuación de la legislación, lo que en realidad procuran es su destrucción como derechos públicos subjetivos. Convertidos de esta forma en simples *derechos reflejos* del derecho objetivo y establecidos en la legislación ordinaria en la cual comienzan a regularse las condiciones de su efectividad y su ejercicio, los derechos fundamentales pasan a integrarse en esa variopinta fenomenología de lo que los italianos han llamado *Diritti affiebolitti* (entendidos como instancias intermedias entre los verdaderos derechos subjetivos y los intereses ocasionalmente protegidos).

Para evitar el singular espectáculo de esquizofrenia jurídica que implica el reconocer frente a los actos de los poderes públicos la efectividad de los derechos fundamentales, en razón de su condición de derechos públicos subjetivos, y privarlos de esa condición frente a las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares, transformándolos en meros derechos reflejos, las más elementales exigencias de la lógica jurídica llevan al reconocimiento de la eficacia inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*) de los derechos fundamentales frente a los particulares.

Ahora bien, la admisión de la *Drittwirkung* directa no deja de enervar sus riesgos y sus dificultades. Que las normas constitucionales puedan terminar suplantando en su aplicación a las normas del derecho privado supone, como han recordado, entre otros, Khol, Arnato y Scheuner, una erosión notable en el entendimiento del principio de autonomía de la voluntad, que sirvió de base cimentadora a todo el derecho privado y constitucional clásicos.

Conscientes de esa situación, los defensores de la *Drittwirkung* directa no han dudado en establecer ciertos condicionamientos a la hora de fijar los mecanismos de su ejercicio. Gomes Canotilho, por ejemplo, defiende una eficacia inmediata «con soluciones materiales diferenciadas», que se concreten en un esfuerzo de «concoidencia práctica», a fin de evitar que «la eficacia irradiadora de los derechos fundamentales llegue al punto de forzar la capitulación de los principios del orden civil». Por su parte, Lombardi considera que la eficacia inmediata no puede ser indiscriminada ni puede desplegarse indiferentemente sin exigir la concurrencia de condiciones especiales. En este sentido, dada la multiplicidad de bienes jurídicamente garantizados y su distinta intensidad, no basta con las previsiones abstractas del texto constitucional. Se hace ne-

cesaria la existencia de normas de conexión (*norme di collegamento*), que aseguren la accionabilidad de los derechos fundamentales frente a los poderes privados y en las que se precise, con claridad, su verdadero alcance y eficacia.

## 5. LIMITACIONES Y DEBILIDADES DE LA DOCTRINA DE LA *DRITTWIRKUNG*

Las aparentes vacilaciones de algunos defensores del reconocimiento de la *Drittwirkung* directa ponen de manifiesto la necesidad de recurrir, más allá de la lógica jurídica, a la vieja confrontación entre la sociedad y el Estado para poder otorgar una visión completa de la verdadera naturaleza de los problemas.

Como es sabido, en la contraposición entre la *civil society* y el Estado, el liberalismo clásico resolvió el problema de la sociedad civil desde la doctrina del *orden natural*, entendiéndolo como un orden inmanente al mundo del que la sociedad participa (*mito del gran reloj*) y que permite explicarla como una creación espontánea ajena a cualquier tipo de consideraciones políticas. En este contexto, se ha podido decir, y con razón, que los filósofos y economistas escoceses, con Ferguson a la cabeza (*An Essay on the History of Civil Society*), son implícitos negadores del pensamiento contractualista. La sociedad sería lo natural, mientras que el Estado, producto del contrato, representaría lo artificial.

De esta forma, aunque los escoceses no plantearan siquiera, como hizo años más tarde Hegel, las enormes consecuencias derivadas de la distinción entre la sociedad y el Estado, es evidente que la explicitación y concentración de la idea de sociedad civil en las actividades de producción y de cambio de bienes materiales, presididas por la mano invisible del mercado (Adam Smith, *The Wealth of Nations*), implicaba la revisión más profunda producida en la historia de las funciones de la política y del poder, tal y como se habían venido planteando desde los tiempos de Aristóteles. El poder soberano del Estado dejaba de ser el regulador del orden social y de la convivencia, que pasaban a entrar en la esfera de control del orden natural en el que mítica y milagrosamente se armonizaban las pasiones y los intereses de los hombres.

Convertido el Estado en un mero guardián del orden, en el gendarme nocturno del que hablara Lassalle, y situada la sociedad civil, y lógicamente con ella el principio de la autonomía de la voluntad, en el mismo marco de los derechos naturales —derechos que, en cualquier caso, el poder público debe respetar—, se establecía la presunción de que,

puesto que la sociedad es el reino del bien y de la libertad, las únicas agresiones a las que podía verse sometida eran las procedentes de la acción del Estado que, como había dicho el fisiócrata Dupont de Nemours, «representaba la fuente de todos los males del hombre sobre la tierra».

Ha sido la propia historia del estado liberal, como ya hemos indicado, la que se ha encargado de demostrar la falsedad de ese planteamiento de las relaciones sociedad-Estado. Ni las lesiones a los derechos fundamentales han derivado solamente de la acción estatal, ni la autonomía de la voluntad como principio jurídico rector de la vida social ha representado siempre el ámbito de la libertad y de la paz. De este hecho, se colige la tensión inevitable entre libertad y autonomía, despropósitos que se generan en su propio seno. Por el contrario, a la hora de denunciar los atentados a la libertad que esos despropósitos en múltiples ocasiones comportan, los individuos se hallan cada vez más indefensos. Lo que significa la proclamación en la práctica del triunfo y la prevalencia del derecho de autonomía sobre el derecho de libertad

Se comprenden de este modo, al margen del discurso jurídico, las implicaciones políticas e históricas subyacentes en las tesis de los defensores de la *Drittwirkung* directa. A fin de cuentas, su punto de partida descansa en la creencia de que la autonomía de la voluntad no puede interpretarse como un principio sacrosanto capaz de arrasar con todo el sistema de derechos y libertades. Pero se comprenden también sus limitaciones y debilidades, en la medida en que, encerrados en la lógica del razonamiento jurídico, olvidan los supuestos históricos y sociales en los que ese razonamiento opera.

Que dos constitucionalistas tan notables como Lombardi y Gomes Canotilho (a la cabeza, sin duda, de la lista de los grandes constitucionalistas del mundo) hablen de la necesidad de recurrir a «*norme di collegamento*» en el ejercicio de la *Drittwirkung* (Lombardi) o de los peligros de capitulación del orden civil (Gomes Conotilho) supone olvidar que el sistema que intentan salvar ha sido ya destrozado por la realidad y por la historia.

El problema no estriba ahora en el hecho de que el ejercicio directo de los derechos constitucionales por parte de los ciudadanos pueda dar al traste con los principios del orden civil, como tampoco reside, a la inversa, en que los abusos en las actuaciones de la autonomía de la voluntad terminen siendo la fuente inagotable de conculcaciones de derechos fundamentales. El problema descansa en que vivimos instalados esquizofrénicamente en dos ámbitos independientes y autónomos: por un lado, el del Estado, sometido a los estándares jurídicos clásicos; y, por

otro, en el de esa sociedad civil universal sin Estado que funciona con sus propias reglas; de suerte que los ciudadanos nos enfrentamos a un derecho estatal que teóricamente regula nuestras conductas y, al mismo tiempo, a unas reglas misteriosas de la sociedad civil conforme a las cuales operan de hecho nuestras vidas. La confrontación entre el Estado y la sociedad se resuelve así en la tensión entre un derecho del Estado cada vez más débil (quizá fuera a este fenómeno al que ha querido referirse Zagrebelsky al hablar de *Il Diritto mite*) y una *lex mercatoria* indefinida y oculta cada vez más fuerte, que es la que impone la sociedad civil de la mundialización.

Con lo cual, los planteamientos tradicionales de la tensión entre la sociedad y el Estado, según los cuales el Estado aparecía como el gran enemigo de la libertad, cambian radicalmente de sesgo. Haciéndose portadora subrepticamente de las credenciales del derecho a la autonomía y ante un Estado cada vez más indefenso, la sociedad regida por la *lex mercatoria* del lucro y de la ganancia se presenta ahora como el gran peligro para el resto de los derechos fundamentales.

Siendo el Estado incapaz de proceder a la organización jurídica de los derechos fundamentales como al menos lo hiciera en la época del estado liberal clásico y estando la sociedad imposibilitada para resolver la contradicción inevitable que se genera en su seno entre los derechos de libertad y los derechos de autonomía (cuyo descubrimiento constituye la gran aportación de los teóricos de la *Drittwirkung*), resulta perfectamente comprensible que, en el tiempo de los derechos (como reza el título de la obra de Bobbio), sea cuando los derechos afronten más dificultades para encontrar un lugar en el espacio en el cual se desarrolla la vida de los hombres. Quizá ese lugar sólo se halle apelando nuevamente al Estado, del que ni la teoría constitucional ni la teoría de los derechos fundamentales pueden nunca olvidarse.