

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares

MIJAIL MENDOZA ESCALANTE*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. SU PLANTEAMIENTO EN LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL ALEMANA
 - 2.1 LA EFICACIA INMEDIATA O DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
 - 2.2 LA EFICACIA MEDIATA O INDIRECTA
 - 2.3 LA POSTURA CRÍTICA DE SCHWABE: LA *DRITTWIRKUNG* COMO “PROBLEMA APARENTE”
 - 2.4 LA TESIS DEL “DEBER DE PROTECCIÓN” DEL ESTADO
 - 2.5 EL MODELO DE TRES NIVELES DE ROBERT ALEXY
3. APRECIACIÓN DE LAS POSTURAS DESCRITAS
 - 3.1 LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS: EL PROBLEMA DE SI EXISTE
 - 3.2 EL PROBLEMA DE CONSTRUCCIÓN
 - A. DELIMITACIÓN Y EXCLUSIÓN DE RESPUESTAS
 - B. ANÁLISIS DE LA TESIS DEL EFECTO “INDIRECTO”
 - C. LAS CUESTIONES NORMATIVAS Y EL PROBLEMA DE CONSTRUCCIÓN
 - 3.3 LA COLISIÓN
4. TIPOLOGÍA DE LOS ACTOS EN LAS RELACIONES JURÍDICAS PRIVADAS: SUPUESTOS TÍPICOS DE *DRITTWIRKUNG*
5. SU PLANTEAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO
 - 5.1 EL EFECTO HORIZONTAL
 - 5.2 EL PROBLEMA DE CONSTRUCCIÓN: LA FORMA DEL EFECTO NORMATIVO
 - 5.3 EL PROBLEMA DE COLISIÓN
 - 5.4 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CON EFECTOS HORIZONTALES Y SUPUESTOS DE *DRITTWIRKUNG*
 - 5.5 LAS VÍAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL (“DEBER DE PROTECCIÓN” Y “DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO”)

CONCLUSIONES

* Abogado, Asesor del Tribunal Constitucional (Perú), Doctorando de la Facultad de Derecho (Departamento de Derecho Constitucional) de la Universidad Complutense de Madrid, Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI).

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es aproximarnos a la temática de la denominada *eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales* (*Drittwirkung der Grundrechte*) tal como ha sido planteada en la dogmática constitucional alemana. El propósito es establecer los exactos términos de dicho problema, las soluciones aportadas por la dogmática y la jurisprudencia y, luego, indagar si este problema se plantea también en el ordenamiento constitucional peruano y, si así fuera, cuáles han sido las soluciones adoptadas por la jurisprudencia constitucional.

El ámbito dentro del que se desarrolla la investigación es el de la dogmática constitucional. Aun cuando pueden resultar muy ilustrativas las investigaciones históricas y teórico políticas del problema planteado, nos circunscribimos al ámbito señalado.

La proposición según la cual los derechos fundamentales despliegan efectos en las relaciones jurídicas privadas, parece imponerse de manera evidente y parecería poco problemática. Sin embargo, su concepción como *derechos de defensa* frente al Estado tan arraigada en la concepción alemana de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos (Jellinek) ha originado que la atribución de efectos a éstos en las relaciones jurídicas de particulares entre sí resulte muy discutida.

El solo planteamiento de efectos horizontales de derechos fundamentales no debe suponer que el principio de autonomía privada vaya a ser eliminado, como tampoco su propio fundamento, la libertad de actuación o libre desenvolvimiento de la personalidad. Por el contrario, hablan a favor de la oportunidad de la indagación, la fuerza normativa de la Constitución, el especial valor de los derechos fundamentales como sistema objetivo de valores, cuya protección, desde luego, no puede omitirse en los ámbitos regulados por el derecho privado donde los “poderes privados” resultan particularmente nocivos de los derechos fundamentales.

2. SU PLANTEAMIENTO EN LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL ALEMANA

El problema comprendido en el tema planteado es designado bajo diversas denominaciones. El ya difundido y ampliamente conocido de “eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales” (*Drittwirkung der Grundrechte*), así como los de eficacia horizontal (*Horizontalwirkung*), validez de los derechos fundamentales “en el derecho privado” (*Geltung der Grundrechte “im Privatrecht”*),¹ eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas

¹ Vid. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988, Band III/1. Págs. 1513 y sgte.

privadas (*im Privatrechtsverhältniss*), en el “tráfico jurídico privado” o “de derecho privado” (*privatrechtliche Verkehr*) o, también, “en las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado” (*in den Beziehungen der Privatrechts-subjekte untereinander*). Como se apreciará y ha sido destacado por la propia doctrina alemana, la denominación introducida por Hans Peter Ipsen,² de “eficacia frente a terceros de derechos fundamentales” no resulta la más adecuada; sin embargo, ella ha alcanzado aceptación general y es de empleo generalizado para la designación de esta problemática y, desde luego, por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

Las posturas doctrinales más representativas sobre el efecto horizontal de derechos fundamentales son las siguientes:

- eficacia inmediata o directa
- eficacia mediata o indirecta
- la postura crítica de Schwabe
- la tesis del “deber de protección”, y,
- el modelo de tres niveles de Robert Alexy

2.1 LA EFICACIA INMEDIATA O DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Está representada por Hans Carl Nipperdey, quien, desde 1950, sostuvo que los derechos fundamentales vinculan las relaciones jurídicas entre particulares de modo directo, incluso, al margen del desarrollo legislativo que habría dado el legislador. Esta vinculación implicaría la obligación de los jueces ordinarios en aplicar directamente los derechos fundamentales en la resolución de los casos. En esta misma línea, se sitúa Walter Leisner.³ Sostiene que los derechos fundamentales despliegan su contenido no son meras normas de interpretación sino de regulación social y que, en cuanto valores, corresponde a sus contenidos una protección “universal” o en toda dirección y que, aun cuando la Ley Fundamental no habría declarado expresamente un efecto horizontal de derechos fundamentales, ello se infiere de algunas de sus disposiciones fundamentales. La teoría del efecto directo sostiene, en síntesis, que los derechos fundamentales:⁴

- modifican las normas de derecho privado que existen (no interesa que se trate de derecho vinculante o dispositivo, cláusulas generales o ciertas normas jurídicas)

² *Idem.*, p. 1513.

³ LEISNER, Walter. *Grundrechte und Privatrecht*. München: C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1960. Págs. 306 y ss. en especial, pp. 332 y ss, 378 y ss.

⁴ NIPPERDEY, Hans Carl. “Grundrechte und Privatrecht”, en Nipperdey, H.C. (Herausgeber) *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*. München, Berlin: C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1962. En especial, pp. 23 y sgte. y p. 28.

- crean normas nuevas (que pueden ser prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección, razones de justificación).

Fue el Tribunal Federal Laboral (*Bundesarbeitsgericht*) (Primera Sala) el que, por sentencia de 15 de enero de 1955, acogió esta tesis.⁵ Consideró nulas las prescripciones contractuales, reglamentos empresariales y convenios colectivos que habían establecido un tratamiento discriminatorio en cuanto al salario percibido por hombres y mujeres. Se sostuvo, entonces, que el principio de igualdad enunciado en el art. 3º de la Ley Fundamental vinculaba de modo directo y obligatorio, de modo que no podía inobservarse el principio de igualdad del hombre y la mujer ante igual prestación.

Nuevamente, por sentencia de 10 de mayo de 1957,⁶ declaró la nulidad de una prescripción contractual de un contrato de trabajo y formación por el cual se preveía la disolución unilateral del vínculo laboral por parte del empleador en el supuesto que la dama empleada contrajese matrimonio. Ésta había contraído matrimonio y fue despedida en aplicación de dicha cláusula contractual. El Tribunal Federal Laboral estimó que la cláusula lesionaba sus derechos a la protección del matrimonio y la familia (Art. 6.1 Ley Fundamental), de dignidad de la persona (1.1 LF) y libre desarrollo de la personalidad (2.1 LF) y fundamento su decisión en los efectos directos de los derechos fundamentales. Sostuvo que algunos de éstos ya no eran sólo derechos de defensa frente al Estado, sino normas de ordenación de la vida social, de modo que los contratos de derecho privado no podían contrariar este *ordre public* del ordenamiento jurídico.⁷

2.2 LA EFICACIA MEDIATA O INDIRECTA

Esta representada por Günter Dürig y sostiene que los derechos fundamentales tienen una eficacia mediata o indirecta. Sus planteamientos al respeto han sido orientadores.⁸ Después de puntuales observaciones en 1953 y 1954, ha sido su contribución de 1956 “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, donde ha delineado los puntos básicos de esta tesis.⁹ Según ella, los derechos fundamentales al ser desarrollados por la ley, deben interpretarse en la forma en la que el legislador ha deparado su contenido, alcances y límites. Pero, además, los derechos fundamentales serían necesarios puntos de partida para la interpreta-

⁵ Bundesarbeitsgericht, Urteil von 15. 1. 1955, (*Lohnleichheit von Mann und Frau bei gleicher Arbeit*), en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 18, 1955, pp. 684-688.

⁶ Bundesarbeitsgericht, Urteil von 10. 5. 1957, (*Vereinbarung von Zölibatsklauseln*), en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 45, 1957, pp. 1688-1691.

⁷ Bundesarbeitsgericht, Urteil von 10. 5. 1957, (*Vereinbarung von Zölibatsklauseln*), cit., p. 1689.

⁸ STERN, Ob. cit., p. 1544.

⁹ STERN, Ob. cit., p. 1544.

ción de la legalidad ordinaria, tendrían una eficacia interpretativa. Vale decir, la legalidad deberá ser interpretada conforme al sentido de aquéllos. De otra parte, serían los “conceptos abiertos” y las “cláusulas generales” del derecho civil — enunciadas en los artículos 138°, 242° y 826°¹⁰ del Código Civil alemán—, como especie de “puntos de penetración” (*Einbrückstellen*), a través de los cuales, los derechos fundamentales ejercerían influjo en el derecho privado.¹¹

Esta tesis es la que fue asumida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, a través de su Primera Sala, en la famosa sentencia del caso Lüth, del 15 de enero de 1958.¹² Los hechos del caso son los siguientes. En los años cincuenta en Alemania, Erich Lüth, Presidente de una organización privada de prensa, había llamado públicamente, ante productores y directores de cine, al boicot de una película que habría de aparecer, bajo el argumento de que el director de la misma —el señor V. Harlan— había sido en la época nacionalsocialista un difusor de películas al servicio de la ideología de ese régimen. El productor de la película solicitó una medida cautelar ante el Tribunal Territorial de Hamburgo a través de la cual pretendía se prohibiera a Lüth continuar con la convocatoria al boicot dirigida a propietarios de teatro y casas distribuidoras de películas. La demanda fue estimada fundamentándose en lo estipulado en el art. 826° del Código Civil alemán.¹³ Contra este acto, Lüth interpuso un recurso de amparo y el Tribunal Constitucional anuló dicha sentencia por considerar que el acto que se consideraba como ilícito civil no era tal porque, a su juicio, constituía el ejercicio de la libertad de expresión.

¹⁰ 138° (Negocio jurídico contra las buenas costumbres. Usura) “1. Un negocio jurídico que esté en contra de las buenas costumbres es nulo. 2. Un negocio jurídico mediante el cual una persona, explotando la necesidad, falta de sentido común o inexperiencia de otra, haga que se le prometan o garanticen a sí misma o a un tercero, a cambio de una acción, ventajas patrimoniales que estén en obvia desproporción con la prestación también es nulo.” (Libro primero: parte general; Sección tercera: Negocios jurídicos; Título segundo: declaración de voluntad)

242° (Cumplimiento de acuerdo a la buena fe) “El deudor está obligado a efectuar la prestación de acuerdo a los requisitos de la fidelidad y buena fe, teniendo en consideración los usos del tráfico.” (Libro segundo: derecho de las relaciones obligatorias; Sección Primera: Contenido de las obligaciones; Título Primero: Obligación de Cumplir)

826° (Daño doloso contrario a las buenas costumbres) “Quien dolosamente cause un daño a otra persona de una manera contraria a las buenas costumbres está obligado a indemnizarle por el daño” (Libro segundo; Sección séptima: Relaciones obligatorias en particular; Título vigésimo quinto: Actos ilícitos) Vid. *Código Civil Alemán comentado BGB* (edición a cargo de Emilio Eiranova Encinas). Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1998.

¹¹ DÜRIG, Günter “Grundrechte und Privatrechtsverkehr” (comentarios al Art. 1, 3er párrafo, números marginales 127-132), en Maunz-Dürig *Grundgesetz Comentar*. München: Verlag C.H. Beck, 2001. Págs. 66 y ss.

¹² BVerfGE 7, 198 (p. 205).

¹³ “Quien, de modo contrario a las buenas costumbres, cause daños dolosamente a otro, está obligado a la reparación del daño”.

La concepción de la eficacia indirecta es expuesta por el Tribunal Constitucional alemán en los siguientes términos:

Este sistema de valores [los derechos fundamentales], que halla en el libre desenvolvimiento de la personalidad y en la dignidad su centro dentro de la comunidad social, debe regir como decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Así también influye, evidentemente, en el derecho civil; no puede haber ninguna prescripción de derecho civil en contradicción con él, todas tienen que interpretarse conforme a su espíritu. El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desenvuelve en el derecho privado por medio de las prescripciones que dominan inmediatamente este campo jurídico. (...) ¹⁴

La influencia de los parámetros valorativos de los derechos fundamentales se realiza sobretudo en aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho obligatorio y representan, así, una parte del *ordre public* — en sentido amplio—, es decir, de los principios que, por razón del bienestar general, también deben ser vinculantes para las relaciones jurídicas de los individuos y, por eso, se hallan sustraídos al dominio de la voluntad privada. Estas prescripciones tienen según su finalidad una afinidad próxima con el derecho público al que se añaden de modo complementario. Se tiene que exponerlas, en especial medida, al influjo del derecho constitucional. Para la realización de este influjo sirve a la jurisprudencia sobre todo las ‘cláusulas generales’ que, como la del art. 826 del Código Civil, remiten a juzgar la conducta humana en base a parámetros externos al derecho civil e, incluso, extra-jurídicos, como el de ‘buenas costumbres’. Entonces, al decidir lo que los mandatos sociales exigen correspondientemente, tiene que partirse en primera línea de la totalidad de las concepciones valorativas que el pueblo ha alcanzado en un momento determinado de su evolución espiritual cultural y que ha fijado en su constitución. Por eso, las cláusulas generales han sido caracterizadas, con razón, como los ‘puntos de penetración’ de los derechos fundamentales en el derecho civil (Dürig...) ¹⁵

Puntualizando, según la doctrina establecida, se tendría que los derechos fundamentales desenvolverían una función diferente respecto al legislador como respecto al juez. En el primer caso, impondrían la obligación de legislar dentro del marco de la Constitución, en particular, de conformidad con los derechos fundamentales. Por esto, el imperativo de que no deba haber ninguna prescripción civil en contradicción con los derechos fundamentales. En el segundo, éstos tendrían una función interpretativa que, a su vez, se desplegaría en dos formas: como factores de interpretación del derecho privado, desde o dentro del espíritu de los derechos fundamentales y, por otra parte, a través de las *cláusulas generales* y los *conceptos jurídicos abiertos*. Es en esta forma que los

¹⁴ BVerfGE 7, 198 (p. 205).

¹⁵ BVerfGE 7, 198 (p. 206).

derechos fundamentales desenvuelven una “eficacia irradiante”¹⁶ sobre la legalidad ordinaria civil.

2.3 LA POSTURA CRÍTICA DE SCHWABE: LA *DRITTWIRKUNG* COMO “PROBLEMA APARENTE”¹⁷

En fecha posterior, surgió la tesis de Schwabe según la cual el asunto planteado bajo de la *Drittwirkung* se trataría solo de un “problema aparente”.¹⁸ Parte de la consideración que los derechos fundamentales no habrían modificado su función originaria de derechos de defensa (*Abwehrrechte*) ante el Estado y que continuarían teniendo como único sujeto destinatario a éste. Esta tesis sostiene que, en un conflicto entre dos titulares de derechos fundamentales, no se produciría, propiamente, un nuevo ámbito de proyección (el privado) de efectos normativos de los dichos derechos, sino solo un conflicto entre Estado y particular porque al ser resuelto, siempre, por el Poder Judicial, la afectación del derecho fundamental que supondría dicho conflicto sería imputable al Estado en la medida que la autoridad judicial forma parte de este. Consistiría una nueva forma de plantearse el problema, que, sin embargo, ha sido observada críticamente por amplios sectores de la doctrina.

Los derechos fundamentales tendrían eficacia en las relaciones entre particulares directamente en base al artículo 1º, 3er párrafo de la Ley Fundamental porque serían objeto de intervención por el poder público a través de mandatos y prohibiciones.¹⁹ Despliegan eficacia en su función como derechos subjetivos de defensa contra el Estado; según ello, no existirían particularidades frente a otros ámbitos del derecho que justificaran una dogmática propia, por ello, dife-

¹⁶ El concepto de “eficacia irradiante” (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales que hallamos en la sentencia del caso Lüth (BVerfGE 7, 198 (207)), lo encontramos precisado en la sentencia del caso Soraya (BVerfGE 34, 269 (p.280)) en los siguientes términos: “El Tribunal Constitucional no tiene que examinar la interpretación y aplicación del derecho civil como tal. El orden objetivo de valores contenido en las normas de derechos fundamentales de la Constitución influye, sin embargo, en el derecho privado; el rige en cuanto decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho. Asegurar la observancia de esta “eficacia irradiante” de la Constitución obliga al Tribunal Constitucional. Por eso, el examina si las sentencias de las Cortes Civiles se basan en una *concepción fundamentalmente injusta del alcance y eficacia de un derecho fundamental* o si el resultado de la sentencia misma *lesiona derechos fundamentales* de un interesado (...)” (cursiva nuestra).

¹⁷ SCHWABE, Jürgen “Drittwirkung und kein Ende” en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973. Págs. 229 y ss.

¹⁸ Tomamos la exposición esta tesis de: SCHWABE, Jürgen “Bundesverfassungsgericht und ‘Drittwirkung’ der Grundrechte” en *Archiv für öffentliches Recht*, N.º 100, 1975, pp. 442 y ss.; del trabajo citado en la nota precedente y la exposición que hace STERN, K. Ob.cit., pp. 1533, 1548-1549, 1550-1552.

¹⁹ “Los derechos fundamentales que siguen vinculan a la legislación, el poder ejecutivo y a la jurisdicción, en cuanto derecho inmediatamente vigente”

renciada. Por esto, Schwabe considera “superfluo” la consideración de los derechos fundamentales como ordenamiento de valores objetivo efectuada por el TC. Entre tanto, la mentada eficacia sólo sería ante los derechos de libertad y no ante los derechos de igualdad que, en lo fundamental, no desplegarían ningún efecto en los niveles del derecho privado. Es en este extremo donde, justamente, reside una diferencia con las tesis clásicas, ya que éstas necesitan “construir” la eficacia de derechos fundamentales frente a particulares, para Schwabe esto no sería necesario porque eso se produciría directamente por la vinculación al Estado, al tener éste (ya a través del legislador, ya a través del juez) que intervenir en los derechos fundamentales, a través de mandatos y prohibiciones. Por esto, a diferencia de las posturas clásicas, para Schwabe, la vinculación a los derechos fundamentales se produciría “a través” del Estado. Él anuda el asunto a la responsabilidad del Estado para con las leyes del derecho civil y las decisiones judiciales en esa materia. Desde esta perspectiva, si la legislación o la decisión judicial no observan satisfactoriamente los derechos fundamentales de los titulares de los mismos, significa, entonces, que el legislador y el juez en cuanto órganos estatales han “intervenido” en aquellos. Por esto, obligaciones de los particulares en base a derechos fundamentales no existirían, pues lo que sí habría sería la vinculación del juez (en cuanto órgano estatal) a aquellos.

Como sostiene Ruffert, el centro de atención de esta tesis no se halla en la obligación o la “carga” de los particulares en base a los derechos fundamentales, sino la vinculación de las instancias judiciales a los derechos fundamentales.²⁰ Dicho en otros términos, significaría ello, que el juez (y, antes, el legislador) al resolver una controversia entre particulares (de naturaleza jurídico privada) a través de su decisión (sentencia o auto), implicará ésta una “intervención” en los derechos fundamentales en la forma de un “mandato” o una “prohibición”. Y si en esta intervención, el juez no los hubiese observado satisfactoriamente, se habrá producido una lesión de los mismos.

Mientras el punto común de las teorías de la eficacia directa e indirecta radica en considerar que las relaciones jurídico privadas también están vinculadas por los derechos fundamentales, es decir, éstos tienen como destinatarios también a los particulares o privados; para, Schwabe, en cambio, es el Estado el único destinatario de los derechos fundamentales.

2.4 LA TESIS DEL “DEBER DE PROTECCIÓN” DEL ESTADO

Esta tesis ha sido planteada en el derecho constitucional por Christian Starck y, en el derecho civil, con contribuciones muy importantes, por Claus Wilhelm Canaris²¹. Según este planteamiento, el Estado debe proteger los derechos fun-

²⁰ RUFFERT, Matthias *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. Pág. 18.

²¹ RUFFERT, Matthias *Vorrang der Verfassung*, cit., 21. Hesse, expone también su concepción sobre “El significado de los derechos fundamentales para las relaciones jurídicas en

damentales de las personas ante eventuales afectaciones provenientes de otros particulares a través de la legislación reguladora del derecho privado y a través de los jueces competentes en derecho privado. Este imperativo recibe la denominación de “deber de protección” (*Schutzpflicht*). Ahora bien, si en una controversia jurídica privada el juez inobservara derechos fundamentales de las partes, se habría producido una situación de omisión del cumplimiento del “deber de protección” por parte del Estado.²² Según este planteamiento, el problema de la *Drittwirkung* sería una especie o caso particular de deber de protección del Estado.

La consecuencia de esta postura es que los derechos fundamentales repercuten en las relaciones jurídico privadas “a través del derecho privado”. Las normas constitucionales que los enuncian, como tales y por sí solas, no vincularían en estas, sino la ley que para proteger esos derechos ha sido establecida por el legislador, justamente, en cumplimiento del denominado deber de protección. Desde tal perspectiva, la tesis de los deberes de protección contribuiría a precisar y asegurar dogmáticamente la eficacia indirecta de los derechos fundamentales.²³ Por ello, podría afirmarse que se halla con ésta en la misma dirección y, además, opuesta a la tesis de la eficacia directa. Para Stern, la afinidad entre la tesis del deber de protección y de la eficacia indirecta conlleva a que su diferencia, termine por ser meramente “terminológica” y que, a ello, conducirían variadas razones.²⁴

Cabe señalar que la admisión de la existencia de deberes de protección basados en derechos fundamentales se deriva del carácter jurídico objetivo de las normas que las enuncian²⁵ y que una de las aportaciones significativas de esta tesis radica precisamente en la relación entre deberes de protección y *funciones del Estado* (*Staatsaufgaben*).²⁶ En efecto, la admisión de dichos deberes presupone la admisión de la función activa del Estado frente a los derechos fundamentales superadora de la concepción de éstos como meros derechos de

las que el Estado no participa inmediatamente”, en términos de “deber de protección”. V. HESSE, Konrad *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20., neubearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1995. Págs. 155 y ss.

²² Para la exposición de esta teoría, nos servimos de: CANARIS, Claus-Wilhelm. “Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts” en *Juristische Schulung*, 1989, pp. 161 y ss. Con mayor amplitud y profundidad, el desarrollo de la tesis de dicho autor se encuentra en su monografía: *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999. Págs. 23 y ss.

²³ RUFFERT, M. *Vorrang der Verfassung...*, cit., pp. 252 y sgte. El citado autor resalta este aporte de la tesis glosada en desmedro de lo que adjetiva como “difusa” en la eficacia irradiante de los derechos fundamentales (“*Ausstrahlungswirkung*” der Grundrechte) sostenida por la tesis de la eficacia mediata Cfr. BVerfGE, 7 198 (207).

²⁴ STERN, p. 1572.

²⁵ STERN, p. 1572

²⁶ RUFFERT, M. *Vorrang...*, cit., pp. 253-254.

defensa (*Abwehrrechte*) o derechos reaccionales. Todo ello en la dirección de un “Estado de protección” (*Schutzstaat*) que aparecería “en el horizonte de la evolución constitucional”.²⁷

La doctrina ha señalado que el Tribunal Constitucional alemán ha apelado a este tipo de argumentación en la sentencia que examinó la constitucionalidad de la ley de reforma del Código Penal (de 18 de junio de 1974) sobre la punibilidad del aborto. En ese caso, el Tribunal (Sala Primera), por sentencia de 25 de febrero de 1975, consideró inconstitucional en lo esencial, la disposición (párrafo 218^º del Código Penal) que eximía de responsabilidad penal en el supuesto que el aborto haya sido practicado por un médico y con el consentimiento de la gestante dentro de las doce semanas posteriores a la concepción. El razonamiento fue que el Estado tiene un “deber de protección” de la vida en gestación en cuanto bien jurídico constitucionalmente garantizado de modo que la exención de responsabilidad penal condicionada a un plazo implicaba que la ley no se había ajustado a dicha obligación.²⁸

La tesis de los deberes de protección es expuesta en los siguientes términos por el Tribunal:

El deber de protección del Estado de proteger toda vida humana se infiere directamente del art. 2,2º párrafo, 1er enunciado, de la Ley Fundamental:²⁹

1. El deber de protección del Estado es completo. Él prohíbe no sólo —evidentemente— inmediatamente intervenciones estatales en la vida en gestación, sino también ordena al Estado situarse de modo protector y promotor ante esta vida, es decir, sobre todo, garantizarla también ante intervenciones antijurídicas de otros [de terceros]. Los sectores individuales del ordenamiento jurídico tienen que ajustarse a este mandato, claro ésta, según su particular posición funcional (*Aufgabenstellung*). (...) ³⁰

Inmediatamente, después, afirma:

2. La obligación del Estado de proteger la vida en gestación existe fundamentalmente también frente a la madre.³¹

Según Canaris,³² el Tribunal Constitucional alemán apela a esta construcción de modo expreso, por vez primera, en sentencia de fecha 26 de febrero de 1969 (de su Sala Primera) en el denominado caso “Blinkfuer”³³ y se sirve de ella para

²⁷ HESSE, Hans Albrecht *Der Schutzstaat – Rechtssoziologische Skizzen in dunkler Zeit*. Baden-Baden, 1994. Pág. 20, cit. por RUFFERT, Ob.cit., p. 254.

²⁸ BVerfGE 39, 1 (p. 66)

²⁹ BVerfGE 39, 1 (p. 41)

³⁰ BVerfGE 39, 1 (p. 42)

³¹ BVerfGE 39, 1 (p. 42)

³² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 57.

³³ BVerfGE 25, 256.

resolverlo. En este caso, se trata del llamado al boicot efectuado por la editorial Springer a los comerciantes y distribuidores de revistas con el propósito de prohibir la comercialización del semanario "Blinkfuer" bajo el argumento de que, en esta, se había reproducido programas de radio y de televisión de emisoras de la que fuera entonces la República Democrática de Alemania. El editor de Blinkfuer interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios contra Springer, pretensión que fue desestimada, finalmente, por el Tribunal Supremo Federal. Es contra este fallo que Blinkfuer recurre a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alemán, invocando la lesión a la libertad de expresión.

El Tribunal reconoce que la sentencia objeto de examen había incurrido en la omisión de la protección que debía ante la vulneración del citado derecho fundamental. Consideró, además, que la libertad de prensa era un "instituto" y que, en la medida que los medios por los cuales se trataba de neutralizar un cierto contenido informativo no fuera la libre discusión en la sociedad, el medio empleado (el boicot apoyado de coacción de tipo económico) no era lícito. En el razonamiento del Tribunal, el punto de atención se proyecta en el ámbito concerniente a la omisión de la protección que debió haber dispensado el juez civil antes que el asunto de la afectación del derecho fundamental de Blinkfuer por parte de la editorial Springer. Asimismo, se advierte que importa al Tribunal dicha libertad en cuanto instituto, como elemento consustancial de la confrontación libre de ideas y opiniones.

En la sentencia, se considera que el Tribunal Federal Supremo, al haber comprendido el llamado al boicot efectuado por Springer bajo el ámbito de la libertad de expresión (art. 5, inciso 1, 1er enunciado), lo había extendido de modo muy amplio³⁴ o, simplemente, lo había considerado erróneamente. En línea con lo sostenido en la sentencia del caso Lüth, el llamado al boicot en sí mismo considerado implicaría una forma de manifestación de este derecho fundamental y, por ello, se encontraría bajo su ámbito de protección, siempre que se presentaran circunstancias adicionales concurrentes (que se acuda a él como un medio de confrontación de opiniones en temas de carácter político, económico, social, cultural concernientes a la comunidad y que, por el contrario, no impliquen discusiones de orden particular; que la convocatoria no se sirva de medios que impliquen una toma de posición en base a mecanismos obligatorios como la posición dominante de mercado). Sin embargo, el Tribunal Supremo habría extendido erróneamente el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión a un boicot donde los medios de los que se sirve no se limitan a la sola confrontación discursiva o argumentativa, sino que impide a los interlocutores mismos la posibilidad de una toma de decisión "en completa libertad interna y sin presión económica"³⁵

³⁴ BVerfGE 25, 256 (265): "Eine Beurteilung des Vorgehens der Beklagten nach diesen Kriterien zeigt, daß der Bundesgerichtshof den Schutzbereich des Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit zu weit ausgedehnt hat."

³⁵ BVerfGE 25, 256 (265).

Según Canaris, aun cuando el Tribunal afirma que gestor del boicot —Springer— habría lesionado la libertad de prensa (sic)³⁶ —de información— garantizada de Blinkflüer, ello no sería exacto dogmáticamente dado que aquel no sería destinatario de la Constitución. Por el contrario, sería la sentencia judicial la que habría afectado el citado derecho fundamental, una sentencia según la cual no estaría garantizado a Blinkflüer protección alguna frente al llamado a un boicot vinculado a una presión económica.³⁷

El problema no es que, en este caso, el poder judicial haya “intervenido” en la esfera del derecho fundamental. Lo que sucede es que aquél ha denegado su protección jurisdiccional que le estaba impuesta por tener ante sí un “deber de protección”. Esta vendría a ser la explicación al problema planteado y no la de una eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.³⁸ Canaris sostiene que no es el que convoca al boicot —Springer— el que lesiona el derecho fundamental, sino que “contra la libertad de prensa del editor Blinkflüer *lesiona, mas bien, el Tribunal Supremo Federal* o la ‘norma del caso’ (*Fallnorm*) que subyace a su decisión, según la cual no le estaría garantizado a una empresa de prensa ninguna *protección* contra un llamado a boicot anudado a presión económica.”³⁹ Entonces, la omisión de protección en la que incurrió el Tribunal Supremo habría lesionado el derecho fundamental de Blinkflüer.⁴⁰

Expuesto en estos términos, desde luego, no se halla en principio en debate la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas, sino la “conformidad” o no con el parámetro de los derechos fundamentales, el grado de corrección de la resolución judicial desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Es decir, como dice Alexy, se entendería mejor esta explicación asimilando esta circunstancia bajo lo que dicho autor denomina como el derecho del ciudadano a la “debida medida” de los derechos fundamentales en la resolución de las controversias jurídico privadas.⁴¹

En otro caso en el que, según la doctrina, el Tribunal Constitucional empleó esta tesis es el de la “antena parabólica” (*Parabolantennen*),⁴² por sentencia de 9 febrero de 1994 (expedida por su Sala Primera). La controversia trata de la negativa del arrendador a que el arrendatario, un extranjero de origen

³⁶ La sentencia concluye en la lesión del derecho a la libertad de expresión, aunque la explica en estrecha conexión con la libertad de prensa. Cfr. BVerfGE 25, 256 (268).

³⁷ CANARIS, C.W. *Grundrechte...*, cit., p. 58.

³⁸ *Idem*.

³⁹ CANARIS, C.W. *Grundrechte...*, cit., p. 58. Cursivas nuestras, con excepción de la de *Fallnorm*.

⁴⁰ Según FRIESENHAHN respecto al caso Blinkflüer, “la violación residió en el hecho de que la Corte de Justicia Federal no había otorgado esta protección” cit., en ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1ª ed. Madrid: CEPC, 2002. Pág. 519.

⁴¹ ALEXY, Robert Ob. cit., p. 520, o derecho a que la justicia civil tome “debidamente en cuenta el principio iusfundamental” (p. 519).

⁴² BVerfGE 90, 27.

turco, pudiera instalar una antena parabólica y, de esa forma, acceder a programas radiales y televisivos de su país. La justicia civil desestimó su pretensión considerando fundamentalmente, entre otros argumentos, que no pertenecía a los “usos habituales” de una vivienda alquilada, invocando los arts. 535°, 536° y 242° del Código Civil.⁴³ El Tribunal Constitucional considera que el Tribunal Superior ha desconocido la libertad de información del demandante debido a que omitió considerar dicho derecho fundamental en la interpretación y aplicación de los citados dispositivos por razones que no pueden anteponerse a ese derecho fundamental. Ella habría “desatendido” los especiales intereses informativos del demandante.⁴⁴ Para Canaris, la argumentación construida implicaría dos niveles: el primero, de constatación de un mandato de protección y, el segundo, de examinar si en el caso concreto se presentan sus presupuestos y si la ponderación de los intereses contrapuestos implica la postergación de los de alguna de las partes.⁴⁵

⁴³ BVerfGE, 90, 27 (p. 33). Como se pondrá de relieve luego, la argumentación desarrollada por el Tribunal grafica adecuadamente la forma de empleo de la eficacia indirecta. Se parte de la constatación de la ausencia de disposiciones legales en el Código Civil que regulen expresamente la instalación de antenas parabólicas en viviendas de alquiler. Aunque, parte también de que, jurisprudencialmente, la instalación de instrumentos de recepción –en general– de emisiones se da por válido, aplicándose al efecto, los artículos 535, 536 y 242 del Código Civil. Luego de ello se precisa que “En la medida que una pretensión de instalación de recepción de emisión puede hacerse valer al amparo de estas disposiciones, *en la interpretación y aplicación de estas debe tomarse en cuenta el derecho fundamental a la libertad de información.*” (cursiva nuestra) BVerfGE, 90, 27 (p. 33).

Los textos de los artículos citados son los siguientes:

535° (Contenido del contrato de arrendamiento de uso) “Por el contrato de arrendamiento de uso el arrendado está obligado a conceder al arrendatario el uso de la cosa arrendada durante el tiempo del arrendamiento. El arrendatario está obligado a pagar al arrendador el alquiler acordado.” (Libro segundo: Derecho de las relaciones obligatorias; Sección séptima: Relaciones obligatorias en particular; Título tercero: arrendamiento de uso y disfrute; 1. Arrendamiento de uso).

536° (Obligaciones del arrendador) “El arrendador cederá al arrendatario la cosa arrendada en un estado apropiado para el uso estipulado y lo mantendrá en dicho estado durante la duración del arrendamiento.” (Libro segundo: Derecho de las relaciones obligatorias; Sección séptima: Relaciones obligatorias en particular; Título tercero: arrendamiento de uso y disfrute; 1. Arrendamiento de uso).

242° (Cumplimiento de acuerdo a la buena fe) “El deudor está obligado a efectuar la prestación de acuerdo a los requisitos de la fidelidad y buena fe, teniendo en consideración los usos del tráfico.” (Libro segundo: derecho de las relaciones obligatorias; Sección Primera: Contenido de las obligaciones; Título Primero: Obligación de Cumplir). Vid. *Código Civil Alemán comentado BGB* (edición a cargo de Emilio Eiranova Encinas). Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1998.

⁴⁴ BVerfGE 90, 27 (p. 34).

⁴⁵ CANARIS. *Grundrechte und Privatrecht*,...cit., p. 60 y sgte.

Si bien la jurisprudencia constitucional, según vimos, se adscribe a la tesis del deber de protección, con claridad, desde la sentencia del caso *Blinkfüer* de febrero de 1969, para Ruffert es en la sentencia del 6 de febrero de 2001 donde se la menciona expresamente para resolver una controversia de naturaleza jurídico privada.⁴⁶ Se trata del caso de “renuncia de pensión alimenticia” (*Unterhaltsverzicht*).⁴⁷ El Tribunal estima el recurso de amparo considerando que el Tribunal Superior de Justicia, en la sentencia objeto de amparo, “ha desconocido (...) el *deber de protección (Schutzpflicht)* derivado del artículo 2º, párrafo 1, en concordancia con el artículo 6º, párrafo 4, de la Ley Fundamental.” (cursiva nuestra). De sumo interés resulta el argumento que elabora respecto al “deber de protección” del órgano judicial:

Los derechos fundamentales desenvuelven su eficacia en el tráfico jurídico privado como decisiones valorativas constitucionales por medio de las disposiciones que dominan inmediatamente las respectivas ramas del derecho, así, sobre todo, a través de las cláusulas generales del derecho civil (...). En esa medida también, el Estado tiene que proteger (zu schützen) los derechos fundamentales de los individuos y preservarlos ante lesiones de los demás (...). Esta obligado a los Tribunales el garantizar esta protección de derecho fundamental (*grundrechtlichen Schutz*) a través de la interpretación y aplicación del derecho y concretizar en el caso particular. A sus juicios y ponderaciones sobre las posiciones de derechos fundamentales en su relación entre sí, el Tribunal Constitucional Federal puede oponerse sólo si la decisión impugnada manifiesta errores de interpretación que se basan en una concepción injusta de derecho fundamental sobre el significado de un derecho fundamental, en especial, sobre el alcance de su ámbito de protección y que son también de importancia en su significado material para el caso jurídico (...).⁴⁸

Se ha destacado a la tesis del deber de protección como la forma más apropiada de explicar los efectos de los derechos fundamentales en el ámbito del ordenamiento jurídico privado.⁴⁹ De otra parte, contribución importante, aunque no privativa de esta postura, es haber incidido en la función que en la resolución de este tipo de controversias desenvuelve el principio de proporcionalidad y el criterio de prohibición de desprotección (*Untermäßverbot*) para la determinación del incumplimiento del mandato de protección.⁵⁰

La diferencia de la tesis del deber de protección con la de Schwabe es que éste reconoce sólo la función de defensa de los derechos fundamentales (*Abwehrrechte*), mientras que aquélla supone que éstos (todos en su conjunto y res-

⁴⁶ RUFFERT, M. *Vorrang der Verfassung...*, cit., p. 146.

⁴⁷ BVerfGE 103, 89.

⁴⁸ BVerfGE 103, 89, Fundamento B, I, 1.a).

⁴⁹ STERN, K. *Das Staatsrecht...*, cit., p. 1560.

⁵⁰ CANARIS, C.W. “Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip...”, cit., pp.163 y sgte.

pecto al Estado) no sólo tienen función de defensa (de abstención) sino de protección activa (positiva) (*Schutzgebote*)⁵¹. Sin embargo, el punto común de ambas posiciones es que se considera que sólo el Estado es “destinatario” de los derechos fundamentales.⁵²

2.5 EL MODELO DE TRES NIVELES DE ROBERT ALEXY

Alexy propone un modelo de tres niveles para resolver el problema. Parte de constatación de la aceptación general en la dogmática de que la Constitución vincula también en las relaciones jurídico privadas, ciudadano-ciudadano; pero lo que se plantea como problemas es el de saber “cómo y en qué medida ejercen esta influencia”. Lo primero —el cómo— representaría un *problema de construcción* y, lo segundo —en qué medida—, un *problema de colisión*.⁵³ Alexy considera que las tres teorías que se han propuesto para responder el denominado “problema de construcción”: la teoría de la eficacia indirecta, eficacia directa y la de Schwabe coinciden en los resultados⁵⁴, lo que no equivale a decir que sean necesariamente “correctas” dogmáticamente hablando.⁵⁵ Prescindiendo de las importantes observaciones que formula respecto a cada una de estas teorías, es la aportación del mencionado modelo de tres niveles lo que ha de resaltarse de manera especial.

Los tres niveles estarían conformados de este modo: deberes del Estado, derechos frente al Estado y relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado. El deber del Estado se configura debido a que las normas que enuncian derechos fundamentales en cuanto principios u “orden objetivo de valores” rigen para todos los ámbitos del derecho de forma tal que “el Estado está obligado a tenerlas en cuenta tanto en la legislación civil como en la jurisprudencia civil”.⁵⁶ Particularmente, en lo que concierne al juez civil, él tendrá que interpretar y aplicar las normas, teniendo en cuenta el orden valorativo de los derechos fundamentales. Pero, el hecho de que el juez no haya procedido así “no dice todavía que, si viola este deber, lesiona derechos fundamentales bajo la forma de derechos subjetivos”.⁵⁷ Justamente, para que la violación de ese deber implique la lesión de un derecho, tiene que existir un derecho frente al Estado, en este caso, frente al eventual infractor, el juez civil, pues, “Un derecho puede ser lesionado sólo por aquél frente a quien existe. Si los tribunales civiles pueden lesionar con el contenido de sus fallos derechos fundamentales de los ciudadanos, entonces (...) tiene que tratarse de derechos del ciudadano

⁵¹ CANARIS, C.W. Ob.cit., p. 36

⁵² CANARIS, aclara, que “fundamentalmente”. Cfr. CANARIS, C.W. Ob.cit., p. 94

⁵³ ALEXY, R. Ob.cit., pp. 510-511.

⁵⁴ ALEXY, R. Ob.cit., pp. 511 y ss.

⁵⁵ ALEXY, R. Ob.cit., p. 515.

⁵⁶ ALEXY, R. Ob.cit., p. 516.

⁵⁷ ALEXY, R. Ob.cit., p. 516.

frente a la administración de justicia, es decir, frente al Estado.”⁵⁸ Ahora bien, para la configuración de este derecho ha de considerarse la doble faceta de éstos, como derechos de defensa y como derechos de protección jurídica. Empero, más allá de esto, haría falta una “construcción unitaria”. He aquí la significativa aportación de Alexy. Sostiene que dicha construcción es factible si admitimos “un derecho del ciudadano frente a la justicia civil en el sentido de que ésta tome debidamente en cuenta el principio iusfundamental que habla en favor de la posición que hace valer el ciudadano. Cuando este derecho es lesionado, se lesiona el derecho fundamental al cual pertenece el respectivamente relevante principio iusfundamental. Esta construcción está explícitamente *basada en la jurisprudencia*.”⁵⁹ Se trataría de un derecho “que exige que los principios iusfundamentales sean tenidos en cuenta ‘en la debida medida’” o, si se prefiere, “un derecho a que se tomen en cuenta en la *debida medida* los principios iusfundamentales que apoyan *su* posición.”⁶⁰

Finalmente, se dará el nivel correspondiente a los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre sujetos privados, la misma “que consiste en que, por razones iusfundamentales, en la relación ciudadano-ciudadano existen determinados derechos y no-derechos, libertades y no-libertades, competencias y no-competencias que, sin estas razones, no existirían.”⁶¹ Así, “los principios iusfundamentales conducen a derechos y deberes en relaciones entre iguales que, debido a la vigencia de estos principios relativa a la Constitución, son necesarios pero que, sin su vigencia no lo serían. Este es un efecto inmediato en terceros.”⁶² Desde una perspectiva análoga y, sintetizando, podríamos decir que hay vinculación de derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas cuando los sujetos de derecho que intervienen en la misma tienen en base a aquéllos un mandato, una prohibición o una permisón. Estas modalidades deónicas no existirían si los derechos fundamentales no fuesen derecho vigente.

3. APRECIACIÓN DE LAS POSTURAS DESCRITAS

Para la valoración de las tesis, proyectaremos nuestro análisis en los tres aspectos en los que se suele descomponer el problema de los efectos horizontales de derechos fundamentales: a) el de si existe o no estos efectos horizontales, b), cómo se despliegan (*problema de construcción*) y, finalmente, c), en qué medida o intensidad se proyectan esos efectos (*problema de colisión*).⁶³

⁵⁸ ALEXY, R. Ob.cit., p. 517.

⁵⁹ ALEXY, R. Ob.cit., p. 519.

⁶⁰ ALEXY, R. Ob.cit., p. 520. Cursiva nuestra de “debida medida”.

⁶¹ ALEXY, R. Ob.cit., p. 521.

⁶² ALEXY, R. Ob.cit., p. 521, en idéntico sentido, V. pp. 523-524.

⁶³ Las denominaciones de dos de los problemas como de “construcción” y “colisión”, lo hallamos en ALEXY, R. Ob.cit., p. 511. Plantean de este modo los problemas implicados en la problemática de los efectos horizontales: STERN, K. Ob.cit., p. 1514: “si y en qué medida”; LEISNER plantea el problema de “si” hay efectos horizontales y el de la “forma

3.1 LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS: EL PROBLEMA DE SI EXISTE

Las tesis descritas admiten o parten del hecho de que existe una eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, su discrepancia se plantea respecto a la forma en la que se proyecta dicha eficacia. Para esclarecer este aspecto, debe considerarse que el hecho que el juez civil (directa o indirectamente) tenga que observar los derechos fundamentales, presupone siempre que la relación jurídica originaria (no siendo juzgada aún) está regida por los derechos fundamentales. El asunto podría plantearse de este modo: en el ámbito de libertad y de autonomía privada, los particulares tienen obligaciones, mandatos o permisiones derivadas de derechos fundamentales. Éste parece ser el problema planteado, no otro. Que el juez tenga que examinar este asunto es diferente, es (1) contingente y (2) no sustituye la naturaleza de la relación jurídica primigenia. Si el juez aplica (directa o indirectamente) derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, está presuponiendo que aquéllos las rigen o vinculan *ex ante*. En palabras de A. Döring, “La explicación de la eficacia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico privado con la vinculación a los mismos según el art. 1,3, [es decir, a través de la vinculación de los jueces] ‘presupone siempre la vinculación a los derechos fundamentales del acto privado’”.⁶⁴ No interesa, en principio, cómo, pues eso depende de si el derecho fundamental tiene configuración legal plena, exhaustiva, o sólo parcial, o semiabierta —conceptos indeterminados y cláusulas generales— o totalmente abierta —remisiones a la ley por la Constitución— y requerido de un margen elevado de concreción. Para esclarecer este aspecto, reiteramos, podríamos decir que hay vinculación de derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas cuando los sujetos de derecho que intervienen en la misma tienen en base a aquéllos un mandato, una prohibición o una permisión. Estas modalidades deónticas sobre los sujetos intervinientes no existirían si los derechos fundamentales no fuesen derecho vigente. Alexy lo ha expresado en estos términos en cita antes recogida a propósito de la exposición de su tesis. En este sentido, está claro que estamos ante una eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Una consecuencia importante de lo anterior es que a la cuestión de si los derechos fundamentales vinculan en las relaciones jurídico-privadas ha de responderse afirmativamente. De otra parte, habría también que distinguir dos aspectos en el problema: el de tipo material antes señalado de la eficacia de los derechos fundamentales en relaciones jurídicas privadas y el referido al órgano del Estado a cuyo través ha de protegerse que esa eficacia iusfundamental se cumpla —el juez—.

El hecho que el juez resuelva y, eventualmente, lo haga sin observar un derecho fundamental que incide en la controversia planteada, no lo convierte en

de aplicación” en el despliegue de esos efectos. V. LEISNER, W. *Grundrechte...* cit., pp.306 y ss., 354 y ss., respectivamente.

⁶⁴ STERN, K. Ob.cit., p. 1551.

sujeto partícipe de la controversia jurídica civil originaria o, más bien, de la relación jurídica originaria entre titular del derecho fundamental y su destinatario. Así, en el caso Lüth, la controversia reside en saber si la convocatoria al boicot efectuada por aquél tiene o no carácter antijurídico (civil). Que el juez civil haya estimado la pretensión sin considerar la libertad de expresión (o lo haya hecho erróneamente) significa que el acto de boicot impugnado no es antijurídico. La razón es que, en este caso, se trataba de una manifestación de la libertad de expresión. Acá el resultado es claro. Si es manifestación de la libertad de expresión, como derecho de defensa implica que los sujetos destinatarios: el Estado y los particulares no pueden impedir su ejercicio. Se trata de una permisión (por ser libertad) que como correlato exige una conducta de abstención, es decir una prohibición por parte tanto del Estado como de particulares. En el caso, la permisión (por la libertad de expresión) de convocar al boicot a Lüth se opone (corresponde) a la prohibición impuesta a Harlan (el director de la película “boicoteada” por Lüth) de intervenir en aquélla. Esta “prohibición” deriva del derecho fundamental de libertad de expresión, es en este sentido que puede decir que vincula al particular Harlan. Ésta es una vinculación a terceros o particulares.

3.2 EL PROBLEMA DE CONSTRUCCIÓN

A. DELIMITACIÓN Y EXCLUSIÓN DE RESPUESTAS

Las tesis descritas han intentado ofrecer una respuesta al denominado por Alexy como problema de construcción, es decir, el de cómo los derechos fundamentales vinculan en las relaciones jurídicas privadas. Una primera constatación es la resaltada por este mismo autor en cuanto a la equivalencia de los resultados de dichas tesis. Siendo así, parece que carece de mucho sentido continuar el tratamiento del problema con la pretensión de que alguna de ellas aporte la solución exclusiva y excluyente. Ésta es una opción que debe descartarse. Sin embargo, aun así, dentro de esta respuesta habría que precisar que, en realidad, al problema de cómo se produce esta eficacia, las posibilidades de respuesta pueden ser de modo directo, indirecto o, de modo indirecto o directo según el caso. Se halla aquí el problema de saber si los derechos fundamentales intervienen en las controversias jurídico privadas a través de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, o de modo directo o de alguna otra forma aún no precisada. Por esta razón, consideramos que las únicas respuestas probables a este problema proceden de la tesis originarias de la eficacia directa e indirecta, sin que las demás propuestas hayan aportado algo adicional a aquéllas. Veamos.⁶⁵

La tesis del deber de protección es una respuesta al problema de construcción pero sobre un asunto particular dentro de éste: que el juez tiene un deber de protección de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas y

⁶⁵ En el problema de construcción interviene un elemento contingente o aleatorio al que se da mucha importancia y desvía la aptitud dogmática de las tesis: la “intervención” del juez.

que, de esa forma, alcanzarían los derechos fundamentales eficacia en este tipo de relaciones jurídicas. La *Drittwirkung* se produce a través de un deber de protección realizado por los jueces. Empero, en lo que concierne al asunto antes planteado —eficacia directa o indirecta— no aporta nada novedoso, en todo caso, sigue la línea de la eficacia indirecta. Lo mismo sucede con la tesis de Schwabe. Su contribución reside en explicar esa eficacia a través del juez no en cumplimiento de un deber de protección, sino como agente de una “intervención”. Ahora, si en dicha intervención no ha detectado la afectación de un derecho fundamental, simplemente se habría denegado su efectividad, situación que siempre sería imputable al Estado. Esto se debe a que Schwabe fundamenta su elaboración en la concepción de los derechos fundamentales como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) en desmedro de entenderlos como derechos de protección que, como se vio, es la que presta fundamento a la tesis del deber de protección.

El modelo de tres niveles de Alexy no aporta sobre el problema antes planteado. Su virtud explicativa reside en ofrecer un modelo de integración (derecho-deber-eficacia directa), donde el deber de protección se subjetiviza en un derecho a la consideración iusfundamental debida de la controversia jurídico civil. El modelo se basa en la concepción dual de los derechos como derechos de defensa y de protección, la admisión consiguiente de deberes de protección y se explica en la eficacia indirecta de los derechos fundamentales en la forma que la expone el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Lüth. Que como resultado de todo ello Alexy concluya que se produce una eficacia directa, no deja de lado la forma en la que él está entendiendo acerca de cómo se despliega dicha eficacia —indirectamente—. Al momento de plantearse lo que nos interesa, se limita a afirmar que se trata de un asunto terminológico que puede adoptar cualquiera de las opciones, sin ofrecer una propuesta al respecto.⁶⁶

En este contexto, resulta que quedaría pendiente aún una construcción dogmática que resuelva el problema de la forma en que se despliega la eficacia de los derechos fundamentales en las controversias jurídico privadas.

B. ANÁLISIS DE LA TESIS DEL EFECTO “INDIRECTO”

¿Cómo desenvuelven su eficacia los derechos fundamentales en la resolución de una controversia jurídica de derecho privado?⁶⁷ La respuesta debe par-

Tal es, concretamente, el caso de la tesis de Schwabe y del deber de protección. Claro está que estas permiten explicar adecuadamente que hay una eficacia de derechos fundamentales a través del juez (como destinatario de aquéllos según el artículo 1.3 de la Ley Fundamental), lo cual se adecua al ordenamiento jurídico alemán donde el recurso de amparo procede sólo contra actos del poder público y, ciertamente, subyace también a esto la idea de que el Estado es el sujeto único destinatario de los derechos fundamentales.

⁶⁶ ALEXY, R. *Ob.cit.*, p. 524.

⁶⁷ “Los derechos fundamentales son formulados de modo muy general y absoluto que, prescindiendo de pocas excepciones, no explicitan ellos mismos ni sobre los supuestos

tir de algunas consideraciones previas que deben observarse para intentar elaborarla. El problema planteado se halla dentro del contexto más general de cómo se aplican los derechos fundamentales en las resoluciones de las controversias jurídicas privadas o públicas, es decir, en todo tipo de controversias. Está también dentro del contexto de la relación Constitución/Ley. Participa, como tal, de las consecuencias jurídicas inherentes al rango superior de los derechos fundamentales y su preeminencia sobre el resto del ordenamiento jurídico. La observancia de esta circunstancia es significativa porque se presenta como un condicionamiento propio del Estado constitucional contemporáneo y que, exige, como consecuencia, que los ensayos de construcción sean desde tal perspectiva “constitucionalmente adecuados”. Está condicionado a un aspecto sumamente contingente como es el de su desarrollo legislativo mayor o menor y, frente a ello, a un elemento consustancial a los derechos fundamentales: su apertura axiológica y semántica. Se relaciona al problema de la interpretación constitucional en dos formas: de tipo funcional y de tipo estructural. El de tipo funcional es el que presenta la interpretación del ordenamiento infraconstitucional desde la Constitución. El de tipo estructural es el concierne al parámetro de la interpretación: el contenido o ámbito de protección del derecho fundamental ¿se concluye en su enunciado constitucional o se prolonga a la legalidad ordinaria?; este último hecho ¿implica que las situaciones abarcadas por dicha legalidad las convierte en un asunto fuera o externo al derecho fundamental o constituyen, por decirlo de algún modo, un desarrollo “sin solución de continuidad” del mismo? Estas advertencias reflejan por sí la complejidad del problema y la necesidad de ahondar en ellas para alcanzar una respuesta exacta y rigurosa. Excluida esta posibilidad en este trabajo, es factible, empero, formular algunas consideraciones aproximativas. Para tal efecto, centraremos nuestro análisis en la tesis del efecto indirecto de derechos fundamentales. La teoría de la eficacia indirecta o mediata sostiene lo siguiente:

- Los derechos fundamentales despliegan su efecto normativo a través del derecho privado. “El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desenvuelve en el derecho privado por medio de las prescripciones que dominan inmediatamente este campo jurídico. (...)”⁶⁸
- Esta “influencia” “se realiza *sobretudo* en aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho obligatorio y representan, así, una parte del *ordre public* —en sentido amplio—.” (cursiva nuestra).
- “Para la realización de este influjo sirve a la jurisprudencia *sobre todo* las ‘cláusulas generales’ que, como la del art. 826 del Código Civil, remiten a

de su aplicación ni sobre las consecuencias jurídicas. Pero, sobre todo, su generalidad ha conducido siempre recurrentemente a la concepción que ellos o habrían de irrumpir destructivamente en las relaciones jurídicas o que serían carentes de contenido.” (LEISNER, Ob.cit., p. 354).

⁶⁸ BVerfGE 7, 198 (205).

juzgar la conducta humana en base a parámetros externos al derecho civil e, incluso, extrajurídicos, como el de ‘buenas costumbres’ ” (cursiva nuestra). Es decir, las cláusulas generales son “como los ‘lugares de penetración’ de los derechos fundamentales en el derecho civil”

Sintetizando, los derechos fundamentales despliegan su efecto normativo en el derecho civil, “sobre todo”, a través de cláusulas generales.

Una respuesta exacta sobre la función de las cláusulas generales como medio de irrupción del efecto normativo de los derechos fundamentales sólo puede ser ofrecida si se analizara la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Pero, si esto desborda el objetivo de este trabajo, puede al menos analizarse este problema en la sentencia del caso Lüth, justamente, debido a su condición de *leading case* o, al menos, como el *caso-muestra*.

El Tribunal Superior había condenado a Lüth en aplicación del artículo 826⁶⁹ del Código Civil alemán al pago de una indemnización y la abstención de continuar la convocatoria al boicot. Consideró tal convocatoria como un “requerimiento contrario a las costumbres”.⁷⁰ El tipo objetivo de una “acción no autorizada según el artículo 826 del Código Civil” se habría cumplido.⁷¹ “El Tribunal superior ha basado la condena del amparista en el art. 826° del Código Civil. Admite que la conducta del amparista [Lüth] habría infringido las buenas costumbres, en el sentido de esta prescripción, las ‘concepciones jurídicas democráticas y las concepciones de la costumbre del pueblo alemán” y, por eso, representaría una acción no autorizada porque no sería reconocible un fundamento de justificación jurídica”.⁷² Así, el objeto del asunto sometido al TC “se limita a la cuestión de si el Tribunal Superior, en la aplicación de esta cláusula general, ha reconocido el significado y alcance del derecho fundamental a la manifestación libre de la opinión y si ha ponderado frente a los intereses de Harlan y de la sociedades fílmicas.”⁷³

Luego prosigue:

El artículo 826 del Código Civil remite al parámetro de las ‘buenas costumbres’. Aquí no se trata de cualquier modo de principios preexistentes y, por ello, inmodificables de pura moralidad, sino de concepciones de ‘gente respetable (decente)’ de lo que ‘pertenece’ (forma parte) en el tráfico jurídico entre los coasociados. Estas concepciones son mutables históricamente y, pueden por ello —en ciertos límites— ser influidas también a través de mandatos y prohibiciones *jurídicas*. El juez que tiene que indagar, según esto, lo

⁶⁹ 826° del Código Civil (“Quien, de modo contrario a las buenas costumbres, cause daños dolosamente a otro, está obligado a la reparación del daño”).

⁷⁰ BVerfGE 7, 198 (201).

⁷¹ BVerfGE 7, 198 (202).

⁷² BVerfGE 7, 198 (214).

⁷³ BVerfGE 7, 198 (214-215).

exigido y prohibido socialmente en el caso concreto, ha de atenerse, como se desprende de la naturaleza de las cosas y como también le esta impuesto expresamente en el art. 1.3 de la Ley Fundamental, a aquellas decisiones fundamentales de valores y a los principios del ordenamiento social que él halla en la sección de derechos fundamentales de la Constitución. Es dentro de este orden de valores que, a la vez, es un orden valorativo jerarquizado, que ha de llevarse a cabo la ponderación aquí exigida entre el derecho fundamental del art. 5.1.1 de la LF y los derechos y bienes jurídicos que limitan su ejercicio.⁷⁴

El razonamiento consiste en que las buenas costumbres, en cuanto parámetro extralegal, “pueden por ello —en ciertos límites— *ser influidas* también a través de mandatos y prohibiciones *jurídicas*.” (subrayado nuestro), lo cual que significa que el juez tiene que atenerse “aquellas decisiones fundamentales de valores y a los principios del ordenamiento social que él halla en la sección de derechos fundamentales de la Constitución.” Los derechos fundamentales se introducen a través de las “buenas costumbres” para resolver el caso, vale decir, a través de un concepto jurídico indeterminado. La pregunta que habría de formularse es si la consideración de los derechos fundamentales en una controversia de naturaleza civil como la planteada se debe o procede en supuestos donde ha de aplicarse cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados (y, por lo tanto, fuera de tales casos no correspondería la consideración de aquéllos) o es que, por el contrario, esa consideración del derecho fundamental deriva no de esa circunstancia, sino de la necesaria consideración de toda controversia a partir de los derechos fundamentales que pudieran estar implicados dada la condición de derecho vigente de los mismos.

Es esta última la respuesta adecuada en nuestro concepto. Bajo la sentencia, parece subyacer la idea que las controversias civiles habrían de resolverse con la aplicación exclusiva o aislada de las normas del código civil, sin la consideración directa de la Constitución y, en particular, de los derechos fundamentales y los principios en ella contenidos. Esta idea resulta equivocada. La Constitución normativa en cuanto fuente de derecho no sólo es la norma de regulación de los modos de producción del derecho, sino, fuente de derechos y deberes. El conjunto de derechos fundamentales son *derecho vigente* y, en cuanto tal, aplicable por los operadores jurídicos y, en particular, por los jueces. Desde luego, esta circunstancia genera una consecuencia importante en la interpretación de todas las ramas del ordenamiento jurídico y, en términos más claros, la resolución de todo tipo de controversia, *a partir* o *desde los derechos fundamentales* que resulten relevantes en la resolución de las mismas. No se trata exactamente de la función interpretativa de la Constitución, traducida, en este caso, como *interpretación desde los derechos fundamentales*. Este problema yace, justamente, en el ámbito de la interpretación, sino el de la considera-

⁷⁴ BVerfGE 7, 198 (215).

ción de *norma de la que ha de derivarse un mandato, prohibición o permisión*. Tratándose de un derecho casuísticamente normado como el derecho civil, esto no excluye esa aplicación, sino que se integran, conjuntamente el derecho civil como los derechos fundamentales relevantes, como material normativo a aplicarse al caso. No existe un condicionamiento normativo para la aplicación de un derecho fundamental (no ha contarse como tal la compleja operación de la construcción de la premisa normativa aplicable al caso a partir de la variedad de material normativo), sino sólo un condicionamiento fáctico: su relevancia en la controversia civil.

Ya no se trata de integración, esta operación se produce ante la ausencia de normas del material normativo establecido positivamente, dentro del cual se encuentran la Constitución y el Código Civil y, por cierto, las normas que enuncian derechos fundamentales. Esto no descarta que los derechos fundamentales, los principios constitucionales y la Constitución como un todo represente una *norma de clausura* del ordenamiento jurídico. La conducta o acto en una relación jurídica privada que no resulta prohibida ni ordenada desde el parámetro de los derechos fundamentales y los principios constitucionales, está permitida.

Para el Tribunal Superior, la conducta de Lüth era antijurídica en base a la aplicación del artículo 826° del Código Civil, pero para el Tribunal Constitucional, dicho acto era manifestación de la libertad de expresión. Podríamos decir que el juez civil, al interpretar y aplicar el citado dispositivo civil no tuvo en cuenta el derecho fundamental a la libertad de expresión. Expresado en otros términos, que al interpretar el código civil no consideró la Constitución. Lo que para el Tribunal Superior fue una conducta prohibida, para el Tribunal Constitucional se trató de una conducta permitida por el ordenamiento jurídico. Por parte nuestra, entenderíamos que lo que para el Tribunal Superior es antijurídico, no lo es para el Tribunal Constitucional. Desde luego, el carácter antijurídico o no del boicot cuestionado es unitario, sólo que para el TC se trata, por cuestión de competencia *ratione materiae*, de juzgar la existencia o no de una antijuridicidad *iusfundamental* (en términos, o respecto, de derechos fundamentales).

Si la permisión de la convocatoria al boicot deriva de la libertad de expresión, la interpretación de las “buenas costumbres” “en clave” de aquél derecho fundamental no tiene en realidad ninguna función determinante. La pregunta es si la remisión a las “buenas costumbres” es una remisión a los “derechos fundamentales”. Si fuera así, implicaría que los derechos fundamentales estarían condicionados en su aplicación a remisiones de esta naturaleza (solo en esos supuestos podrían aplicarse), como una fuente subsidiaria. Una objeción inmediata a esta tesis sería que implicaría poner en cuestión la aplicabilidad de un derecho fundamental. Si no fuera así, dicha cláusula es irrelevante y continúe vigente o no, no condicionará nunca la aplicabilidad de un derecho fundamental, si éste es *derecho vigente*, su aplicación deviene inexorable. Desde que la Constitución adviene fuente de derecho, lo antijurídico tiene necesariamente como punto de referencia en la Constitución. El antijurídico civil no está exento de esta consecuencia.

Los derechos fundamentales ya no son reglas de interpretación, sino, como dijimos, normas que imponen directamente mandatos, prohibiciones o permisiones, es decir, “fundamentos inmediatos de derechos y obligaciones”.⁷⁵ Esta situación debe ser diferenciada de los supuestos en que éstos desenvuelven una función interpretativa. Esta función se despliega de su naturaleza axiológica, su contenido valorativo o, si se prefiere, de su consideración como mandatos de optimización y se da con motivo de aplicación de *disposiciones* cuya interpretación puede dar lugar a varias *normas* de modo tal que se opte por aquélla que realice de mejor forma un derecho fundamental o un principio constitucional. Ésta es una consecuencia de la primacía material de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, se trata de un supuesto distinto al de la aplicación directa. Ésta se da para decidir si una conducta es respecto al derecho fundamental, prohibida, mandada o permitida (la norma de derecho fundamental como parámetro de la conducta); la función interpretativa se da respecto a una disposición susceptible de variada interpretación. Por decirlo de algún modo, en aquél supuesto, el derecho fundamental interviene como *norma de conducta*, en éste último, como *norma de segundo grado*, es decir, como *norma de norma* o, *metanorma*. Dentro de este contexto, resulta claro que la aplicación de los derechos fundamentales se da con motivo de examinar si una conducta o una situación jurídica propia de una relación jurídica privada, es debida o no, mientras que la función interpretativa se dará respecto a una norma como puede ser una del código civil o del código de comercio, que es susceptible de ser interpretada en diversas formas. Siendo así, el efecto indirecto, a través del derecho privado (asumiendo como tal la tesis fundamental de esta teoría y prescindiendo de su recurso a las cláusulas generales y a los conceptos jurídicos indeterminados) deviene, en realidad, no propiamente en un problema en cuyos elementos están las normas de derechos fundamentales y las relaciones jurídicas privadas, sino, más bien, un problema de relación Constitución-Ley, es decir, una relación entre normas. Pero, ¿es el problema de la *Drittwirkung* el de cómo debe interpretarse una norma de derecho privado conforme a los derechos fundamentales (y, en general, conforme a la Constitución), o es, por el contrario, el de si las relaciones jurídicas entre particulares están regidas o no por los derechos fundamentales? Si es esto último, tal como ha sido formulado clásicamente en los propios albores de su planteamiento y como, además, el propio Tribunal Constitucional alemán se plantea en la citada sentencia del caso Lüth,⁷⁶ habría que concluir diciendo que

⁷⁵ LEISNER, Walter *Grundrechte...*cit., p. 376

⁷⁶ “La cuestión fundamental de si las normas de derechos fundamentales influyen sobre el derecho civil y cómo tiene que pensarse este efecto, en detalle, es controvertido (...). Las posiciones expresadas en esta discusión se hallan, por un lado, en la tesis que los derechos fundamentales estarían dirigidos exclusivamente contra el Estado y, por otro, en la concepción que los derechos fundamentales o algunos y, en todo caso, los más importantes de ellos, valdrían también contra todos en el tráfico jurídico privado.” BVerfGE 7, 198 (204).

una respuesta adecuada al problema planteado tendría que descartar, en principio, cualquier respuesta que no conduzca hacia su resolución. En tal sentido, lo primero que surge de esto es que no resultan apropiadas o, más bien, deberían excluirse, las tesis que se muevan en el ámbito de la interpretación de las normas de derecho privado y, con ello, la de la eficacia indirecta, debido a que ésta se da con motivo de la interpretación de una disposición del derecho privado. Se trata de un caso de la ley (jurídico privada) ante la Constitución, un problema de la relación entre legislador (de derecho privado) y Constitución, no un problema entre particulares.

Atendiendo a lo anterior, podríamos inferir que la teoría de la eficacia indirecta está aludiendo a dos supuestos en los que los derechos fundamentales no se refieren, en realidad a una forma exacta de efectos de derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado. La antes citada forma de introducción de los derechos fundamentales a través de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados (que resulta inexacta porque se trata de parámetros extralegales a los que el ordenamiento jurídico remite (normas de reenvío)) y, por otra parte, el efecto “indirecto” como efecto interpretativo.

Podríamos denominar al anterior como el argumento de la “irrelevancia”, importa ahora referirse al que designaremos, con fines sólo operativos, como argumento de la “inexactitud”. Para tal efecto, aclaremos, previamente, qué se entiende por “buenas costumbres”.

Según explica Larenz es inmoral o contrario a las buenas costumbres el daño que resulta especialmente reprochable o condenable por la finalidad perseguida, por los medios empleados o por la mentalidad que revela, todo ello medido con los criterios generales extraídos de la moral de los negocios y con las consideraciones de ‘decoro usuales’. El autor citado señala que la apreciación de un acto contrario a las buenas costumbres contiene una desaprobación ética que no se declara por su inadaptación a especiales exigencias de moralidad sino porque merece la censura de conformidad con las ideas éticas de la mayor parte de los miembros de la comunidad.⁷⁷

Así, las “buenas costumbres” constituyen referencia a un parámetro normativo extralegal, es decir, externo al derecho positivo establecido por los órganos productores de normas (Constitución, las leyes, etc.). Se trata de una norma de reenvío. Su efecto es la remisión a llamada “moral social positiva”. Las remisiones del ordenamiento a conceptos como los de confianza”, “buena fe” (242°), “buenas costumbres” (138.1°, 826°),⁷⁸ implican la admisión del ordenamiento jurídico de la insuficiencia de sus propias fuentes, de ahí su remisión a este tipo de parámetros extralegales. Pero, justamente, por esa razón, el supuesto de su aplicación presupone la ausencia de normas del derecho positivo

⁷⁷ DIEZ PICAZO, LUIS. *Derecho de daños*, 1ª ed. Madrid: Civitas S.A., 2000. Pág. 88.

⁷⁸ Los numerales citados corresponden a disposiciones del Código Civil Alemán.

legislado y, por ello, habrá de presuponer, también, la ausencia de normas de derechos fundamentales debido a que éstas también constituyen derecho positivo legislado. Consiguientemente, esto conduce a la siguiente disyuntiva: o, existe aún derechos fundamentales aplicables y, entonces, se excluye la aplicación del parámetro extralegal de “buenas costumbres”, o, ya no existe derecho fundamental alguno aplicable y, entonces, se aplica tal parámetro extralegal.⁷⁹ Así las cosas, se presenta una recíproca exclusión en la aplicación entre derechos fundamentales y “buenas costumbres”. Por eso, no hay forma de que aquéllos puedan “introducirse” a través de estas últimas.

Ahora bien, si en un caso resultase que una conducta está permitida desde el punto de vista de los derechos fundamentales, pero se halla prohibida por ser contraria a las “buenas costumbres” (a la moral social positiva), prescindiendo del resultado de este conflicto, él terminará en la “aplicación” de una y la exclusión de la otra. Esta operación de exclusión de normas aplicables es muy distinta a la de interpretación, por esto, no hay forma, en este supuesto, de que se produzca lo descrito en la sentencia Lüth: que los derechos fundamentales se “introduzcan” a través de las buenas costumbres. De ahí la “inexactitud” del razonamiento en dicha sentencia.

C. LAS CUESTIONES NORMATIVAS Y EL PROBLEMA DE CONSTRUCCIÓN

La conclusión antecedente requiere de la aclaración de dos aspectos que inciden en el problema de construcción. Su tratamiento pretende arribar a la conclusión de que la intermediación legislativa, la denominada “legalidad ordinaria”, de los derechos fundamentales no significa que éstos desplieguen una eficacia indirecta (efecto normativo indirecto).

La norma de derecho fundamental.— Los derechos fundamentales rigen en cuanto derecho vigente en mérito a la Constitución; su aplicabilidad se basa justamente en el hecho de que ésta es fuente de derecho y, por lo tanto, se hallen reconocidos por la Constitución y precisamente por disposiciones de

⁷⁹ La aserción de que ya “no exista” derecho fundamental aplicable resulta de muy dudosa exactitud. En realidad, siempre habrá forma de encuadrar un ámbito de conducta que se estima digno de protección constitucional, ya en base a la cláusula de derechos innominados en las Constituciones que la contienen, ya en base al principio de dignidad de la persona o el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, en aquéllas que no la contengan. Desde luego, si se estima que un ámbito de conducta nuevo no es digno de protección constitucional, las intervenciones en ésta estarán permitidas. Empero, si esta intervención resulta, por el contrario, adversa a la moral social positiva, es ésta la norma que se está aplicando. El problema en este caso consistirá en la ponderación entre las normas de derechos fundamentales (que puedan amparar la conducta de “intervención” “antimoral”) y la norma de la moral social positiva, sin embargo, esta operación no supone en absoluto que ésta —la “moral social positiva”— esté siendo “interpretada desde los derechos fundamentales.” Si es esto lo que en la sentencia Lüth se explica como efecto “indirecto”, se está partiendo de una caracterización que parecería ser inexacta.

rango constitucional. Por esto, su aplicación, es decir, el fungir de parámetro de enjuiciamiento en una controversia en la que resultan relevantes no deriva de la ley, sino directamente de la Constitución. Ahora bien, aun cuando la legalidad ordinaria pueda también enunciar estos derechos, ello no ocasiona que los derechos fundamentales devengan en ámbitos de legalidad ordinaria. Se tratarán sólo de disposiciones “redundantes”. Desde esta perspectiva, cuando el juez civil, laboral, de derecho comercial, etc., está resolviendo, según sea su competencia, una controversia donde se dilucida si se ha lesionado los derechos de personalidad como la intimidad, el honor, la buena reputación, la integridad personal o el derecho de propiedad (que también puede plantearse en el derecho mercantil, por ejemplo, a propósito de actos que lesionen la propiedad de acciones), la libertad contractual, el derecho de asociación, en el caso de las controversias civiles o, del derecho de igualdad, por ejemplo, en una relación laboral; decíamos, no obstante todo ello, estos jueces de derecho civil, laboral y, en general, jueces de derecho privado, están realizando en realidad una función de jueces constitucionales. La razón: resuelven controversias sobre derechos fundamentales.⁸⁰

El desarrollo legislativo de derechos fundamentales.— La circunstancia de que la ley depare desarrollo a los derechos fundamentales no varía en que es el parámetro normativo-derecho fundamental el que se está aplicando respecto a un hecho⁸¹. La legalidad ordinaria desempeña dos funciones esenciales respecto a aquéllos: su delimitación y su limitación. Lo primero significa la configuración del contenido protegido o ámbito de protección del derecho en mención, lo segundo, la restricción del derecho. Así, pues, se tiene que “el estatuto general de un derecho fundamental está constituido por normas constitucionales y normas que regulan o desarrollan el derecho”.⁸² Esto genera que, en ocasiones, al momento de determinar si un acto ha lesionado un derecho fundamental el juez tiene que acudir a la norma de desarrollo legislativo para precisar su ámbito de protección ¿Significa esta circunstancia que no hay un efecto directo, sino indirecto, del derecho fundamental? No.

La respuesta ya antecede. El efecto directo o, dicho a secas, simplemente, el efecto normativo del derecho fundamental se da cuando una conducta de una relación jurídica privada está ordenada, prohibida o permitida por aquél. El desarrollo legislativo puede precisar o delimitarlo, pero, haciendo esto, lo que pasa es que se integra con la norma constitucional; la norma de derecho fundamental se conforma así de modo complejo, pero esto no varía la condición de que la

⁸⁰ Desde que la Constitución es fuente de derecho, todo los jueces se convierten, desde esta perspectiva, en jueces constitucionales.

⁸¹ Por “aplicación” se entiende el acto de examinar la presunta antijuridicidad de un acto a la luz de una norma que, en el caso que nos concierne, se trata de una norma de derecho fundamental o, si se prefiere, conforme al “deber ser” de un derecho fundamental.

⁸² GAVARA DE CARA. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: CEC, 1994. Pág. 158.

conducta examinada lo es a la luz del derecho fundamental. De efecto “indirecto” puede hablarse en relación a la antecitada función interpretativa de los derechos fundamentales donde estos intervienen como normas de segundo grado, mas no cuando lo hacen como parámetro normativo de un acto, vale decir, como norma de conducta.

3.3 LA COLISIÓN

En qué medida los derechos fundamentales vinculan en las relaciones jurídicas privadas es lo que concierne al problema de colisión. Se trata de un asunto muy delicado y, probablemente, “el” problema que requiere un tratamiento dogmático y el de verdadera trascendencia frente a los dos anteriores.⁸³

La colisión supone la presencia de un conflicto entre derechos y/o principios constitucionales en una controversia de donde resulta que, *prima facie*, sus respectivas consecuencias jurídicas son opuestas y recíprocamente excluyentes. Ante estos conflictos, se aplica técnicas —principio de proporcionalidad— cuyo propósito general es justamente obtener una solución que coordine o integre los principios o derechos enfrentados de modo que se alcance el menor perjuicio de los mismos y un ejercicio compatible entre sí (*concordancia práctica*). No obstante, por definición, de los derechos y principios enfrentados, alguno de ellos ha de ceder en su efecto frente al contrario. Esto mismo sucede en las controversias relativas a relaciones jurídicas privadas, caracterizándose por el hecho de que, al menos, uno de los intereses contrapuestos es un derecho fundamental y que la determinación de su afectación exige una operación de ponderación (en sentido amplio). Sin embargo, para conocer con exactitud cuáles son las particularidades de estas operaciones en las relaciones jurídicas privadas, es necesaria una investigación en la jurisprudencia constitu-

⁸³ ALEXY sostiene que para las teorías sobre el problema de construcción, “Para todas ellas, la medida del efecto iusfundamental [o de derechos fundamentales] en la relación ciudadano/ciudadano es, en última instancia, una cuestión de ponderación.” ALEXY, R. Ob.cit., p. 514. Para BILBAO UBILLOS. “El verdadero problema, no es si la aplicación de los derechos fundamentales es mediata o inmediata (problema de ‘construcción’), sino coordinar y armonizar esa vigencia con los principios y valores específicos del Derecho privado presentes en cada caso (problema de ‘colisión’).” V. su obra *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. Págs. 377 y 849-850). En sentido análogo, para ESTRADA, Alexei Julio, el asunto termina en un problema de ponderación, es decir, “una cuestión de aplicación judicial de los derechos fundamentales a un litigio de derecho privado, y tiene escasa relevancia si ello tiene lugar recurriendo al procedimiento más complejo de la *Drittwirkung* mediata (invocar una cláusula general que a su vez contiene un derecho fundamental) o la vía más expedita de la eficacia directa.” V. su trabajo *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001. Págs. 126 y 304.

cional sobre este ámbito. Por eso, en este contexto, sólo una formulación muy general como la descrita antes puede afirmarse.

Con efectos meramente operativos y en vía de inicial aproximación, podría efectuarse una clasificación de los tipos de conflictos que pueden presentarse en relaciones jurídicas privadas donde intervienen derechos fundamentales. Estos serían:

- a) *Derechos fundamentales frente a derechos fundamentales.* En estos supuestos, la colisión se da entre derechos fundamentales de distintos titulares. Esto se presenta, por ejemplo, en el citado caso de la antena parabólica donde se hallaban en colisión el derecho de información del arrendatario con el derecho de propiedad del arrendador. Los casos frecuentes de colisión entre la libertad de información con el derecho a la intimidad o el derecho al honor. El de la libertad de contratación de una empresa de magnitud y de contratación masiva con el derecho a la igualdad si es que, por ejemplo, los requisitos estipulados fueran carentes de base objetiva y razonable.
- b) *Derechos fundamentales frente a derechos legales.* Se trata de una hipótesis cuya constatación práctica o jurisprudencial no contamos. Sin embargo, resulta admisible esta posibilidad dado que la única diferencia respecto al supuesto anterior es el rango “legal”, ahora, de uno de los derechos en colisión. El caso de la renuncia de alimentos citado puede representarse como conflicto entre un derecho “legal”, en cuanto reconocido por el Código Civil, de renuncia a alimentos (de la madre), frente al derecho fundamental a la asistencia del menor. Sin embargo, podría objetarse que la renuncia no es sino manifestación de la autonomía privada y, por ello, del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, con lo cual, la renuncia devendría en cuanto derecho fundamental. En todo caso, en esta segunda categoría, estarán los derechos “legales” que sean autónomos y no manifestación de derechos fundamentales. Sólo en este supuesto, resultaría admisible esta categoría.
- c) *Derechos fundamentales frente a potestad disciplinaria privada.* Se presenta con motivo de aplicación de sanciones disciplinarias por personas jurídicas de derecho privado que puedan significar una lesión del derecho de asociación o de cualquier otro derecho fundamental.⁸⁴ Estos casos se presentan, por ejemplo, en supuestos de ejercicio de potestades disciplinarias del empleador hacia el trabajador o el que ejercen las asociaciones.

⁸⁴ Piénsese, por ejemplo, en la aplicación de una sanción de suspensión o una multa que haya sido impuesta al miembro de una asociación por haber emitido un juicio negativo sobre la administración de la junta directiva. Aun cuando no estaría en cuestión el derecho de asociación por no tratarse de una sanción de expulsión, no cabe duda que la multa es una lesión del derecho a la libertad de opinión.

La tipología reseñada conduce a inferir que, en realidad, las controversias relativas a efectos horizontales de derechos fundamentales no se caracterizan, exactamente, por enfrentar dos titulares de derechos fundamentales, sino porque presenta (1) dos particulares (personas naturales o personas jurídicas de derecho privado) y porque (2) en su resolución resulta determinante el análisis de derechos fundamentales, para concluir que el acto cuestionado se encontraba permitido o prohibido. Si esto fuera así, no sería muy exacta la caracterización de los efectos horizontales como casos donde, a diferencia de las relaciones verticales Estado/ciudadano, los sujetos intervinientes son portadores de derechos fundamentales. El que sean portadores no significa que la controversia implique, por definición, un conflicto de derechos fundamentales, porque podría presentar cualquiera de los otros dos supuestos antes descritos (derechos fundamentales frente a potestad sancionatoria o derechos fundamentales frente a derechos legales) y no por ello, dejar de ser, un caso claro de efectos horizontales (un caso de *Drittwirkung*).

El instrumento conceptual que permitirá resolver el problema de colisión será el *principio de proporcionalidad* con sus tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Aun cuando es en este último caso —proporcionalidad en sentido estricto— donde se da en puridad la operación de ponderación, no habría que descartar la eventual utilidad que las otras dos variantes del principio pueda ofrecer dado que se reconoce al principio, con sus tres variantes, una herramienta de utilidad también al momento de examinar las lesiones de derechos fundamentales en relaciones jurídico privadas.

4. TIPOLOGÍA DE LOS ACTOS EN LAS RELACIONES JURÍDICAS PRIVADAS: SUPUESTOS TÍPICOS DE DRITTWIRKUNG

¿Cuándo estamos ante una controversia de *Drittwirkung*? En principio, debe precisarse que no todos los derechos fundamentales despliegan su efecto en las relaciones jurídicas privadas; hay algunos que por su propia naturaleza son oponibles sólo al Estado, por ejemplo, el derecho a la nacionalidad, al asilo, a la tutela jurisdiccional. Asimismo, los sujetos que intervienen en la relación jurídica pueden ser persona naturales o personas jurídicas de derecho privado.⁸⁵ Sin embargo, uno de ellos intervendrá como titular del derecho fundamental y, el otro, como destinatario del mismo.

Ahora bien, para una caracterización más adecuada de los supuestos que pueden ofrecer un problema de *Drittwirkung*, con efectos prácticos y operativos, pueden establecerse los grandes ámbitos que agrupan diversidad de mani-

⁸⁵ Desde luego, las persona jurídicas de derecho privado serán titulares de derechos fundamentales en cuanto así lo permita la naturaleza del derecho.

festaciones particulares que, empero, guardan un nexo común. No se trata, precisamente, de una clasificación según la naturaleza de los actos, aunque intenta elaborarse, en cierta medida, en base a la característica central que da lugar a variadas manifestaciones. Tratándose sólo de una aproximación general y preliminar, tendríamos el siguiente esquema:

- a) *Negocios y actos jurídicos*. Comprende todo los tipos de negocios jurídicos: unilaterales, bilaterales y plurilaterales cuyo fundamento radica en la autonomía privada (v.gr. testamentos, contratos, contratos de arrendamiento, renunciaciones de derechos, donaciones, etc.).
- b) *Actos sancionatorios*. Se tiene aquí las sanciones que impone un particular que desempeña una función de autoridad o detenta una situación de tal naturaleza en el ámbito de una persona jurídica de derecho privado. Su fundamento reside, por ello, en el ejercicio de una potestad sancionatoria privada. Ésta es, por ejemplo, la situación de un empleador que aplica sanciones disciplinarias (llamadas de atención, suspensión, multa, despido) o las que aplican las asociaciones en base a sus estatutos que puedan lesionar derechos fundamentales.
- c) *Actos administrativos de autoridades privadas o particulares*. Se trata de actos expedidos por órganos administrativos de personas jurídicas de derecho privado con el propósito de cumplir los fines de las mismas, ya en interés de ésta o de sus miembros. Téngase aquí los acuerdos o resoluciones de asociaciones, sindicatos, partidos políticos, sociedades comerciales, las decisiones u ordenes de empleadores —en relaciones laborales sometidas al régimen de derecho privado— en ejercicio de su potestad de dirección y organización (siempre que sean actos concretos o individuales y no asuman la condición de actos normativos que son reconducibles, más bien, a la categoría siguiente) como traslados de personal, realizar una labor determinada (que el trabajador estime contraria a su libertad de conciencia, por ejemplo), los procesos de elección de los órganos de las personas jurídicas privadas, etc.
- d) *Actos jurídicos normativos*. Las personas jurídicas de derecho privado, v.gr. las asociaciones, tienen la potestad de auto organización, cuya manifestación principal son los estatutos. Bien claro resulta que no son, a diferencia de los supuestos precedentes, actos individuales o concretos, sino normas aunque emitidas por particulares que, también, han de estar vinculadas a los derechos fundamentales. Se trata aquí de los estatutos y reglamentos que expiden asociaciones de todo tipo, sindicatos, clubes, entre otros, cuyas disposiciones pueden eventualmente ser contrarias a derechos fundamentales. Por ejemplo, disposiciones sobre procedimiento disciplinario que sean contrarias a las garantías del debido proceso. La circunstancia de que, a diferencia de los otros supuestos de *Drittwirkung*, no se trate de un acto (lesivo de derechos fundamentales), sino de una norma, convierte a este caso sustancialmente diferente respecto al resto; sin em-

bargo, el punto común reside en la vinculación que debe, en cuanto norma, a los derechos fundamentales.⁸⁶

- e) *Actos antijurídicos*. Se trata de actos libres en ejercicio de derechos constitucionales o legales que devienen en antijurídicos por lesionar derechos constitucionales y que pueden adoptar la forma de ilícitos civiles, de responsabilidad extracontractual o de querrela penal, según la vía adoptada por el afectado. Tenemos aquí todos los supuestos de ilícitos civiles como los de la sentencias Lüth o Blinkfüer del Tribunal Constitucional alemán. Es decir, casos de responsabilidad extracontractual en los que sean relevante derechos fundamentales. A diferencia de los supuestos precedentes donde se presentan actos en ejercicio de la autonomía privada, de una potestad disciplinaria, de una función administrativa o de autoridad, o de una potestad normativa, el presente representa un caso de ilícito.

5. SU PLANTEAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

La problemática del efecto horizontal de los derechos fundamentales o eficacia frente a terceros de los mismos (*Drittwirkung der Grundrechte*) consiste fundamentalmente en saber si los derechos fundamentales vinculan las relaciones jurídicas privadas. La relación jurídica privada en la que los sujetos intervinientes tienen entre sí un mandato, obligación o permiso derivado de derechos fundamentales. ¿Cómo se plantea el efecto de los derechos fundamentales o, en términos de la Constitución de 1993, de los derechos constitucionales, en las relaciones jurídicas privadas en el ordenamiento constitucional peruano? ¿Se ha planteado, realmente, este problema en la Constitución peruana?

Como veremos, este problema también se presenta en el ordenamiento jurídico peruano. El hecho de que éste admita los procesos constitucionales de tutela de derechos como el hábeas corpus, hábeas data y el amparo no sólo frente a actos de autoridades, sino también de particulares, no significa que este problema se halle ausente. Por el contrario, él también se plantea, aunque, ciertamente, con matices respecto de la forma en la que se presenta en el ámbito donde surgió esta discusión: Alemania.

Los efectos horizontales de los derechos fundamentales constituye un problema de derecho sustantivo: la resolución de una controversia de derecho privado en base a derechos fundamentales o, expuesto en otros términos, si los particulares son sujetos destinatarios de los derechos fundamentales. Cabe se-

⁸⁶ Es de resaltar que la Ley de la Jurisdicción de Constitucional de Costa Rica (art. 73, inciso 1) comprende a este tipo de disposiciones como normas objeto de control de la acción de inconstitucionalidad. El artículo 73º, inciso 1), de dicha ley establece lo siguiente: “Cabrá la acción de inconstitucionalidad: (...) Contra leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional (...)” (cursiva nuestra).

ñalar que aunque tiene implicancias procesales, no es un tema procesal. Por el contrario, al ser un problema de derecho sustantivo, se plantea independientemente del proceso, constitucional u ordinario, en cuya sede haya sido planteado. Es la naturaleza de la controversia la que resulta determinante. De esta forma, tanto los jueces competentes en materia ordinaria (civil, comercial, cooperativa, laboral) como el juez constitucional o Tribunal Constitucional conocen casos de esta naturaleza.

Para el tratamiento del efecto horizontal de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano, proyectaremos nuestro análisis en los tres aspectos en los que se suele descomponer este problema: a) el de si existe o no estos efectos horizontales, b), cómo se despliegan (*problema de construcción*) y, finalmente, c), en qué medida o intensidad se proyectan esos efectos (*problema de colisión*).⁸⁷ El objeto de esta parte del trabajo es específicamente la descripción de la respuesta que el ordenamiento peruano ha dado a estos interrogantes y, en particular, la de su Tribunal Constitucional (en adelante TC), finalizando con una breve observación a los supuestos de efectos horizontales y la vías de protección de derechos fundamentales en estos casos.

5.1 EL EFECTO HORIZONTAL

La Constitución peruana no contiene una disposición que explicita la eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales.⁸⁸ Sin embargo, partiendo de la interpretación de algunas de sus disposiciones y de la que de ella ha hecho el Tribunal Constitucional, se puede afirmar que, en efecto, los derechos constitucionales proyectan su fuerza normativa al ámbito de las relaciones entre particulares. Tres disposiciones constitucionales permiten inferir dicho efecto como vigente en nuestro ordenamiento jurídico que, como veremos luego, son los que emplea el Tribunal Constitucional:⁸⁹

- el principio de dignidad de la persona
- el principio de primacía de la Constitución
- la procedencia del amparo contra actos u omisiones provenientes de particulares

⁸⁷ Las denominaciones de dos de los problemas como de “construcción” y “colisión”, lo hallamos en ALEXY, Robert Ob.cit., p. 511. Plantean de este modo los problemas implicados en la problemática de los efectos horizontales: STERN, Klaus *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 1514: “si y en qué medida”; Leisner plantea el problema de “si” hay efectos horizontales y el de la “forma de aplicación” en el despliegue de esos efectos. V. LEISNER, Walter *Grundrechte und Privatrecht*, cit., pp.306 y ss., 354 y ss., respectivamente.

⁸⁸ Tal es el caso, como es sabido, del artículo 18.1 de la Constitución de Portugal de 1976.

⁸⁹ Salvo indicación contraria, en lo que sigue, cuando aludimos a la Constitución, lo hacemos a la del ordenamiento jurídico peruano.

De modo análogo a la fundamentación que Nipperdey⁹⁰ y Leisner⁹¹ formulan respecto a la Ley Fundamental (Alemania), el efecto en terceros halla en la dignidad de la persona un argumento a favor. La dignidad constituye un principio fundamental del ordenamiento constitucional peruano que inferimos de las referencias que a él hacen los artículos 1º y 3º de Constitución.⁹² En efecto, el artículo 1º establece lo siguiente: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” Por su parte, el artículo 3º lo menciona como principio del que pueden derivarse derechos fundamentales innominados.

El significado jurídico político de este principio es el reconocimiento del valor central de la persona en el Estado peruano, lo cual, implica que el Estado y el propio orden social se justifican o legitiman su razón de ser en la consecución de este principio. Desde una perspectiva más jurídico constitucional, trae consigo dos consecuencias: en cuanto “fin supremo” impone la protección y promoción de la persona y, por otro lado, que esa proyección no se circunscribe respecto al Estado, sino también a la sociedad, pues el respeto de la dignidad se impone, según el citado artículo 1º, como “fin supremo de la sociedad y del Estado”. Ahora bien, protección y promoción de la dignidad de la persona se manifiesta en la protección y promoción de los derechos fundamentales. Por esto, el “respeto de la dignidad” al que alude la Constitución es, justamente, el que se debe a los derechos fundamentales. Este “respeto” significa jurídicamente sujeción, *vinculatoriedad*, a aquéllos. Por otra parte, si como señalamos antes, el principio de dignidad de la persona se proyecta también al Estado-sociedad, además del Estado-aparato, resulta que no sólo es éste el sujeto destinatario de los derechos fundamentales, sino también la sociedad en general, vale decir, los particulares. Es por esto que las relaciones jurídicas que se dan en este ámbito y, en cuanto tales, son justamente de derecho privado, se hallan vinculadas a, o, han de “respetar”, los derechos fundamentales.

El principio de primacía de la Constitución⁹³ no significa sólo la primacía de ella respecto al resto de normas de ordenamiento jurídico (art. 51º Const.) y la consiguiente subordinación de éstas a aquéllas, sino también que, en cuanto fuente de derecho, sus normas vinculan al Estado y a la sociedad. En efecto, la Constitución establece en su artículo 38º que “*Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.*” Así, en el respeto y cumplimiento de la norma fundamental impuestos

⁹⁰ NIPPERDEY, Hans Carl “Grundrechte und Privatrecht”, en Nipperdey, H.C. (Herausgeber) *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*. München, Berlin: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1962. Págs. 17 y ss.

⁹¹ LEISNER, Walter *Grundrechte und Privatrecht*, cit., pp. 139-151.

⁹² V. MENDOZA ESCALANTE, Mijail *Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano*, 1ª ed. Lima: Gráfica Bellido S.R.L., 2000. Págs. 187 y ss.

⁹³ V. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Los principios fundamentales...*, cit., pp. 201 y ss.

a todos los peruanos, se está enunciando la vinculatoriedad de éstos a dicha norma y, desde luego, a los derechos fundamentales contenidos en ella.

Finalmente, en coherencia con lo anterior, los procesos constitucionales de tutela derechos como el hábeas corpus, amparo y hábeas data, proceden contra lesiones provenientes de particulares así como de autoridades (art. 200°, incisos 1, 2 y 3). El que se reconozca legitimación procesal pasiva a los particulares o “personas” presupone que éstas están vinculadas a los derechos fundamentales y, de allí, que la protección procesal de éstos se oriente también contra lesiones de particulares. Por esta razón, habría que precisar que no es que en la Constitución peruana hay efectos en terceros porque el amparo procede contra particulares, sino, a la inversa, que justamente esa procedencia se debe a la existencia de efectos horizontales de derechos fundamentales. Así las cosas, la circunstancia procesal descrita es sólo consecuencia de la admisión implícita por el ordenamiento constitucional de la eficacia horizontal.

El Tribunal Constitucional peruano ha afirmado, el efecto interprivatos de los derechos fundamentales. Sin embargo, puede advertirse dos etapas en el desarrollo argumentativo del mismo. Inicialmente, no se plantea la necesidad de fundamentarlo y lo da por admitido. Esto resulta perfectamente comprensible en el ordenamiento jurídico peruano desde la consideración procesal señalada antes. Asimismo, no efectúa un pronunciamiento global sobre el problema, sino que se refiere concretamente a la vinculación al derecho al debido proceso y sus diversas variables en el ámbito de los procedimientos disciplinarios efectuados en entes corporativos privados.

La primera sentencia es de 12 de diciembre de 1996 recaída en el caso Arnillas Gamio (Exp. N° 067-93-AA/TC), en ella el Tribunal Constitucional se expreso en los siguientes términos:

... no es argumento válido para desestimar la presente demanda, el empleado por el Club emplazado, que sostuvo que ‘la sanción adoptada por la Junta Calificadora y de Disciplina en el caso del demandante respondió a los estatutos del Club (...) y que es meridianamente claro que ese proceso (disciplinario) no puede ser considerado bajo las formalidades propias de un juicio o procedimiento judicial’, lo que *no parece aceptable*, por cuanto el respeto de *las garantías del debido proceso, no puede soslayarse*, de modo que *también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado*, como el desarrollado por el Club demandado; (...) (cursivas nuestras).⁹⁴

El artículo 235° de la Constitución peruana de 1979, que estaba vigente al momento de los hechos materia del proceso, enunciaba bajo la denominación

⁹⁴ Las sentencias del Tribunal Constitucional peruano citadas a lo largo de este trabajo pueden ser consultadas en Internet en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>>. El criterio de búsqueda a emplearse puede ser el número de expediente o el nombre del caso que se consigna.

“garantías de la administración de la justicia”, entre otros aspectos, el derecho al debido proceso y los derechos que éste, a su vez, comprende. De una lectura literal de la norma si se entiende que la “administración de justicia” es exclusiva del Estado e incluso, en función de una interpretación sistemática —formal— de la disposición citada —su ubicación en el capítulo concerniente al Poder Judicial— habría que concluir en que, en principio, dicha Constitución no proyectaba el efecto del derecho al debido proceso y sus componentes a los procedimientos disciplinarios en personas jurídicas de derecho privado. Sin embargo, en aplicación de una interpretación *pro homine* y orientada a la *vis expansiva* de los derechos fundamentales, el Tribunal reconoce que este tipo de derechos “también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado”. La aplicación ulterior de este principio a casos similares ya en aplicación de la Constitución vigente de 1993 y, concretamente del artículo 139º de ésta que enuncia el derecho al debido proceso y sus variables, no ha variado.

Esta fase inicial se caracteriza por la resolución y la admisión de un significativo número de acciones de amparo justamente contra sanciones disciplinarias por entes corporativos privados (asociaciones, cooperativas, etc.) que continúan la línea argumentativa trazada en el caso Arnillas Gamio y se prolonga hasta el inicio de una segunda fase donde el Tribunal intenta fundamentar este efecto interprivatos de derechos fundamentales. Aunque puede hallarse una sentencia anterior de fundamentación análoga,⁹⁵ esta fase puede representarse con la sentencia de 11 de julio de 2002, en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, donde se cuestionaba el despido unilateral del que habían sido objeto los miembros del sindicato recurrente y se alegaba la lesión del derecho al trabajo y la libertad sindical. En esta ocasión, el Tribunal se planteó el problema constatando que se trataba de un caso de efica-

⁹⁵ Se trata de la sentencia recaída en el caso Cossio Tapia y otros (Exp. 1112-1998-AA/TC) de 21 de enero de 1999 donde los recurrentes cuestionaban el despido del que habían sido objeto. En esta ocasión, el TC sostuvo: “Que la tipicidad de la falta y el derecho de defensa, son aspectos constitutivos del debido proceso amparado por el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, en la medida que garantizan estándares mínimos de justicia que, junto a otros que lo conforman, hacen posible una tutela judicial válida y legítima. Por consiguiente, si conforme se afirmó en fundamentos anteriores, el acto de la demandada resultó lesivo de la tipicidad de la falta y del derecho de defensa, es además el derecho al debido proceso, el que ha resultado conculcado. Circunstancia ésta que permite, a este supremo intérprete de la Constitución, reiterar la plena eficacia, *erga omnes*, de los derechos fundamentales de orden procesal, constitutivos del denominado derecho constitucional procesal, *también en el seno de las instituciones privadas* — como es el caso de la demandada— *en mérito a la eficacia inter privatos o eficacia frente a terceros, del que ellos se hallan revestidos, como todo derecho constitucional; por lo que, en consecuencia, cualquier acto que, dentro de aquel ámbito, pretenda conculcar o desconocerlos, como el de la demandada, resulta inexorablemente inconstitucional.*” (Fundamento número 6) (cursiva nuestra con excepción de *inter privatos*).

cia horizontal y que debía ser abordado en ese contexto.⁹⁶ El efecto horizontal de los derechos fundamentales es expresado en estos términos:⁹⁷

La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, ‘Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)’. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su *fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, (...)* En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional. (Fund. N.º 6) (cursiva nuestra).

Ahora bien, como se anticipó, las premisas constitucionales que le permiten afirmar el efecto horizontal radican en el principio de primacía de la Constitución, la dignidad de la persona y la legitimación procesal pasiva en los procesos de tutela de derechos. En la sentencia inmediatamente citada, es el principio de primacía de la Constitución y la consideración de su fuerza normativa de la que deriva el efecto horizontal. El TC parte del reconocimiento del principio de primacía de la Constitución y, deriva de ello, que cuando el artículo 38° alude al cumplimiento de la Constitución por los particulares, significa ello la vinculatoriedad de las relaciones jurídicas privadas a los derechos fundamentales o, lo mismo, que dicha vinculación se proyecta también a las relaciones entre particulares. Se explica esto cuando sostiene que “la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su *fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares*”. Luego de ello, infiere que “cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos (a los derechos fundamentales), (...), resulta inexorablemente inconstitucional.” Quiere decir esto que, si el acto particular es contrario a derecho fundamental alguno, deviene inválido o ilícito. Esta línea de argumentación es seguida en una sentencia importante a la que luego glosamos.⁹⁸

Es recientemente en sentencia de 13 de marzo de 2003, en el caso Llanos Huasco (Exp. 976-2001-AA/TC), donde emplea el principio de dignidad. De

⁹⁶ “(...) Por esta razón, la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, como en la presente controversia, debe también plantearse tomando como base a la eficacia *inter privatos* de los derechos constitucionales.” (Fund. N.º 7) (cursiva nuestra).

⁹⁷ Exp. 1124-2001-AA/TC.

⁹⁸ Caso Llanos Huasco (Exp. 976-2001-AA/TC), F. 5, penúltimo párrafo.

modo similar a lo que en su momento sostuvo Nipperdey y Leisner⁹⁹, aunque asumiendo también la concepción de los derechos fundamentales como ordenamiento valorativo objetivo del Tribunal Constitucional alemán, cuya sentencia del caso Lüth cita además, considera el Tribunal peruano que:

(...), esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1º de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que ‘La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’. (Fundamento número 5, octavo párrafo).

Por último, esta misma sentencia alude al argumento procesal de la legitimación pasiva. Señala que además de los artículos 1º y 38º ya citados, esta circunstancia se orienta también en la dirección del efecto interprivatos. Sostiene:

Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones y omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones *inter privados* y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos. (Fundamento número 8, 2º párrafo).

5.2 EL PROBLEMA DE CONSTRUCCIÓN: LA FORMA DEL EFECTO NORMATIVO

Si la Constitución vigente no contiene disposición expresa respecto al efecto horizontal de los derechos fundamentales, tampoco, como es lógico, precisa si el efecto ha de ser directo o indirecto. Sin embargo, el Tribunal, en la citada sentencia del caso Llanos Huasco, ha afirmado que se trata de una eficacia directa, aunque, precisando que ello no significa “que el juez constitucional pueda realizar un control de la misma intensidad como la que normalmente se realiza en los actos que emanan de los poderes públicos. (...)” (sic) (Fundamento número 8, 3er párrafo).¹⁰⁰ Este matiz de la intensidad de control que efectúa se proyecta ya sobre el modo de resolver el problema de colisión, por lo que puede afirmarse que según la jurisprudencia constitucional peruana, el efecto horizontal de los derechos fundamentales es directo o inmediato.¹⁰¹

Ahora bien, lo que el TC entiende como efecto directo de los derechos fundamentales, puede ser comprendido con mayor claridad cuando, en la senten-

⁹⁹ V. Supra notas a pie de página 4 y 5.

¹⁰⁰ Si bien en la misma sentencia se menciona que los derechos fundamentales tienen también efecto “indirecto”, con ello se está refiriendo a la protección de derechos fundamentales a través de la jurisdicción ordinaria. V. Sentencia, caso Llanos Huasco, cit., F. 9.

¹⁰¹ En sentido análogo, en el Caso Chávez Zúñiga, sentencia de 15 de octubre de 2002 (Exp. 410-2002-AA/TC), F. 6, párrafo 4º.

cia del caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, refiriéndose a la fuerza normativa de la Constitución —que la deriva del art. 38° de ésta— alude específicamente a lo que denomina como su “fuerza regulatoria de relaciones jurídicas (...) entre particulares” (F. 6).¹⁰² Esta afirmación no significa sino reconocerlos como auténticas “normas de conducta”. Es decir, con aptitud prescriptiva de mandatos, prohibiciones o permisiones en las relaciones jurídicas privadas. Así, a la fuerza activa y pasiva de los derechos fundamentales sobre el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, se añade esta denominada “fuerza regulatoria”. De este modo, la opción de atribuir efecto indirecto a los derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas, entendiendo como tal el que despliegan a través de conceptos jurídicos abiertos o cláusulas generales del derecho privado y el que opera por medio de la interpretación de las normas jurídico privadas, ha sido, por lo menos hasta el momento, descartada. En este sentido, habría que concluir que para el TC el efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas no se halla condicionado ni circunscrito a un efecto indirecto en el sentido antes descrito.

Ciertamente, esto no va en desmedro de reconocer la función interpretativa de los derechos fundamentales en la interpretación de la ley y del ordenamiento infraconstitucional en general. En nuestro concepto, de efecto indirecto de derechos fundamentales, en sentido estricto, sólo puede hablarse del que despliegan en la *función interpretativa* respecto al resto de normas del ordenamiento infraconstitucional. Esto es, cuando ante la interpretación de una disposición jurídica —la que fuere— que ofrece diversas posibilidades interpretativas —normas—, el derecho fundamental relevante impone la adopción de la que lo optimice de mejor forma. Se está aquí ante la denominada “eficacia irradiante” (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales. Sin embargo, la admisión de esta función no se yuxtapone ni sustituye al efecto “regulatorio” de aquéllos. En este último, el derecho fundamental interviene como parámetro de una conducta o de una relación jurídica privada, mientras que en el efecto interpretativo interviene como parámetro de la interpretación de una norma. En un caso como “norma de conducta” o “norma primaria”, en el segundo, como “norma sobre la producción de normas” o “norma secundaria”.

Ahora bien, la admisión de este efecto no obsta al propio Tribunal en reconocer la intermediación de la ley.¹⁰³ Ésta tiene una función delimitadora y limitadora del contenido del derecho, sin embargo ello no conduce a que termine por suplantar al derecho fundamental porque, conforme él mismo lo indica, la ley ha de respetar su contenido esencial (se alude al “contenido constitucionalmente protegido” F. 7, 1er párrafo). La intermediación de la ley no elimina ni excluye la intervención del derecho fundamental como parámetro de conducta.

¹⁰² Sentencia de 11 de julio de 2002, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL.

¹⁰³ Sentencia de 13 de marzo de 2003, caso Llanos Huasco (Exp. 976-2001-AA/TC).

Por el contrario, la concretización del contenido de un derecho y su limitación contribuyen a precisar sus alcances, pero esa función también la desenvuelve a menudo la jurisprudencia constitucional, máxime en ausencia de desarrollo legislativo de los derechos. Un ejemplo ilustrativo de esto puede verse en la determinación del contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio a través del código penal o del código civil, situación que puede extenderse a otros derechos fundamentales, bajo la advertencia que, ciertamente, ello no agota su contenido constitucional.

Si volvemos al caso Arnillas Gamio, por referimos sólo al caso inicial donde se emplaza el problema de efectos horizontales, se aprecia que el TC proyecta el efecto regulatorio del derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa, al ámbito del procedimiento sancionatorio en una persona jurídica de derecho privado. La aplicación del derecho al debido proceso se efectúa de modo directo. Este *modus operandi* ha sido continuado hasta hoy sin ruptura en los procesos de amparo contra actos sancionatorios de entes corporativos privados¹⁰⁴, habiendo, incluso afirmado, en el caso Cárdenas Torres, con relación al derecho de defensa, que “no se puede argumentar que no era necesario iniciar procedimiento alguno para sancionar al demandante, dado que *aunque el Estatuto de la emplazada no contiene ninguna norma sobre la particular*, dicho documento no puede estar por encima de la Constitución (...), ni tampoco ignorar los derechos fundamentales que ella reconoce.”¹⁰⁵ Dentro de esta perspectiva, resulta claro que aun cuando el estatuto de la persona jurídica no estableciera normas que regularan el procedimiento sancionatorio con el propósito de garantizar el derecho al debido proceso, éste y, por tanto, los derechos y principios que lo componen, han de aplicarse directamente.

5.3 EL PROBLEMA DE COLISIÓN

Las colisiones entre derechos fundamentales en los casos de efectos horizontales, según el TC, han de resolverse considerando la diversa “intensidad” que ellos despliegan respecto al Estado. Ahora bien, en su concepto, además de considerar este matiz de “intensidad”, en estos casos, corresponderá la aplicación del principio de “proporcionalidad y razonabilidad”.¹⁰⁶ Así, las operaciones que han

¹⁰⁴ Entre otras, de la reciente jurisprudencia, puede citarse las sentencias recaídas en los siguientes casos: Caso Pacheco Chávez, de 22 de diciembre de 2000 (Exp. 713-2000-AA/TC); caso Calderón Díaz, de 23 de octubre de 2001 (Exp. 101-2000-AA/TC); caso Beltrán Ramos, de 29 de noviembre de 2001 (Exp. 083-2000-AA/TC); caso Noriega Gárate, de 20 de diciembre de 2001 (Exp. 902-2000AA/TC); caso Valencia Campoverde, de 19 de junio de 2000 (Exp. 484-2000-AA/TC); caso Ortega Pílares, de 9 de octubre de 2002 (Exp. 1074-2001-AA/TC); caso Cárdenas Torres, de 9 de octubre de 2002 (Exp. 1401-2001-AA/TC), etc.

¹⁰⁵ Caso Cárdenas Torres, de 9 de octubre de 2002 (Exp. 1401-2001-AA/TC), F. 3, cursiva nuestra.

¹⁰⁶ Sentencia, caso Llanos Huasco, cit., F. 8, último párrafo, *in fine*.

de efectuarse para resolver los problemas de colisión en las controversias jurídicas privadas deberán resolverse, así hay que entenderlo, de acuerdo al principio de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*) en sus tres variantes de adecuación (idoneidad), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Esto ha sido afirmado por el TC, concretamente, respecto al ejercicio de las potestades de dirección del empleador respecto a los derechos constitucionales del trabajador. En su concepto, si bien la empresa empleadora “dispone de *potestades empresariales de dirección y organización* y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas *deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador*.”¹⁰⁷ Situación que implica que “las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden variar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, *no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable*.”¹⁰⁸ (cursiva nuestra).

Algunos casos resueltos por el TC muestran el empleo del principio de proporcionalidad en su variante de *necesidad*, con el propósito claro de hallar una *concordancia práctica* de los elementos en colisión. Un caso de singular interés es aquel donde la controversia consiste en la colisión entre libertad de tránsito y potestad sancionatoria privada de una asociación.¹⁰⁹ La aplicación de una sanción —suspensión de la condición de socio— traía consigo el impedimento de acceso a su propiedad. La conclusión a la que arriba el TC es que su condición de propietario (derecho de propiedad) no podía verse afectado por la sanción de suspensión. Este caso fue resuelto en aplicación del principio de proporcionalidad y, concretamente, como se advierte, en su variante de necesidad. En él, se razonó en el sentido de que “el recurrente es propietario de un inmueble, cuyo derecho de acceder a él no se podía ver en modo alguno afectado como consecuencia de aquélla (...)”. Concluye en que, por la razón antes mencionada, dicha sanción “no alcanza[...] a la libertad de acceder al domicilio”. El TC considera razonable la sanción de suspensión del asociado en función de la infracción cometida, empero, objeto que aquélla tenga que ser afectada. Como consecuencia, el ámbito legítimo de aplicación de la sanción no podrá afectar el derecho a la libertad de tránsito como tampoco el derecho de propiedad.

Otro caso es el de la instalación de dos tranqueras para el control de acceso a una urbanización, una eléctrica operada con una tarjeta magnética para uso exclusivo de los miembros de una asociación, la otra mecánica operada por el personal de vigilancia para uso de personas residentes mas no asociadas y para el resto de personas.¹¹⁰ El afectado —un residente no aso-

¹⁰⁷ Sentencia de 11 de julio de 2002, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, F. 7.

¹⁰⁸ Sentencia, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A., cit., F. 7.

¹⁰⁹ Caso Pereyra Graham (Exp. 0362-02-HC/TC), sentencia de 18 de abril de 2002.

¹¹⁰ Caso Mamani Tejada (Exp. 481-2000-AA/TC), sentencia de 6 de diciembre de 2001.

ciado— alegaba que la asociación al haber instalado este sistema afectaba el derecho a la igualdad, la libertad de tránsito y el derecho de asociación (en su vertiente negativa de no asociarse). Por su parte, la asociación demandada la justificaba “en resguardo de la seguridad, tranquilidad y patrimonio de todos los vecinos”, alegación que el TC la va a reconducir al derecho a la seguridad personal (art. 2, inc. 24), añadiendo, además, el derecho de asociación (en su vertiente positiva de facultad de asociarse). Para el TC, “no es razonable que quienes han decidido no asociarse o son simplemente visitantes de la Urbanización (...), tengan que recibir un trato distinto en un sistema que precisamente se ha edificado sobre un bien que, (...), es para uso de todas las personas”. El TC no encuentra fundamento del diferente trato del que son objeto las personas “no asociadas” o “visitantes” con respecto del colectivo formado por los asociados. En su concepto, la diferencia de trato se justifica si se sustenta en “razones objetivas” y “no es utilizada en forma tal que desnaturalice otros derechos fundamentales” (F.4, acápite “h”), situación que no habría sucedido en el caso comentado. Pero intenta encontrar un punto de concordancia práctica entre el derecho a la seguridad de los asociados con el derecho a la igualdad. Afirma que, al emitir la sentencia correspondiente, la decisión que haya de adoptar “tampoco debe suponer crear un perjuicio mayor que aquél que se trata de evitar” y que “es perfectamente legítimo que las personas se asocien o establezcan, sin necesidad de asociarse, un sistema de seguridad, el Tribunal considera que, al cuestionarse en la presente demanda, el trato discriminatorio (...), es ese trato el que únicamente debe evitarse.” (F. 5) Lo que el TC sostiene es que el ejercicio del derecho de asociación o del derecho a la seguridad no debe lesionar el derecho a la igualdad, evitándose el “trato discriminatorio”, pues, en el contexto del caso, “es ese trato el que únicamente debe evitarse” (F. 5). La fórmula es que los medios con los que pueda garantizarse el derecho a la seguridad y el de asociación sean, frente a otros posibles —como el propio descalificado por el TC—, no gravosos del derecho a la igualdad.

Otro caso es el del conflicto entre el derecho a la tranquilidad frente a la libertad de trabajo. Se trata de un centro de esparcimiento que ocasionaba una elevada magnitud de contaminación acústica (99 decibelios) de alrededores del mismo.¹¹¹ El TC considera que el ruido lesionaba el derecho a la tranquilidad del demandante, pero, pese al petitorio expreso de aquél, no ordena la clausura del centro de esparcimiento, sino, por el contrario, opta por una fórmula en la que la protección del derecho a la tranquilidad resulta compatible con la protección del derecho a la libertad de trabajo. Se trata de una clara aplicación del principio de concordancia práctica. Considera que en el centro de esparcimiento se realiza otras actividades “que se enmarcan dentro de la legalidad (...) y que (...) le asiste el derecho al trabajo y a la empresa siempre que su derecho no afecte el

¹¹¹ Caso Vásquez Pérez (Exp. N.º 0260-01-AA/TC), de 20 de agosto de 2002.

de otros.” (F. 9) y, por ello, no ordena su clausura, sino únicamente “que deje de perturbar la tranquilidad del demandante por la contaminación sonora”. En este supuesto, se refleja la aplicación del principio de necesidad —como variable del principio de proporcionalidad— ya que se busca una alternativa que no conduzca a la imposibilidad del ejercicio de la libertad de trabajo del propietario del establecimiento.

5.4 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CON EFECTOS HORIZONTALES Y SUPUESTOS DE *DRITTWIRKUNG*

En principio, los derechos constitucionales que pueden generar un problema de efecto horizontal en el ordenamiento constitucional peruano pueden ser los siguientes:

- libertad de tránsito
- inviolabilidad de domicilio
- libertad de religión
- intimidad
- honor y buena reputación
- libertad de expresión
- libertad de información
- derecho de rectificación
- libertad artística
- libertad científica
- igualdad
- libertad de educación
- libertad (y derecho) de trabajo
- libertad de contratación
- asociación
- libertad sindical
- propiedad
- medio ambiente equilibrado y adecuado

Las controversias sobre efectos horizontales de derechos constitucionales se darán cuando se haya lesionado cualquiera de los derechos antes enunciados (presupuesto procesal objetivo) y en cualquiera de los supuestos que, según entendemos,¹¹² dan lugar a controversias típicas de efectos horizontales, es decir, con respecto a:

- a) Actos jurídicos sustentados en la autonomía privada. Incluye todo tipo de actos, unilaterales, bilaterales, plurilaterales, así, los contratos, constitu-

¹¹² V. *Supra*, apartado IV.

- ción de personas jurídicas¹¹³ y demás actos que se efectúan en base al artículo 140º del Código Civil.¹¹⁴
- b) Sanciones disciplinarias privadas. Las aplicadas por los entes corporativos de derecho privado o los empleadores.
 - c) “Actos administrativos de autoridades privadas o particulares”.
 - d) Normas privadas. Así, los estatutos, reglamentos de estatutos, convenios colectivos, reglamentos de empresa, etc.¹¹⁵ y, finalmente,
 - e) Actos antijurídicos. Actos que devienen en ilegales aun cuando, *ab initio*, son manifestación o ejercicio de derechos fundamentales o legales, así, las consecuencias del ejercicio de la libertad de trabajo o de la libertad de empresa con respecto al derecho a la tranquilidad o el medio ambiente, el derecho a la seguridad frente al derecho a la igualdad, la libertad de tránsito frente al derecho a la integridad, etc.

Desde luego, debe aclararse que el supuesto de normas privadas contrarias a derechos fundamentales no puede ser cuestionado de modo directo, justamente, debido a su condición de norma, sin embargo, sí podrá serlo indirectamente, cuando su aplicación suponga lesión del derecho fundamental con el que dicha norma es incompatible.¹¹⁶

La invalidez de los actos antes señalados en el ordenamiento jurídico peruano, en el supuesto de que sean contrarios a los derechos fundamentales se deriva de la vinculación de particulares hacia estos derechos, en los términos antes expuestos (*Supra* 5.1). De modo específico, con relación a la invalidez de los actos sustentados en la autonomía privada, podría decirse que ella deriva, además, de la omisión a la observancia que deben a las normas de orden público como condición de su propia validez tal como el mismo Código Civil lo establece en su artículo V (Título Preliminar).¹¹⁷ En el Estado constitucional configurado por nuestra norma fundamental y a la luz de lo precedentemente expuesto,

¹¹³ Esto explica perfectamente por qué resulta admisible desde el punto de vista constitucional la declaración de nulidad de la constitución de una persona jurídica que tiene como finalidad real (aunque no formal) la de practicar actos contrarios a derechos fundamentales que, ciertamente, encajan perfectamente como contrarios al orden público (art. V, Código Civil de Perú), tal como ha acontecido en la sentencia de 23 de enero de 2002, Exp. 21815-1999, expedida por el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima. El texto de esta importante sentencia puede verse en: <<http://www.pucp.edu.pe/unid/facul/Clinica/docs/sentencia-disco.doc>>.

¹¹⁴ Desde luego, en este ámbito, residen también las cláusulas generales de contratación.

¹¹⁵ V. MENDOZA ESCALANTE, Mijail “Potestad normativa privada y control de constitucionalidad” a publicarse en la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N.º 3, editada por el Tribunal Constitucional de Perú.

¹¹⁶ Se trata, simplemente, de la aplicación del control difuso o concreto de constitucionalidad dispuesto por el artículo 3º de la Ley N.º 23506 de Hábeas Corpus y Amparo, pero, ahora, proyectado como control de constitucionalidad al ámbito de una norma privada.

¹¹⁷ Cfr. el art. 219, inc. 8, del Código Civil, también en el mismo sentido.

resulta claro que el concepto de “orden público” aludido por el citado art. V de nuestro Código Civil debe ser interpretado, justamente, como *orden público constitucional* y, en tal sentido, como alusivo a los derechos fundamentales que conforman nuestro ordenamiento constitucional.¹¹⁸ Es en esta línea que el propio TC ha entendido que los derechos constitucionales “forman parte esencial del *orden público constitucional*”.¹¹⁹ Por esta razón, si conforme a la citada disposición del Código Civil se está condicionando la validez de los actos jurídicos sustentados en la autonomía privada a su respeto a las normas de orden público, ello no significa sino condicionar su validez a la observancia de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, no puede causar asombro y tampoco objeción jurídica, el hecho de que “todo” acto jurídico sustentado en la autonomía privada tenga como condición de su validez la observancia de derechos fundamentales y, por ello, pueda ser susceptible de control a la luz de este parámetro.

Por su parte, también en un ámbito específico, la invalidez de los actos normativos o normas privadas se sustentará en el principio de primacía de la Constitución (la Constitución prevalece sobre toda otra norma —estatal o privada—), concretamente, en nuestro caso, en su art. 51°. El resto de actos (sancionatorios, administrativos particulares, actos ilícitos), en el supuesto de que sean contrarios a derechos fundamentales, devendrán inválidos en mérito a la vinculatoriedad que a estos derechos deben los particulares en mérito al citado artículo 38° de la Constitución.

En resumen, todos los actos provenientes de los cinco tipos descritos y que lesionan derechos fundamentales, configuran, supuestos o casos de efectos horizontales de éstos. Esto tiene importancia a efectos de precisar el concepto: “hechos” “por parte de cualquier” “persona” que “vulneran” “derechos constitucionales”, que hallamos como presupuesto de procedencia de los procesos constitucionales de tutela de derechos (hábeas corpus, amparo, hábeas data) en la Constitución (art. 200°, incs. 1, 2 y 3). Los “hechos” provenientes de personas o actos lesivos de particulares al que se alude constituyen, justamente, alguno de los supuestos descritos. Por esto, pueden ser objetados a través

¹¹⁸ Sobre la concepción de la Constitución como componente del orden público al que alude el citado art. V del Código Civil, en particular, como “orden público material”. V. MENDOZA ESCALANTE, Mijail “El control de la constitucionalidad de normas estatutarias”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LII N.º 35, junio, 2002, pp. 43-44. El texto citado es la ponencia que sustentamos en la *VIII Convención Nacional Académica de Derecho*, el 22 de junio de 2000. En la citada sentencia del Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, de 23 de enero de 2002 (Exp. 21815-1999), se expresa el mismo concepto: “(...) en el presente las *normas de orden público están constituidas por los derechos naturales de la persona humana*, esto es la igualdad y a no ser discriminados como tales por cuestiones de raza o condición socio-económica, (...)” (Considerando Decimotercero) (cursiva nuestra).

¹¹⁹ Caso Llanos Huasco, cit., F. 5, último párrafo, V. también el caso Chávez Zúñiga, sentencia de 15 de octubre de 2002 (Exp. 410-2002-AA/TC), F. 6, párrafo 4°.

de este tipo de procesos, en especial, a través del amparo, siempre y cuando, a) vulneren o sean contrarios a derechos fundamentales, no a derechos legales¹²⁰ y, b), no haya cuestión probatoria que discutir.¹²¹

5.5 LAS VÍAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL (“DEBER DE PROTECCIÓN” Y “DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO”)

En este contexto, ante una lesión proveniente de particulares, situada en cualquiera de los supuestos descritos, el afectado podrá acudir alternativamente al proceso de amparo o los procesos ordinarios, sin embargo, si se opta por estos últimos, la vía del amparo habrá quedado clausurada.¹²² A diferencia del recurso de amparo (o queja constitucional) alemán o el amparo constitucional español regidos por el principio de subsidiariedad, el peruano lo es por el principio de alternatividad. Esta particularidad procesal plantea, empero, un problema. ¿Qué mecanismo procesal provee el ordenamiento constitucional peruano ante una sentencia final recaída en un proceso ordinario que no haya considerado un derecho fundamental o que habiéndolo hecho, lo haya sido erróneamente? ¿Significa esto que el recurrente ante la insatisfactoria protección de su derecho fundamental lesionado carece de medios para reparar el entuerto?

De conformidad con la regulación procesal peruana, el amparo no procede frente a resoluciones judiciales emanadas de “procedimiento regular”.¹²³ La doctrina ha entendido que, *a contrario sensu*, sí procede ante resoluciones judiciales procedentes de un procedimiento “irregular”. En este supuesto, el concepto de “irregularidad” viene entendido como lesión o inobservancia por el órgano jurisdiccional al derecho al debido proceso formal, vale decir, el derecho de defensa, al juez competente, a la prueba, al recurso, a la motivación de resoluciones judiciales, etc.¹²⁴ Así las cosas, una resolución judicial errónea en

¹²⁰ V. Caso Montori Alfaro (Exp. 328-2001-AA/TC), sentencia de 25 de septiembre de 2001 (con voto singular del Magistrado, Dr. Manuel Aguirre Roca), F. 2.

¹²¹ Como es sabido, este tipo de procesos carecen de estación probatoria. Cuestión diferente es que la apertura de estos procesos puede conducir a una absorción de las controversias de derecho privado, especialmente, por el amparo. Sin embargo, esta consecuencia de orden procesal podría ser superada si se introduce el amparo constitucional articulado según el principio de subsidiariedad.

¹²² Ley N.º 23506 de Hábeas Corpus y Amparo: artículo 6.3: “No proceden las acciones de garantía: (...) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria;”

¹²³ Constitución: Art. 200, inciso 2, *in fine*; Ley N.º 23506 de Hábeas Corpus y Amparo: art. 6, inciso 2.

¹²⁴ V. Al respecto: ABAD, Samuel “¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N.º 2. Lima: CAJ, 1988. Págs. 35 y ss.; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N.º 6. Lima: CAJ. Págs. 63 y ss.; SAENZ DÁVALOS, Luis “La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N.º 1. Lima: editada

cuanto al fondo de lo resuelto, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no podría, en principio, ser objetada a través del amparo.

El inconveniente que presenta este resultado es que la decisión de fondo que resuelve una controversia en la jurisdicción ordinaria puede haber inobservado manifiestamente derechos fundamentales que resultaban relevantes en la resolución de aquélla y, sin embargo, el afectado carecería de una vía judicial que pueda reparar la lesión de su derecho. ¿Cómo impugnar una decisión judicial donde se ha desconocido el derecho a la igualdad frente a la libertad de contratación? ¿Cómo cuestionar una sentencia en la que se ha interpretado restrictivamente el derecho al medio ambiente adecuado frente a la libertad de empresa? ¿Cómo cuestionar una sentencia donde se ha aplicado una norma legal o infralegal evidentemente inconstitucional? ¿Cómo impugnar una decisión final donde el juez no ha reconocido el alcance exacto del derecho a la intimidad ante una intromisión legítima en el ejercicio de la libertad de información? ¿Cómo remediar la afectación de la lesión del derecho de asociación y de participación política del miembro de un partido político expulsado por ejercer su libertad de expresión y en la jurisdicción ordinaria se hubiera considerado que la potestad autoorganizativa derivada del derecho de asociación amparaba tal actitud?... Los supuestos podrían multiplicarse. Se configuraría, así, lo que podríamos denominar como “déficit” de “calidad constitucional” de la tutela jurisdiccional. Podría objetarse que ese “déficit” resulta subsanado con la existencia del recurso de casación. La réplica vendría en el sentido de que, aun en países donde los órganos judiciales casatorios son especialmente cualificados y de gran prestigio como el caso alemán y español, los supuestos donde los respectivos Tribunales Constitucionales “rectifican” o “enmiendan” la interpretación de aquellos no son infrecuentes. ¿Cómo reparar este “déficit” de la “calidad constitucional” de la tutela jurisdiccional?

Probablemente, la solución más adecuada para este propósito sea la introducción del amparo constitucional, articulado por el principio de subsidiariedad, donde luego de agotarse los medios ordinarios de impugnación en los procedimientos judiciales correspondientes, pueda accederse al Tribunal Constitucional. En tal supuesto, este actuará como una especie de “casación constitucional”, en expresiones del profesor Rubio Llorente,¹²⁵ donde el objeto sometido a conocimiento del Tribunal Constitucional habrá de circunscribirse al examen de la interpretación presuntamente errónea de derechos fundamentales

por el Tribunal Constitucional de Perú, 2000. Págs. 483 y ss.; del mismo autor: “Los procesos constitucionales como mecanismos de protección frente a resoluciones judiciales arbitrarias”, en *Pensamiento Constitucional*, Año IX, N.º 9, Maestría con mención en Derecho Constitucional. Lima: PUCP, 2003. Págs. 339 y ss.; LANDA ARROYO, César. *Teoría del derecho procesal constitucional*, 1ª ed. Lima: Palestra Editores S.R.L., 2003. Págs. 131 y sgte., 208 y ss.

¹²⁵ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “Sobre el amparo”, en su volumen *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed. Madrid: CEPC, 1997. Pág. 536.

en la que habría incurrido la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, siendo necesaria para la introducción del amparo constitucional una reforma de la Constitución, podemos, en cambio, entre tanto, en el contexto de la regulación procesal vigente, introducir la admisión del amparo contra las resoluciones judiciales de fondo. Situados en este contexto, habría que interrogarse si el concepto de “resolución judicial emanada de procedimiento irregular” puede ser interpretado en un sentido más amplio del antes descrito. Consideramos que ello es factible si por él entendemos tanto si se interpreta que en ella el órgano jurisdiccional ha incurrido en la omisión de un *deber de protección* de un derecho fundamental sustantivo en la resolución de la controversia en la jurisdicción ordinaria, como también, si en lugar de ello, estimamos que se trata de una resolución que lesiona el derecho al *debido proceso sustantivo iusfundamental*. En síntesis, si el objetivo es la impugnación de resoluciones judiciales cuando el fondo de lo resuelto resulte insatisfactorio desde el punto de vista de los derechos fundamentales, puede acudirse a dos tesis: el “deber de protección” y el derecho al “debido proceso sustantivo iusfundamental”.

El deber de protección impone al Estado y, en este caso, a los órganos jurisdiccionales un actuar positivo respecto a los derechos fundamentales.¹²⁶ Ahora bien, si en un proceso ordinario el juez no habría dispensado esa protección a derechos fundamentales involucrados en la controversia jurídica privada, habrá incurrido en la omisión del deber de protección y, así, desde ese punto de vista, lesionado el derecho fundamental cuya protección se omitió. Aquí, el sujeto que lesiona el derecho fundamental es el órgano jurisdiccional (el juez), no el particular, y, el derecho lesionado no es de tipo procesal (tutela jurisdiccional o debido proceso), sino sustantivo (libertad de información, intimidad, etc.).

Si se asume la tesis del debido proceso sustantivo, se tendría que operar una restricción inmediata, no se trataría de la exigencia de justicia, en general, de una resolución judicial en una controversia inter privados, sino únicamente la *justicia de derecho fundamental*, su *corrección iusfundamental* o en términos de derechos fundamentales. De gran utilidad resulta en este punto la contribución de Alexy. Sostiene este autor la consideración de un derecho del ciudadano frente al órgano jurisdiccional a que “se tomen en cuenta en la *debida medida* (*geborenen Maße*) los principios de derechos fundamentales que apoyan su posición.”¹²⁷ Como se aprecia, la consideración de la “debida medida” se asimi-

¹²⁶ V. HESSE, Konrad *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20., neubearbeitete Auflage. Heidelberg. C.F. Müller Verlag, 995. Págs. 155 y ss.; CANARIS, Claus-Wilhelm *Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999. Págs. 23 y ss.; “Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts” en *Juristische Schulung*, 1989, pp. 161 y ss.

¹²⁷ Efectuamos una traducción libre del texto de ALEXY de la versión originaria en alemán: *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1985. Pág. 489.

la al debido proceso sustantivo. De modo similar al caso anterior, el sujeto que lesiona el derecho fundamental es el juez, pero, a diferencia de él, el derecho lesionado es de tipo procesal: el debido proceso sustantivo iusfundamental.

El inconveniente de la tesis del deber de protección es que parecería forzada la imputación de la lesión del derecho fundamental sustantivo al juez. Vista la relación jurídica privada controvertida el responsable de la lesión sólo puede ser el particular. El órgano jurisdiccional o juez, por la naturaleza de su función, puede lesionar sólo a través de actos procesales en el contexto de una relación jurídica procesal y, así, lesionar derechos fundamentales procesales. La inobservancia de derechos fundamentales en estas controversias parece más bien encajar con un caso de insuficiencia o incorrección iusfundamental de la resolución judicial. El asunto es complejo y, aun cuando la tesis del deber de protección resulta consolidada y explica la labor del Tribunal Constitucional alemán,¹²⁸ parecería más consistente la adopción de la tesis del debido proceso sustantivo iusfundamental que, además, conforme entendemos, Alexy la elabora justamente a partir de la jurisprudencia de aquel Tribunal. Por esta razón, habría de acudir a esta tesis para efectos de admitir la impugnación de las resoluciones judiciales en cuanto al fondo, recaídas en controversias jurídicas privadas cuando hayan sido “iusfundamentalmente incorrectas”.

De la jurisprudencia del TC no puede inferirse que ella haya acogido explícitamente alguna de las tesis antes descritas. Pero, en algunos pasajes de la sentencia en el caso Llanos Huasco, aunque *obiter dicta*, se admite la existencia del deber de protección que tienen los jueces de la jurisdicción ordinaria en la resolución de las controversias. El punto de partida que adopta es la aceptación del concepto objetivo o institucional de los derechos fundamentales como “orden de valores objetivo” o normas objetivas de principio,¹²⁹ con cita de la sentencia del caso Lüth del Tribunal Constitucional alemán (F. 5, 5° párrafo).¹³⁰ Aceptada tal premisa, es lógica consecuencia la admisión de la concepción de los derechos fundamentales como derechos de protección respecto a los cuales ha de configurarse “mandatos de actuación” y “deberes de protección” ante el Estado (F. 5, 6° párrafo).¹³¹ Lo expresa en estos términos:

Cursiva nuestra de “debida medida”. En la versión en castellano de dicha obra, ya citada (*Teoría de los derechos fundamentales*), la cita que recogemos se halla en la p. 520. En ésta, se traduce la expresión “grundrechtlichen Prinzipien” como “principios *iusfundamentales*” que, consideramos, dado el objeto de lo que Alexy pretende designar, puede ser comprendido de mejor forma, aunque no literalmente traducido, como “principios de *derechos fundamentales*”.

¹²⁸ V. RUFFERT, Matthias. *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. Págs. 2-30, 141-255.

¹²⁹ V. ALEXY, Robert “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektiven Normen”, en *Der Staat*, N.º 29, 1990, pp. 49 y ss.

¹³⁰ BVerfGE 7, 198 (p. 205).

¹³¹ V. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang “Grundrechte als Grundsatznormen”, en *Der Staat*, N.º 29, 1990. Págs. 12 y sgte.

(...), los *jueces ordinarios* se encuentran especialmente comprometidos en *resolver las controversias* para los cuales son competentes, *de conformidad con esos derechos* [los fundamentales]. Como también se ha expresado, *ello se deriva del especial deber de protección* que todos los poderes públicos están llamados a desarrollar a partir del carácter objetivo de los derechos fundamentales. (F. 9, 2º párrafo, *in fine*) (cursiva nuestra).

Así las cosas, si bien hasta antes era perfectamente sostenible rígidamente la tesis de que el amparo sólo procedía para cuestionar lesiones de derecho fundamentales de tipo procesal y, desde tal perspectiva, incidir sólo en la conducción del proceso por el juez, mas no, en la resolución de fondo por el mismo. Hoy por hoy, a la luz de lo expuesto habría que morigerar tal aserto. Con este comentario favorable a la tesis del deber de protección, una de las consecuencias es la admisión de la lesión de derechos fundamentales sustantivos por el juez cuando ha omitido el “deber de protección” en la resolución de una controversia (civil, comercial, laboral, penal, administrativa, etc.) y, de ese modo, abrir la posibilidad de la procedencia del amparo frente a resoluciones judiciales en cuanto al fondo de lo resuelto.

A la luz de lo expuesto, parece plausible reinterpretar el concepto “resolución judicial emanada de procedimiento irregular”, en el sentido de comprender como tal, también las resoluciones judiciales “iusfundamentalmente incorrectas”, ya sea porque se estime que el juez de la jurisdicción ordinaria ha omitido el deber de protección o porque se considere lesionado el derecho al debido proceso sustantivo *iusfundamental*, ambas vías resultan concurrentes.

Ciertamente, asumiendo esta posibilidad habría el riesgo de convertir al proceso de amparo en una especie de supra-instancia judicial; sin embargo, para evitarlo, hay que entender que se trata de una posibilidad excepcional en la medida que es la jurisdicción ordinaria la protectora habitual de los derechos fundamentales, su procedencia sólo puede estar circunscrita a resoluciones judiciales finales respecto a las cuales se habría agotado los medios impugnatorios ordinarios; además, habría la necesidad de precisar jurisprudencialmente los supuestos en los que pudiera estarse frente a una “resolución judicial iusfundamentalmente incorrecta” y encaminar las condiciones de su procedencia de tal modo que sea el Tribunal Constitucional y no las dos instancias judiciales, el que conozca este tipo de controversias.¹³²

¹³² La adecuada articulación entre jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional podría desarrollarse según una “dogmática del marco de acción” (*Spielraumdogmatik*) que halle la justa medida de constitucionalización del ordenamiento entre los extremos de una “sobreconstitucionalización” y una “subconstitucionalización”. V. ALEXY, Robert. “Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, en *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit* Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 61. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 2002. Págs. 8 y ss.

Justamente, para precisar lo que deba entenderse como una resolución judicial iusfundamentalmente incorrecta, ya apelando al deber de protección o al debido proceso sustantivo, podrífan tratarse —siguiendo al Tribunal alemán—¹³³ de los siguientes supuestos:

- a) omisión de la consideración de derechos fundamentales exigidos por la naturaleza de la controversia.
- b) error en la determinación del ámbito de protección del derecho fundamental.
- c) error en la ponderación.

CONCLUSIONES

- El problema de la eficacia horizontal de derechos fundamentales trata sobre los efectos de estos derechos en las relaciones jurídicas de derecho privado. Empero, se descompone en tres cuestiones específicas: el problema de si existe un tal efecto horizontal, cómo se despliega (problema de construcción) y, finalmente, en qué medida ha de desarrollarse (problema de colisión).
- A la primera cuestión ha de responderse afirmativamente. La premisa de la respuesta es que los derechos fundamentales constituyen derecho vigente y, por ello, implican mandatos, prohibiciones o permisiones entre los sujetos de relaciones jurídicas privadas. La forma en que se despliega este efecto normativo es directa, en la medida que el derecho fundamental constituye norma de conducta de los particulares. Se trata aquí de la aplicación de la norma de derecho fundamental, situación que debe ser distinguida de la función interpretativa e integrativa de estos derechos. En la función interpretativa, los derechos fundamentales imponen interpretar la norma privada (y, en general, cualquiera infraconstitucional) de conformidad con aquéllos. En la función integrativa, se desempeñan, más bien, como *normas de clausura*.

¹³³ “el derecho constitucional específico no resulta lesionado si una sentencia es objetivamente defectuosa a la luz legalidad ordinaria; el defecto tiene que residir justamente en la no observancia de derechos fundamentales.” (Caso “derecho constitucional específico” BVerfGE 18, 85 (92-93), lo que ocurre cuando la sentencia civil se basa en una “concepción incorrecta del derecho fundamental, es especial, del alcance de su ámbito de protección” y son de importancia en su significado material para el caso concreto (BVerfGE 18, 85 (p. 93) o también cuando “se basan en una concepción fundamentalmente incorrecta injusta del alcance y efectos de un derecho fundamental o si el resultado de la sentencia misma lesiona derechos fundamentales de un interesado (...).” Caso Soraya: BVerfGE 34, 269 (p.280). Sobre el concepto “derecho constitucional específico”, Vid. PAPIER, Hans-Jürgen. “‘Spezifisches Verfassungsrecht’ und ‘einfaches Recht’ als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts”, en Starck, Christian (Herausgeber) *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, Erster Band (Verfassungsgerichtsbarkeit). Págs. 432 y ss.

- Sin embargo, en la función interpretativa, ya no se trata del problema de examinar una relación jurídica privada desde el punto de vista de los derechos fundamentales, sino de un problema de interpretación de la ley, común a cualquier ley. Por esta razón, la tesis de los efectos indirectos a través de la interpretación de la norma privada no resultaría apropiada para solventar el problema de construcción. Lo mismo ha de decirse respecto a la tesis del efecto indirecto a través de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales. Empero, la inadecuación de esta tesis se basa en su irrelevancia para “introducir” el efecto de derechos fundamentales y el de la inexactitud en no distinguir la aplicación de parámetros legales y extralegales (sentencia del caso Lüth). Esta afirmación no desconoce la complejidad de este problema, en particular, si se tiene en cuenta que el estatuto de los derechos fundamentales comprende tanto la Constitución como las leyes de desarrollo respectivas.
- El problema de mayor interés y complejo resulta el de colisión, sea probablemente éste “el” problema de la *Drittwirkung*. La compleja y delicada ponderación que, para resolver tal colisión, a final de cuentas, se plantea entre derechos fundamentales y autonomía privada o, si se prefiere, entre derechos fundamentales y libertad de actuación (libre desarrollo de la personalidad). La solución a estas colisiones no puede ser respondida apriorísticamente, por ejemplo, descartando de inmediato la vinculatoriedad de derechos fundamentales como el de igualdad en los ámbitos privados. Se necesita aquí desarrollar construcciones dogmáticas que expliquen, en base a la jurisprudencia, la “intensidad” particular del efecto iusfundamental. Las aportaciones de Robert Alexy y de la aplicación de la prohibición de desprotección que propone la tesis del deber de protección (Canaris) resultan de particular utilidad y pueden servir para el mencionado objetivo.
- En el ordenamiento jurídico peruano, se acepta sin mayor objeción los efectos horizontales de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha afirmado la existencia de tales efectos, su despliegue directo, aunque advierte que la ponderación deba efectuarse teniendo en cuenta la particular “intensidad” que, en principio, no sería igual a la que desarrolla frente al Estado. Es en este sentido que el ordenamiento constitucional peruano ha respondido a los tres interrogantes en los que se descompone el problema del efecto horizontal de derechos fundamentales. La orientación adoptada por el Tribunal Constitucional peruano resulta positiva para la afirmación y consolidación de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídico privadas. Con estas bases, es probable la elaboración paulatina de una *dogmática de derechos fundamentales del derecho privado* que halle el difícil punto de equilibrio en la colisión entre derechos fundamentales en general y, entre derechos fundamentales y autonomía privada, en particular. La afirmación de la fuerza normativa de los derechos fundamentales, su función de integración y su irradiación en el ordenamiento privado depende en buena medida de ello.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: CEPC, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht-eine Zwischenbilanz*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999.
- DREIER, Horst. *Grundgesetz Kommentar*, Band I, Artikel 1-19. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996. Págs. 58-89; pp.106-111; pp. 411-430.
- DURIG, Günter. "Grundrechte und Privatrechtsverkehr" (comentarios al Art. 1, 3er párrafo, números marginales 127-132), en Maunz-Dürig *Grundgesetz Kommentar*. München: Verlag C.H. Beck, 2001. Págs. 64-68.
- HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Trad. e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Edit. Civitas S.A., 1995.
- HESSE, Konrad *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20., neubearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1995. Págs. 155-160.
- LEISNER, Walter. *Grundrechte und Privatrecht*. München: C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1960. Págs. 306-394.
- NIPPERDEY, Hans Carl. "Grundrechte und Privatrecht", en Nipperdey, H.C. (Herausgeber) *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*. München, Berlin: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1962. Págs. 17-33.
- RUFFERT, Matthias. *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- RÜFNER, Wolfgang. "Wirkung der Grundrechte im Privatrecht ("Drittwirkung")" en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller Juristische Verlag, Band V (Allgemeine Grundrechtslehren), 1992. Págs. 550-562.
- SCHWABE, Jürgen. "Drittwirkung und kein Ende" en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, pp. 229 y ss.
- SCHWABE, Jürgen. "Bundesverfassungsgericht und "Drittwirkung" der Grundrechte" en *Archiv für öffentliches Recht*, N.º 100, 1975. Págs. 442 y ss.
- SCHWABE, Jürgen *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977.
- STERN, Klaus *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1988, Band III/1. Págs. 1510-1595.