

# DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO PRIVADO (1)

CHRISTIAN STARCK

*SUMARIO:* I. LAS DIVERSAS TEORÍAS DE LA DOCTRINA DE LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS.—II. PLURIDIMENSIONALIDAD DEL PROBLEMA DE LA LIBERTAD Y ORIENTACIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—III. DERECHOS FUNDAMENTALES ESPECÍFICAMENTE RELACIONADOS CON EL DERECHO PRIVADO.—IV. RESPETO DE LA EFICACIA OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN DERECHO PRIVADO.—V. PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN DERECHO PRIVADO.—VI. EJEMPLOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL: 1. *Derecho contractual*. 2. *Derecho de responsabilidad civil*. 3. *Derecho de asociaciones*. 4. *Derecho de la propiedad*. 5. *Derecho del trabajo*. 6. *Consideración final*.

## I. LAS DIVERSAS TEORÍAS DE LA DOCTRINA DE LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS

La cuestión de si los derechos fundamentales ejercen su influencia en las relaciones jurídicas entre los particulares se trata en Alemania bajo el nombre de «*Drittwirkung der Grundrechte*» (eficacia hacia terceros de los derechos fundamentales). Las diversas teorías de la eficacia hacia terceros intentan fundamentar una vinculación más o menos fuerte a los derechos fundamentales por parte de los sujetos de Derecho Privado. El punto de conexión de estas consideraciones se fundamenta no sólo en las relaciones de los particulares entre sí, sino también en la posición del legislador y del juez civil. Las doctrinas sobre la *Drittwirkung* producen siempre como resultado el determinar la medida

---

(1) Traducción a cargo de María J. Roca (Catedrática de la Universidad de Vigo). La versión original alemana aún no ha sido publicada.

de la vinculación a los derechos fundamentales entre los particulares por medio de una legislación de Derecho Privado que sea conforme a los derechos fundamentales, o por medio de las sentencias de la jurisdicción civil, que sean igualmente conformes a estos derechos. Una primera dificultad de la problemática sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros aparece ya respecto de la denominación que han desarrollado estas teorías para la solución del problema. La eficacia hacia terceros tiene que sufrir las consecuencias de las poco adecuadas expresiones «inmediata» y «mediata» utilizadas para la diferenciación de los efectos.

Una parte de la doctrina y el Tribunal Federal de Trabajo aceptan una eficacia inmediata de ciertos derechos fundamentales concretos (de algunos de ellos) (2). Esta vinculación se derivaría de la función que los derechos fundamentales tienen como principios jurídicos objetivos para todo el ordenamiento jurídico. Una variante de la doctrina de la eficacia inmediata hacia terceros (3) fundamenta (4) ésta en la garantía estatal de la autonomía privada. El Estado tiene que respetar los derechos fundamentales, a través de la regulación jurídica, de las sentencias judiciales y de la ejecución forzosa cuando se mueva en el campo del Derecho Privado: es decir, eficacia hacia terceros sobre la legislación estatal y sobre la jurisdicción en el ámbito civil. El dilema del principio de igualdad se escapa de la doctrina de la eficacia inmediata hacia terceros de los derechos fundamentales, en la medida en que el principio general de igualdad constitucional, normalmente no tiene vigencia en el Derecho Privado, puesto que un deber de igualdad de trato dotado de validez general «sacaría de quicio» al Derecho Privado (5). La autonomía privada se coloca normalmente por encima del principio de igualdad. La fuerza de la doctrina de la vigencia inme-

---

(2) L. ENNECERUS y H. C. NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. 1, tomo 1, 15.<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1959, págs. 92 y sigs.; H. C. NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld, 1961, págs. 13 y sigs.; de la jurisprudencia *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, vol. 1, pág. 185 y págs. 193 y sigs.; vol. 4, pág. 274 y págs. 276 y s.; vol. 7, pág. 256 y págs. 260 y sigs.; vol. 13, pág. 168 y págs. 174 y sigs.; vol. 16, pág. 95 y págs. 100 y sig.; otros partidarios de esta doctrina son mencionados en K. STERN, *Staatsrecht*, vol. 3, tomo 1, München, 1988, págs. 1531 y sig. y pág. 1538.

(3) J. SCHWABE: *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, München, 1971, págs. 16 y sigs., 67 y sigs.; IDEM, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977, pág. 213.

(4) Cfr. la exhaustiva exposición de las teorías sobre la eficacia hacia terceros en K. STERN: *Staatsrecht*, vol. 3, tomo 1, München, 1988, págs. 1518 y sigs.; A. BLECKMANN: *Staatsrecht*, vol. 2, 3.<sup>a</sup> ed., Köln, 1989, págs. 175 y sigs., respectivamente con ulteriores referencias bibliográficas; St. OETER: «“Drittwirkung” der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts. Ein Beitrag zu den funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 119 (1994), pág. 529.

(5) Por ejemplo, *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, vol. 13, pág. 103 y pág. 105.

diata de los derechos fundamentales en el Derecho Privado hay que verla en que su influencia alcanza en igual medida a la legislación y a la aplicación de la ley.

La doctrina de la eficacia mediata de los derechos fundamentales sobre el orden jurídico privado emplea conceptos jurídicos abiertos, que necesitan ser «rellenados», para así introducir en la interpretación de las normas de Derecho Privado los valores de los derechos fundamentales (6); se respeta de este modo el principio de la autonomía privada, que está protegido asimismo por la Constitución y que no puede ser sacrificado por otros derechos fundamentales, especialmente por el principio de igualdad. La teoría expuesta, a la cual se ha adherido el Tribunal Constitucional Federal ya en los años cincuenta (7), se fundamenta en que el Derecho Privado y la Constitución no están el uno junto al otro sin relacionarse, sino que los derechos fundamentales, en cuanto orden objetivo de valores, tienen vigencia en todos los ámbitos del Derecho. Esta doctrina no trata la cuestión de cómo influyen los derechos fundamentales en el Derecho civil, si no se dispone de cláusulas generales adecuadas.

Ambas teorías no están tan alejadas como parece a primera vista. Nipperdey, el fundador de la doctrina de la eficacia inmediata hacia terceros, habla ciertamente de un cambio de significado de los derechos fundamentales que éstos habrían experimentado con la nueva Constitución. La Constitución no se agotaría ya en el establecimiento de la organización del Estado. Pero Nipperdey limita claramente este cambio de significado, en el sentido de que sólo «alguna prescripción de los derechos fundamentales... junto a su carácter de derecho fundamental tiene la importante función de principio inmediatamente vigente para el conjunto del ordenamiento jurídico y con ello también del Derecho Privado» (8). Con ello se piensa claramente en una especial influencia de

(6) Ante todo G. DÜRIG: *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, en TH. MAUNZ (ed.): *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung (Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky)*, München, 1956, págs. 157 y sig.; IDEM: *Zum „Lüth-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958*, en *Die Öffentliche Verwaltung*, vol. 11 (1958), págs. 194 y sigs.; pero también *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, vol. 3, pág. 296, pág. 301; otros autores en K. STERN: *Staatsrecht*, vol. 3, tomo 1, München, 1988, pág. 1532.

(7) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, págs. 198 y 205; vol. 25, pág. 256 y pág. 263; vol. 34, pág. 269 y pág. 280; vol. 42, pág. 143 y pág. 148; vol. 49, pág. 89 y pág. 142 con ulteriores referencias; cfr. también la exposición de C. D. CLASSEN: «Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 122 (1997), págs. 65 y sigs.

(8) H. C. NIPPERDEY: «Die freie Entfaltung der Persönlichkeit», en K. A. BEITERMANN y H. C. NIPPERDEY (eds.): *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, vol. 4, tomo 2, Berlín, 1962, págs. 748 y sig.

los derechos fundamentales en la legislación y en la interpretación de las cláusulas generales del Derecho Privado. Ya antes Nipperdey expresó con claridad (9) que a la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales no se puede responder con carácter general ni en un sentido ni en otro en relación con todos los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental a partir de una determinada interpretación histórica; antes bien debe partirse del contenido específico, de la esencia y de la función del derecho fundamental concreto, más exactamente de las proposiciones jurídicas particulares derivadas del derecho fundamental en nuestra comunidad actual (10). Esta visión del problema posibilita, aún con toda su inseguridad dogmática (11), el alcanzar una solución razonable en cada caso concreto (12).

El Tribunal Federal de Trabajo no ha renunciado formalmente a su aceptación de la eficacia inmediata hacia terceros; pero en sus decisiones se traslada la visión de los derechos fundamentales como expresión de un orden general de valores, que tiene vigencia en el Derecho Privado y que influye en las cláusulas generales de éste (13). Esto se expresa en el curso de la argumentación: el Tribunal controla la situación jurídica primero según el Derecho civil y pondera después si la solución encontrada a tenor del Derecho civil está en concordancia con el orden de valores de los derechos fundamentales (14). La doctrina de la eficacia mediata fundada por Dürig no adopta ninguna posición sobre la influencia de los derechos fundamentales en la legislación, que debe

(9) H. C. NIPPERDEY: «Die Würde des Menschen», en K. A. BETTERMANN y H. C. NIPPERDEY (eds.) (nota 7), vol. 2, Berlín, 1954, pág. 18.

(10) Asimismo la discusión sobre la reforma constitucional fuera de Alemania, cfr. para Holanda a D. SIMONS: «Bestand und Bedeutung der Grundrechte in den Niederlanden», en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, vol. 5 (1978), págs. 450 y 454; para Suiza, *Informe de la Comisión de expertos para la preparación de la revisión total de la Constitución Federal*, 1977, pág. 55; cfr., con carácter informativo C. STARCK: *Der demokratische Verfassungsstaat*, Tübingen, 1995, págs. 212 y sig.; K. STERN: *Staatsrecht*, vol. 3, tomo 1, München, 1988, págs. 1533 y sigs.

(11) De modo crítico, especialmente, St. OETER (nota 3), vol. 119 (1994), págs. 542 y sigs.

(12) En el mismo sentido W. LEISNER: *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960, pág. 358; en parecidos términos, W. RÜFNER, en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 5, Heidelberg, 1992, parágr. 117, núm. marg. 58.

(13) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, vol. 7, pág. 256 y pág. 260; vol. 13, pág. 168 y pág. 176; muy claramente, *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, vol. 48, pág. 122 y págs. 138-139: «En la respuesta a la cuestión de a qué obliga la “buena fe” hay que tomar en consideración la decisión constitucional acerca de los valores que se encuentra contenida en los derechos fundamentales de la Ley Fundamental».

(14) *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, vol. 24, págs. 438 y 441, se contiene una toma de posición sobre el modo y la manera de la eficacia hacia terceros.

darse de modo consecuente, si existe una influencia sobre la interpretación de la ley. Dürig discute en defensa de la autonomía del Derecho Privado, que constituye en sí mismo una expresión de los derechos fundamentales, la doctrina de Nipperdey, sin entrar en su carácter abierto desde el punto de vista dogmático y en las posibilidades de diferenciación que de ello resultan. Incluso si se está de acuerdo con Dürig sobre que el Derecho Privado incorporado representa como tal una esencial garantía de igualdad y libertad, ello no tiene por qué ser correcto bajo cualquier aspecto.

## II. PLURIDIMENSIONALIDAD DEL PROBLEMA DE LA LIBERTAD Y ORIENTACIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dependiendo de en qué medida se retroceda en la historia de los derechos fundamentales y de en qué aspecto se ponga el acento, se puede probar el carácter de los derechos fundamentales como meras garantías frente al Estado, o constatar en una época anterior la referencia global del Derecho (incluido el Derecho Privado) a la discusión acerca de la libertad. Kant ve el Derecho Privado bajo el principio del acuerdo de la libertad de unos con la libertad de otros (15). El Derecho General Prusiano protege la libertad natural del hombre «de poder buscar y promocionar su propio bien sin detrimento de los derechos de otros» (16). También en Carl v. Rotteck (17) se expresa la pluridimensionalidad del problema de la libertad con claridad. Según él, el Estado, en cuanto institución jurídica, y en su cualidad de tal, «tiene que reconocer y proteger la libertad de sus miembros como un derecho que tienen ya simplemente en cuanto personas en todas las esferas de su actividad humana». Si el Estado se aparta de «las propias intromisiones en los derechos de libertad de sus miembros, no le queda más que proteger a éstos contra las intromisiones de otros, por lo que en su eficacia recíproca podrían llegar a estar amenazados». Esto lo aclara v. Rotteck del modo siguiente: El Estado no debería tolerar servidumbre ni permitir nada parecido. Debe además gobernar a sus ciudadanos a través de sabias leyes y de su cuidadosa Administración ante el amenazante aplastamiento de la libertad siempre y allí donde se produzca, es

(15) I. KANT: *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, 1797, ed. Leipzig, 1922, parágrs. 5, 10 y 18.

(16) Parágr. 83 de la introducción al *Derecho General Prusiano* (1794).

(17) C. VON ROTTECK: «Freiheit», en C. VON ROTTECK y C. WELCKER (eds.): *Staats-Lexikon*, 2.<sup>a</sup> ed., Altona, 1847, vol. 5, pág. 184 y pág. 186; además, IDEM, *Lehrbuch des Vernunftrechts*, vol. 2, 2.<sup>a</sup> ed., 1840, pág. 78.

decir ante el abuso del poder privado y del poder social en el hogar y en la familia (18).

Aun cuando la concepción de v. Rotteck se expresa también en la Declaración francesa de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (19), las relaciones de Derecho Privado de los hombres se resuelven cada vez menos con el transcurso del tiempo desde la perspectiva de la discusión general de la libertad y de los derechos fundamentales. Esto está en conexión con el positivismo y con las acertadas codificaciones de Derecho Privado que aseguraban la libertad y la igualdad de acuerdo con las entonces vigentes circunstancias (20).

Las proclamaciones de Derechos de los Estados europeos «responden al esfuerzo de dar una expresión legislativa a las doctrinas antiabsolutistas del Derecho Natural y del Derecho Racional de la limitación del poder estatal y de los inalienables derechos a la libertad y a la igualdad del individuo» (21). El concepto clásico de derecho fundamental contenido en estas proclamaciones era primariamente el del *status negativus sive libertatis* del individuo, que se dirigía contra el poder público, que crea un derecho del individuo instituido sobre una esfera libre del Estado y que limita las posibilidades de injerencia del Estado en la esfera jurídica individual. Las prescripciones de los derechos fundamentales no debían establecer criterios o fijar límites a las relaciones jurídicas de los ciudadanos concretos entre sí; no eran garantías de la libertad y la igualdad en todas las direcciones, ni dirigidas o referidas hacia terceros, sino que eran garantías de libertad y la igualdad dirigidas o referidas al Estado. Esto se manifiesta hasta en las formulaciones de los derechos fundamentales y encuentra expresión clara en el art. 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn (LF), que

---

(18) En parecidos términos también L. VON RÖNNE: *Staatsrecht der Preußischen Monarchie*, vol. 2, 4.<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1882, pág. 38; en relación con la protección del secreto de correspondencia se discutió el tema de la eficacia hacia terceros en la Iglesia de San Pablo, cfr. H. SCHÖLLER, en H. SCHÖLLER (ed.): *Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche*, Darmstadt, 1973, pág. 20.

(19) Cfr. el art. 2.4, el Código civil (1804) parece como una ley de aplicación de estas prescripciones. En las declaraciones norteamericanas de derechos se formula el problema de la libertad unilateralmente en la relación Estado-ciudadano, lo cual se fundamenta en la tradición del common-law, a partir de la que se solucionaban los problemas de la libertad entre los ciudadanos.

(20) Cfr. R. SCHEYHING: «Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert», en *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 158 (1959/1960), pág. 503 y págs. 521 y sigs.; la bipartición de la libertad en el aspecto jurídico privado y en el aspecto jurídico estatal en O. v. GIERKE: *Die Grundbegriffe des Staatsrechts* (1874), citado según la edición de 1915, Tübingen, págs. 106 y 109, donde en el ámbito estatal se reduce fuertemente al derecho subjetivo (cfr. pág. 106).

(21) R. THOMA: «Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen», en H. C. NIPPERDEY (ed.): *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, vol. 1, Berlín, 1929, pág. 15.

prescribe una vinculación inmediata de los derechos fundamentales sólo para el poder público.

La Constitución de Weimar garantizaba asimismo la protección de los derechos fundamentales contra el Estado, con dos excepciones dignas de mención en el art. 118.1. 2.º y en el art. 159.2 GG para la libertad de expresión y la libertad de asociación, que fueron protegidas expresamente contra los «poderes sociales» no estatales. Estas excepciones confirmaron, por lo demás, el carácter de derechos dirigidos frente al Estado de los derechos fundamentales. La igualdad entre hombres y mujeres, por el contrario, estaba referida sólo a los derechos y obligaciones civiles (art. 109.2 de la Constitución de Weimar) y no influyó en el Derecho matrimonial y de familia. Los ejemplos de la Constitución de Weimar que se acaban de mencionar muestran con claridad cómo algunos derechos fundamentales se relacionan con el Derecho civil y cómo en virtud de su rango superior, que tienen en la Ley Fundamental (art. 1.3, art. 20.3), influyen en el Derecho Civil. La Ley Fundamental de Bonn ha tomado una decisión nítida en el art. 3.2, lín. 1, en relación con el art. 117.1, separándose de la Constitución de Weimar y del Derecho matrimonial y de familia entonces vigente, que debía influir en el Derecho Civil en la medida en que se regularan las relaciones entre hombre y mujer.

### III. DERECHOS FUNDAMENTALES ESPECÍFICAMENTE RELACIONADOS CON EL DERECHO PRIVADO

Como muestran los ejemplos mencionados, algunos derechos fundamentales de la Ley Fundamental garantizan o conceden no sólo derechos de defensa frente al Estado sino también contra los particulares a través de la protección de afiliarse en sindicatos (art. 9.3, lín. 3 de la LF), o atribuyen al Estado de deberes de protección (22) en relación con la dignidad humana (art. 1.1.2 de la LF) y con el matrimonio y la familia, así como la maternidad (art. 6.1 y art. 4 de la LF); contienen deberes de garantía para el libre ejercicio de la Religión (art. 4.2 de la LF) así como de la propiedad y del derecho a la herencia (art. 14.1 de la LF). En dos derechos fundamentales el Estado está obligado a

---

(22) G. DÜRIG llamó pronto la atención al respecto, cfr. en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 81 (1956), págs. 117 y sigs.; IDEM, en TH. MAUNZ y G. DÜRIG: *Grundgesetz*, art. 1, marg. 131 (1958); C. W. CANARIS: «Grundrechte und Privatrecht», en *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 184 (1984), pág. 201 y págs. 225 y sigs.; M. RUFFERT: *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, München, 2001, págs. 20 y sigs., 141 y sigs., 326 y sigs., 530 y sigs.

realizar la igualdad: art. 3.2, lín. 1 de la LF en relación con el art. 117.1 y el art. 6.5 de la LF (23). Estos deberes de protección de la igualdad ejercen su influencia de modo directo en el Derecho civil, donde esté regulada la materia correspondiente (24). De modo significativo no se trata aquí solamente de los clásicos derechos de defensa, sino de derechos de igualdad, de derechos cuya realización reclama la correspondiente regulación del Derecho Civil. Esto tiene vigencia también para la garantía del derecho de los padres a la educación del art. 6.2 de la LF, que tiene influencia en el Derecho de familia (25). Estas consideraciones permiten solucionar ya algunos de los problemas de la llamada eficacia hacia terceros, sin que la eficacia de los derechos fundamentales se extienda de modo global en el ámbito del Derecho Privado y sin que tengan, pues, que ser nuevamente delimitados, no raras veces de modo arbitrario (26).

Los derechos fundamentales en la Constitución española están dirigidos a la defensa frente a las injerencias del Estado todavía de modo más fuerte que en la Ley Fundamental de Bonn. Igualmente se encuentran en la Constitución española deberes de garantía y encargos de igualdad al legislador, que influyen en el Derecho Privado. Así se reconocen y protegen los derechos enumerados en el art. 20. El art. 24 prescribe el derecho a «obtener una tutela efectiva de los jueces y tribunales». Los arts. 28 y 37 deben ser entendidos de modo que el derecho a afiliarse a un sindicato se reconozca también a los trabajadores empleados en el sector privado de la economía (27). El Estado está obligado a configurar correspondientemente el Derecho Laboral. El art. 32 obliga al Estado a

---

(23) El art. 6, 5 establece: «Para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos».

(24) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 3, pág. 225 y págs. 242 y sigs.; vol. 25, pág. 167 y págs. 196 y sigs.; torcido en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 49, pág. 304 y págs. 319 y sig. Cfr. la exposición en V. GÖTZ: «Die Verwirklichung der Grundrechte durch die Gerichte im Zivilrecht», en W. HEYDE y C. STARCK (eds.): *Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte*, München, 1990, págs. 51 y sigs. Sobre la protección a través del Derecho Penal, cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 39, pág. 1 y págs. 41 y sig.

(25) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 24, pág. 119 y págs. 143 y sigs.; vol. 56, pág. 363 y págs. 381 y sigs.; vol. 64, pág. 180 y págs. 187 y sigs.; vol. 84, pág. 168 y pág. 179; vol. 92, pág. 158 y págs. 176 y sigs.

(26) O tienen que ser utilizados otros conceptos artificiales, como lo ha desarrollado, por ejemplo, el Tribunal Federal de Trabajo, que ha sometido los convenios colectivos al art. 3.2 de la LF (*Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, vol. 1, pág. 258 y 262; vol. 4, pág. 240 y pág. 252).

(27) JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986, págs. 136 y sigs.; J. M. BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, 1997, págs. 659 y sigs.

asegurar la igualdad del hombre y de la mujer en el Derecho matrimonial y de familia, que es una parte del Derecho Privado.

#### IV. RESPETO DE LA EFICACIA OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN DERECHO PRIVADO

Junto a las llamadas normas de Derecho Constitucional especial, que influyen expresamente en el Derecho Privado, se puede fundamentar de otro modo la influencia normativa del Derecho Constitucional en el Derecho Privado. Al respecto hay que retener en primer lugar, que los derechos fundamentales formulados en la LF y en la mayoría de las otras Constituciones afectan a la relación del ciudadano con el Estado (28). Pues los derechos fundamentales son la respuesta específica del Derecho Constitucional a la experiencia histórica de que el poder público tiende a lesionar la libertad de los ciudadanos. Sin embargo, no hay sólo —como ya se ha mencionado— problemas de libertad y de igualdad en la relación entre el ciudadano y el Estado, sino también de los ciudadanos entre sí, especialmente bajo el punto de vista de la diferencia de sexos y del distinto poder social. Sobre estos problemas, que ya eran conocidos en el surgimiento de la Ley Fundamental 1948/49 por la discusión de la época de Weimar (29), no se ha pronunciado la Ley Fundamental —con excepción del art. 3.2.1 y del art. 9.3 de la LF—, sino que los ha confiado al Derecho Civil ya existente y al futuro legislador civil. Lo mismo cabe decir de la mayoría de las otras Constituciones. Esta decisión hay que tomarla en serio y colocarla en la base de la interpretación de los derechos fundamentales. Especialmente, no puede trabajarse aquí con la fórmula mágica de la transformación constitucional (*Verfassungswandel*), pues no ha tenido lugar una transformación sustancial de las relaciones desde la época de Weimar, que se tuvo presente cuando en la elaboración de la Ley Fundamental, se formuló el catálogo de derechos fundamentales. Aún menos pertinente es el argumento de la transformación constitucional respecto de Constituciones más recientes, como por ejemplo la española.

(28) Últimamente, otra vez de modo claro, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 52, pág. 131, pág. 165 y sig.

(29) Cfr. las referencias en H. VON MANGOLDT y F. KLEIN: *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin/Frankfurt a.M., 1957, pág. 62; así, los derechos de libertad no pueden caracterizarse en Alemania como expresión del distanciamiento entre el Estado y el ciudadano, como lo hace U. SCHEUNER: «Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts», en E. FORSTHOFF, W. WEBER y F. WIEACKER (eds.): *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1973, pág. 147.

Sin hacer el salto de estas precisiones, hay que enlazar con la idea de que la Constitución y el Derecho Privado no están situados el uno junto al otro sin relacionarse (30). Aún cuando en el tráfico jurídico entre particulares deben ser respetados la vida, la salud, el honor y la propiedad, esto no es una consecuencia de una vinculación inmediata de todos los ciudadanos a los derechos fundamentales, que se ha concretado en la ley, sino de las reglas de la convivencia recibidas, sobre las que también se fundamentan los derechos fundamentales (31). La imagen del hombre expresada en la Ley Fundamental no es sólo fundamento de los derechos fundamentales en la relación Estado-ciudadano, sino también la base para la construcción del Derecho Civil (32). En relación con la garantía de la dignidad humana esto se expresa a través del art. 1.1 de la LF, que impone al Estado el deber de garantizar la dignidad humana, es decir, de asegurarla también en las relaciones jurídicas entre particulares. De modo parecido designa el art. 10 de la Constitución española la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamentos del orden político y de la paz social. «Orden político y paz social que, naturalmente, no están limitados a un orden *público* o a una paz *pública*, sino que es artificioso hacer tal distinción con un orden *privado* al margen de aquel» (33).

Esta fundamentación excluye una aplicación analógica de los derechos fundamentales no referidos al Derecho Civil. En el tráfico jurídico del Derecho Privado se trata siempre y solamente de la contemplación sobre la imagen del

---

(30) G. DÜRIG, en TH. MAUNZ y G. DÜRIG (eds.): *Grundgesetz*, Art. 1, núm. marg. 127 y sigs. (1958); TH. MAUNZ y R. ZIPPELIUS: *Deutsches Staatsrecht*, 29.<sup>a</sup> ed., München, 1994, pág. 134; R. ZIPPELIUS, en R. DOLZER (eds.): *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 1, núm. marg. 34 y sig. (1989); cfr. además, con carácter general P. KIRCHHOF: *Verwalten durch mittelbares Einwirken*, Köln, 1977, pág. 329, nota 49; J. SCHMIDT-SALZER: «Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 23 (1970), pág. 8 y págs. 10 y sig.; K. HESSE: *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg, 1988; K. STERN: *Staatsrecht*, vol. 3, tomo 1, München, 1988, pág. 1563 y sigs.; W. RÜFNER (nota 12), vol. 5, parágr. 117, núm. marg. 1992, núm. marg. 62 y sigs.

(31) Demasiado lejos, desde el punto de vista de los resultados un tanto imprecisos, es el intento de H. H RUPP: «Vom Wandel der Grundrechte», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 101 (1976), pág. 161 y pág. 170, de fundamentar en su vertiente objetiva la influencia de los derechos fundamentales en el Derecho Privado.

(32) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 52, pág. 131, págs. 165 y sig., se habla de orden de valores.

(33) Cfr. ANTONIO EMBID IRUJO: «El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 25, 1980, págs. 191, 204.

hombre que ha sido expresada en los derechos fundamentales. Esto se ha visto anclado en la llamada eficacia jurídica objetiva de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional Federal (34). Esta solución del problema abordado con la llamada eficacia hacia terceros tiene la ventaja de que los derechos fundamentales limitados a las relaciones entre el Estado y el ciudadano no deben ser manipulados (claridad jurídico-dogmática) y que el recurso a la imagen del hombre expresada en los derechos fundamentales evita cualquier solución global y forzada (practicabilidad). El influjo de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado a través del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios necesita una fundamentación específica más allá de los deberes concretos de protección y de igualdad relacionados con el Derecho Civil.

Estas consideraciones podrían aplicarse también a otros Estados y a sus correspondientes ordenamientos jurídicos. Puesto que los derechos fundamentales, en cuanto Derecho Constitucional gozan de rango jurídico superior al Derecho ordinario (35), y en consecuencia también al Derecho Privado, no es posible impedir la influencia de los derechos fundamentales en el Derecho Privado (36). La primacía de la Constitución tiene una lógica interna respecto de la cual ningún ámbito del Derecho es sacrosanto. En este sentido se expresa el art. 35 de la nueva Constitución federal suiza (1998): «Los derechos fundamentales deben aplicarse en todo el ordenamiento jurídico». Y «las autoridades deben velar para que los derechos fundamentales, en la medida en que sea adecuado, sean efectivos también entre los particulares». No sólo en Suiza se deciden en favor de los derechos fundamentales los conflictos entre éstos y el Derecho Privado. También son entendidos así los deberes de los Estados derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos (37).

#### V. PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN DERECHO PRIVADO

##### La eficacia jurídica de los Derechos fundamentales en el Derecho Privado

(34) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, pág. 198, pág. 205; RUFFERT (nota 22), págs. 63 y sigs. 158 y sigs.

(35) Véase sobre esto en profundidad CHRISTIAN STARCK: «La suprématie de la constitution et la justice constitutionnelle», en IDEM: *La constitution, cadre et mesure du droit*, París, 1994, págs. 7 y sigs.

(36) A la internacionalidad del problema se refiere CLAUS-WILHELM CANARIS: *Grundrechte und Privatrecht*, 1999, págs. 10 y sig.

(37) JOCHEN FROWEIN, en FROWEIN y PEUKERT: *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl. 1996, Art. 1 núm. marg. 12.

no es sólo un problema jurídico-material, sino que tiene consecuencias procesales e institucionales considerables. La más simple es la situación en los Estados en los que no hay Tribunales Constitucionales específicos. Los Derechos fundamentales garantizados en la Constitución son allí protegidos a través de los tribunales ordinarios y, en última instancia, a través del Tribunal Supremo, que ejerce al mismo tiempo como tribunal de revisión y como tribunal constitucional (jurisdicción constitucional), aplicando la primacía de los derechos fundamentales constitucionales sobre el Derecho Privado, al interpretar la ley. Si con ello la jurisdicción constitucional está integrada en la actividad judicial, especialmente de los Tribunales Superiores (este es el caso de Estados Unidos y de Suiza), entonces no puede haber conflictos entre los Tribunales Superiores y un Tribunal Constitucional específico. La efectiva protección de los Derechos fundamentales depende, sin embargo, de que el Tribunal Supremo reconozca los derechos fundamentales como normas jurídicas directamente aplicables y la doctrina y la jurisprudencia desarrollen un método que pueda seguirse, a través del cual pueden influir los principios objetivos ínsitos en los derechos fundamentales en el Derecho Privado, sin deshacer su estructura dogmática en una pura jurisdicción de equidad.

En la medida en que se han erigido Tribunales Constitucionales en los Estados, como en el caso de Austria, Italia, Portugal y en la forma más débil del *Conseil constitutionnel* en Francia, pero no existe un recurso de amparo, tampoco pueden surgir conflictos entre el Tribunal Constitucional y los Tribunales de revisión. Así el control preventivo de las normas que realiza el *Conseil constitutionnel* no colisiona con la actividad de revisión de la Corte de Casación y del Consejo de Estado. Sólo se derivan consecuencias mediatas debido a que el *Conseil constitutionnel* ha descubierto en la Declaración de Derechos de 1789 y en el preámbulo de las Constituciones de 1946 y 1958, que gozan de primacía sobre la ley. Con ello, el *Conseil constitutionnel* (38) ha abierto también en Francia el camino de la consideración de los derechos fundamentales en la interpretación de las leyes de Derecho Privado (39). Injerencias directas

---

(38) Decisión de 18.7.1971, en L. FAVOREU y L. PHILIP: *Les grandes décisions du Conseils constitutionnel*, 11e éd., 2001, págs. 238 y sigs. con observaciones, págs. 242-256.

(39) Cfr. al respecto: LOUIS FAVOREU: *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit*, en *Mélange Hamon*, París, 1982, págs. 33 y sigs.; FRANÇOIS LUCHAIRE: «Les fondements constitutionnels du droit civil», en *Rev. trimestrielle de droit civil*, 1982, págs. 249 y sigs.; M. FRANGI: *L'apport du droit constitutionnel aux droits des personnes et aux droits économiques individuels. Contribution à l'étude de la constitutionalisation du droit privé*, Thèse juridique, Aix-en-Provence, 1990; YVES GUYON: *Le droit de propriété devant la Cour de Cassation et le Conseil constitutionnel*, en GROUPE D'ETUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE (dir.): *La Cour de Cassation et la Constitution de la Ré-*

del *Conseil constitutionnel* en el Derecho Privado sólo son posibles, cuando tiene lugar un control preventivo de normas contra una resolución de Ley de las Cámaras en el ámbito del Derecho Privado. En este caso no afecta al Derecho Privado vigente sino a un proyecto de reforma previsto por las Cámaras legislativas. Independientemente de la jurisprudencia, el legislador francés ha adecuado el Derecho de familia a la Constitución (40) y al principio general de igualdad (41).

De modo contrario a lo que ocurre en Francia, en Austria, Italia y Portugal, el control concreto de las normas puede conducir a que el Derecho Privado vigente sea objeto de control de constitucionalidad en su aplicación. Así puede el Tribunal Constitucional ejercer su influencia sobre el Derecho Privado vigente y adecuar éste a los derechos fundamentales. Una concurrencia entre el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios no puede surgir, puesto que el Tribunal Constitucional sólo ejerce el control de las normas a solicitud del Tribunal ordinario.

A una relación de concurrencia entre Tribunal Constitucional y Tribunales ordinarios sólo puede llegarse en los países en que el Tribunal Constitucional decide recursos de amparo contra sentencias judiciales en última instancia. Además de Alemania también España, por ejemplo, dispone de recurso de amparo contra sentencias. En ambos Estados esto ha conducido a una continua y creciente sobrecarga de año en año del Tribunal Constitucional y a algunas relaciones problemáticas entre Tribunal Constitucional y Tribunales ordinarios (42).

El recurso de amparo contra sentencias está en el peligro de convertirse en una revisión de segunda instancia. Para evitar esto, el Tribunal Constitucional tiene que conseguir alcanzar claridad sobre la relación de Constitución, ley y aplicación de la ley. ¿Qué significa esto? La Constitución representa un marco para las Leyes. La Constitución no exige regulaciones legales completamente determinadas sino que sólo interpone límites al legislador (43). El buen orden

---

*publique*, 1995, págs. 173 y sigs.; ROGER BEAUVOIS: *La liberté d'opinion et d'expression*, loc. cit., págs. 183 y sigs.; LOUIS FAVOREU *et alii*: *Droit des libertés fondamentales*, 2e éd. 2001, págs. 131 y sigs., 182 y sigs.

(40) El preámbulo de la Constitución de 1958 remite al de la Constitución de 1946, con certeza a las líneas relativas a la familia.

(41) FRANGI (nota 39), pág. 74.

(42) STARCK: «Jurisdicción constitucional y Tribunales ordinarios», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53 (1998), págs. 11 y sigs.; ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE: *Curso de Derecho constitucional*, vol. II, 3.ª ed., 2000, págs. 333 y sigs.

(43) ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: «Methoden der Verfassungsinterpretation», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, págs. 2089, 2091; CHRISTIAN STARCK: «Die Verfassung-

constitucional consiste precisamente en que muchas cosas no están reguladas en él y existen en consecuencia radios de acción de los órganos competentes del Estado. El proceso político en un Estado democrático de Derecho exige que las cuestiones sustanciales permanezcan abiertas a las decisiones de la mayoría y que no todo sea decidido a través de la interpretación de la Constitución. Esto rige especialmente para las relaciones jurídicas entre particulares. La adecuada observación de la función de los Tribunales ordinarios, que tienen que aplicar el Derecho Privado al caso concreto, exige asimismo radios de acción que garanticen, en distinta medida, las leyes dependiendo de la materia. En los procedimientos de instancia de revisión se van elaborando criterios generales para la decisión de casos futuros, que también podrían estar en la ley. Esta actividad de los Tribunales de revisión se basa en la circunstancia de que las leyes no sólo en relación con el caso concreto son más o menos indeterminadas, sino en que también pueden presentar lagunas, en cuanto reglas generales. Con base en el conocimiento de una multiplicidad de casos, que el legislador no podía conocer, el juez de revisión está en situación de mejorar la ley, precisarla, diferenciarla, dicho brevemente, crea Derecho judicial y con ello completa el Derecho.

El Tribunal Constitucional, que controla la constitucionalidad de algunas sentencias de los Tribunales ordinarios, tiene que pensar desde la Constitución, es decir, desde su carácter marco, que puede completarse de distintas maneras. Cuanto más concreta sea la ley conforme a la Constitución, menos podrá entrar en contradicción con la Constitución la aplicación de la misma ley hecha *lege artis*. Si una ley tal es aplicada erróneamente, entonces sólo se produce una violación de la Constitución al mismo tiempo, si la interpretación errónea de la ley, pensado en cuanto contenido de la ley, estuviera en contradicción con la Constitución. En otro caso, sería cada violación de la ley una violación de la Constitución, al menos un atentado al principio constitucional de igualdad. Esto no puede ser correcto, porque la jurisdicción constitucional no es una superrevisión (44). En el caso de leyes relativamente indeterminadas el juez que las aplica tiene más libertad para adaptar la decisión final al caso concreto. El juez participa aquí de la libertad del legislador de decidir *en el marco* de la Constitución.

Resumiendo en relación al Derecho Privado, de aquí se deriva: El influjo

---

sinterpretation», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, 1992, parágr. 164, núm. marg. 5 y sigs.

(44) Cfr. al respecto pormenorizadamente: STARCK (nota 42), págs. 11, 17 y sigs., 27 y sigs.; v. MANGOLDT, KLEIN y STARCK: *Das Bonner Grundgesetz*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. I, 1999, Art. 3, núm. marg. 260.

de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico privado sobre los deberes específicos de protección y de igualdad así como sobre la imagen del hombre expresada en los derechos fundamentales, es decir, la eficacia jurídica objetiva de los derechos fundamentales, tiene el legislador que realizarla en primer término a través de la legislación (45). El Tribunal ordinario es competente para «rellenar» conceptos legales abiertos (46). Este decide el caso particular y realiza de este modo la justicia del caso concreto en el marco de la ley encomendada a la jurisprudencia. El Tribunal Constitucional sólo puede controlar si la decisión del Tribunal ordinario —si se generaliza como norma— con las consideraciones aplicables y relevantes para el Derecho Privado son compatibles con el derecho fundamental correspondiente (47).

Sobre el necesario equilibrio de las posiciones jurídicas del Derecho Privado puede decirse aquí de modo general que la correspondiente intensidad de la inmisión en una posición jurídica debe ser analizada detalladamente (48) y el equilibrio debe encontrarse bajo la salvaguardia entre las posiciones de derechos fundamentales enfrentadas (49). Ejemplos:

— Libertad contractual y prohibición de discriminación (art. 3.3 de la LF) así como prohibición de que sea contrario a las buenas costumbres (50).

(45) Por ejemplo, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 14, págs. 263 y sigs.; vol. 39, págs. 1 y sigs.; vol. 73, pág. 261 pág. 270; V. GÖTZ en W. HEYDE y C. STARCK (nota 24), págs. 46 y sigs.; P. BADURA: «Kodifikatorische und rechtsgestaltende Wirkung von Grundrechten», en R. BÖTTCHER, G. HUECK y B. JAHNKE (eds.): *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag*, Berlin/New York, 1996, pág. 159, y págs. 172 y sig.; A. EMBID IRUJO (nota 33), pág. 205.

(46) Por ejemplo, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, págs. 198 y sigs.; vol. 35, págs. 202 y sigs.; V. GÖTZ en W. HEYDE y C. STARCK (nota 24), págs. 58 y sigs.

(47) Cfr. C. STARCK (nota 41), págs. 11 y 27 y sigs.; CANARIS (nota 36), págs. 26 y sig.

(48) W. RÜFNER: «Grundrechtskonflikte», en C. STARCK (ed.): *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts)*, vol. 2, Tübingen, 1976, pág. 453 y págs. 465 y sigs.; en términos parecidos H. BETHIGE: *Zur Problematik der Grundrechtskollisionen*, München, 1977, pág. 323; J. SCHWABE: *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977, págs. 317 y sig.

(49) K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1995, núm. marg. 354 y sig.; F. MÜLLER: *Normativität und Normstruktur*, Berlín, 1966, pág. 213, con ulteriores referencias; de la jurisprudencia, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 35, pág. 202 y págs. 219-244.

(50) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 89, pág. 214 y pág. 230; cfr. sobre esto G. SPIEB: «Inhaltskontrolle von Verträgen – das Ende privatautonomer Vertragsgestaltung», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, vol. 109, núm. 21 (1994), págs. 1222 y sigs.; J. GERNHUBER: «Ruiniöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit», en *Juristenzeitung*, vol. 50, núm. 22 (1995), pág. 1086; P. DERLEDER: «Unterlegenenschutz im Vertragsrecht», en *Kritische Justiz*, vol. 28 (1995), pág. 320, págs. 325 y sig.; R. SINGER: «Vertragsfreiheit, Grundrechte und Schutz des Menschen vor sich selbst», en *Juristenzeitung*, vol. 50, núm. 23 (1995), pág. 1133 y pág. 1136.

- Obligaciones a perpetuidad y reserva de actividad que se derivan de la dignidad humana.
- Libertad de expresión y prohibición de ofender (51).
- Libertad de información y derechos de la personalidad (52).
- Libertad de producción y creación literaria y artística y dignidad humana (53).
- Propiedad del pequeño accionista y propiedad del gran accionista (54).
- Libertad contractual y sometimiento estructural de una de las partes del contrato (55).

Estos ejemplos muestran que también el Derecho Civil dispone de reglas de equilibrio. Tanto la necesidad de análisis como la diferenciación del equilibrio, que controlada a nivel constitucional, remiten al *case law*, que será tratado en el último apartado. Los casos tratados a continuación muestran claramente la tendencia a anclar en los derechos fundamentales las posiciones jurídicamente enfrentadas entre sí. A través de ello se alcanzan posiciones que deben ser ponderadas según el Derecho Constitucional, y que sólo así abren la competencia del Tribunal Constitucional. Esto conduce a la extraña decisión de que el arrendatario pueda hacer valer derechos de propiedad frente al arrendador (caso 4.º). La comprensión de que no es tarea del Tribunal Constitucional la búsqueda de la ponderación mejor posible, es tanto más importante cuanto que sólo puede controlar si la ponderación hecha por el legislador y por el juez en aplicación de la ley se adecuan al marco constitucional. Esto me parece que en los casos 2-5 que se exponen a continuación, ha sido decidido correctamente, mientras que en el primer caso, tengo serias dudas.

## VI. EJEMPLOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

### 1. *Derecho contractual*

En el Derecho Mercantil alemán existe una norma según la cual, el empre-

---

(51) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, pág. 198, págs. 203 y sig.; vol. 62, pág. 230 y págs. 243 y sigs.

(52) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 35, pág. 202 y pág. 219.

(53) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 30, pág. 173 y págs. 195 y sigs.

(54) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 14, pág. 263 y pág. 282.

(55) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 89, pág. 214 y págs. 232 y sig. (fianza); *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 97, pág. 169 y pág. 175 (libertad de contratación y protección frente al despido).

sario puede acordar con el agente comercial que, después del término de la relación contractual durante un tiempo máximo de dos años, éste queda limitado en su actividad mercantil. Tal cláusula de competencia debe proteger al empresario frente a la concurrencia de su antiguo agente comercial, que recibe por ello una indemnización proporcionada. Sin embargo, el empresario no está obligado a pagar esa indemnización, si ha despedido al representante por graves razones a causa de su comportamiento culpable (despido disciplinario).

Esta regla fue considerada por el Tribunal Constitucional Federal incompatible con la libertad profesional (art. 12, 1 de la LF) (56). El legislador debería regular la prohibición de competencia al término del contrato de modo que quedase, por una parte, un radio de acción suficiente para la garantía de los intereses del empresario pero que, por otra parte, sea proporcional a la «debilidad negociadora» del representante. El ámbito de discrecionalidad del legislador estaría limitado en ambos sentidos, porque tanto en el caso del empresario como en el del representante se trata de posiciones protegidas a nivel de derecho fundamental. Ni la limitación ni la protección de la libertad pueden resultar desproporcionadas en tal relación recíproca.

Esta argumentación muestra con toda claridad la amplitud con que los derechos fundamentales influyen en el Derecho Civil. La necesaria ponderación de intereses y la medida del ámbito de libertad permitido a las partes contratantes están regidas por los derechos fundamentales en su interpretación por el Tribunal Constitucional Federal.

El Tribunal Constitucional Federal considera especialmente adecuada la indemnización de carencia, para equilibrar los intereses contrapuestos, sin inmiscuirse de modo desproporcionado en la libertad contractual. A favor del agente comercial se considera que éste está abocado a ejercer su libertad de profesión para la seguridad del sostenimiento económico de su existencia. En caso de limitaciones profesionales que vayan más allá, necesita de una compensación económica. Al empresario le queda la libertad de decidir si renuncia a la cláusula de omisión de competencia o no, es decir, si persiste en ella y paga. En último término, la prescripción legislativa fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal, porque la negativa indiferenciada y total de una indemnización para cualquier caso de despido disciplinario y por un plazo máximo de dos años, no encuentra ningún fundamento específico en las peculiaridades de una terminación del contrato anticipada y culpable. Una sanción tal, no es necesaria para dar respuesta a las desventajas en su derecho de la competencia del empresario que despide. Esta sanción no es exi-

---

(56) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 81, pág. 242 y págs. 260 y sigs.

gible al representante por su multiplicidad de entrecruzadas consecuencias. Por su carácter general, resulta desproporcionada.

## 2. *Derecho de responsabilidad civil*

Erich Lüth, entonces presidente del club de prensa de Hamburgo, se había dirigido públicamente durante el año 1950 en múltiples ocasiones contra Veit Harlan, que durante el Tercer Reich había rodado el film antisemita «Jud Süß», y había animado a los prestamistas y propietarios de los cines, así como al público, a boicotear su nueva película *Unsterbliche Geliebte*. Lüth fue juzgado por una inducción al boicot contraria a las buenas costumbres y condenado a omitirlas en el futuro bajo la amenaza de pena pecuniaria o de prisión. El art. 826 del Código Civil alemán, que constituía la base de esta sentencia, obliga al resarcimiento del daño que alguien haya acarreado a otro de modo intencionado y a las buenas costumbres y garantiza al mismo tiempo, en relación con el art. 1004 del Código Civil alemán, el correspondiente deber de omisión.

El Tribunal Constitucional Federal decidió a favor del recurso de amparo contra la sentencia del Tribunal Civil, porque esa sentencia era incompatible con el derecho fundamental de libertad de expresión reconocido en el art. 5.1.1 de la LF (57). En la fundamentación, el Tribunal Constitucional Federal afirmó que los derechos fundamentales son, en primer término, derechos de defensa frente al Estado. Sin embargo, la Ley Fundamental, que no quiere ser un ordenamiento neutral en el ámbito axiológico, ha instaurado en el apartado de los derechos fundamentales también un orden objetivo de valores de donde se deriva principalmente un reforzamiento del carácter vinculante de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, en cuanto que decisión fundamental de la Constitución, debe tener vigencia en todos los ámbitos del Derecho. De este modo influye también, por supuesto, en el Derecho Civil; ninguna prescripción de Derecho Civil puede contradecirlo, cada una de ellas debe ser interpretada en su espíritu. Por ello, en la aplicación de las prescripciones materiales del Derecho Civil, el juez tiene que examinar si estas normas están influidas de la manera antes descrita por los derechos fundamentales. Si es así, entonces debe observar en la interpretación y aplicación de estas prescripciones la modificación del Derecho Privado que de ello se derive. Esto rige sobre todo para las cláusulas generales como el art. 826 del Código Civil alemán que remite a criterios extrajurídicos como las «buenas costumbres» para la valoración de la conducta humana.

---

(57) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, pág. 198.

En la valoración de la cuestión, sobre si un comportamiento se ajusta a las buenas costumbres, el juez tiene que atender, en consecuencia, a las decisiones fundamentales acerca de los valores y a los principios del orden social, que se encuentran en la Constitución, dentro del apartado relativo a los derechos fundamentales. Dentro de este orden de valores, que a su vez es un orden jerarquizado, debe adoptarse aquí también la necesaria ponderación entre el derecho fundamental a la libertad de expresión, a tenor del art. 5.1.1 de la LF y los bienes jurídicos y derechos limitados por su ejercicio.

A la vista de estas consideraciones, el Tribunal Constitucional Federal alcanzó el resultado de que el Tribunal Civil en su decisión del comportamiento de Lüth desconoció el especial significado que tiene el derecho fundamental a la libertad de expresión, también allí donde entre en conflicto con los intereses privados de otros. La sentencia de la instancia civil fue revocada, y Lüth obtuvo el amparo constitucional.

### 3. *Derecho de asociaciones*

Según el Derecho alemán de asociaciones, una asociación adquiere la capacidad jurídica mediante la inscripción en el registro de asociaciones del juzgado correspondiente. La inscripción en el registro de asociaciones tiene lugar sólo cuando la asociación cumple determinados requisitos previstos en el art. 21 y sigs. del Código Civil alemán y cuando sus estatutos son compatibles con el principio de la independencia y autoadministración de la asociación (autonomía asociativa).

La comunidad religiosa de Bahá'í está representada en Alemania por un Consejo Nacional de Ministros, cuyos órganos inferiores, los consejos locales de ministros, son elegidos a nivel de la comunidad. La solicitud de uno de estos consejos locales de ministros de inscripción en el registro de asociaciones fue denegada por el juzgado competente. La decisión denegatoria se fundamentaba especialmente en que los estatutos contenían reglas mediante las cuales se atribuía al Consejo Nacional de Ministros el derecho a decidir sobre la expulsión de miembros, disolución de la asociación y otros intereses de la asociación. Un influjo externo de carácter tan amplio sobre la organización de una asociación es impropio e incompatible con el principio de la autonomía asociativa. Contra la decisión judicial denegatoria de la inscripción en el registro de asociaciones fue interpuesto recurso de amparo constitucional con el argumento, entre otros, de que la estructura institucional de la comunidad de ámbito mundial Bahá'í se fundamenta en un acto fundacional divino y por ello no puede modificarse. Esto no había sido tenido en cuenta suficiente-

mente en la aplicación e interpretación del derecho de asociaciones del Código Civil.

El Tribunal Constitucional Federal llegó al resultado de que las decisiones de los tribunales anteriores no se ajustaban al significado del derecho fundamental de asociación religiosa garantizado en el art. 4.1 y 2 de la LF, en relación con el art. 140 de la LF y art. 137.2 y 4 de la Constitución de Weimar en el manejo e interpretación del Derecho de asociaciones del Código Civil, y por ello lesionaban al demandante de amparo en sus derechos fundamentales (58). La libertad de asociación religiosa obliga a considerar especialmente la concepción que la confesión religiosa tiene de sí misma, en la medida en que ésta está protegida por el art. 4.1 y 2 de la LF, en la interpretación y aplicación del Derecho aplicable, en este caso el derecho de asociaciones del Código Civil. Por ello, los ámbitos de libertad en la interpretación de las normas correspondientes deben emplearse en la medida en que sea necesario a favor de las comunidades religiosas. Sin embargo, esto no debe conducir al detrimento de la seguridad del tráfico jurídico y los derechos de otros. Incompatible con la libertad de asociación religiosa sería en todo caso una interpretación a través de la cual una confesión, a la vista de su organización interna, fuera excluida por completo de la participación en el tráfico jurídico general o que ésta fuera posible sólo mediante unas dificultades que resultasen inexigibles.

Las decisiones judiciales recurridas no resultarían ajustadas a esta estructura normativa del derecho de asociación religiosa. En primer término, debería considerarse, en la interpretación de las prescripciones del Derecho de asociaciones, que también puede verse en la limitación estatutaria del derecho a la autoadministración un ejercicio de la autonomía asociativa. Al respecto, es evidente con vista a la organización jerárquica interna ligada a la propia fe de las confesiones religiosas que frecuentemente se observa, que asociaciones que están insertadas como parte de las confesiones religiosas o erigidas con una especial vinculación, quieran insertarse en la jerarquía de su confesión. En especial la integración de miembros de las confesiones religiosas en la estructura superior de la confesión, que se presenta como una asociación religiosa que es expresión de la autonomía de los miembros en su fe común, no puede ser valorada negativamente sin más como un abandono de la autonomía asociativa. El límite se alcanza allí donde la autonomía y autoadministración de la asociación no sólo fueran excluidos en determinados aspectos, como los que se derivan de los requisitos establecidos por el Derecho confesional para la integración jerárquica, sino que también por encima estos, se excluyeran en una extensión tan

---

(58) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 83, pág. 341.

amplia que la asociación ya no fuera principalmente dirigida por la voluntad de los miembros.

Según esto, en el caso de una asociación religiosa constituida como parte integrante de una confesión, el derecho de asociación no permite ver desde fuera una prescripción ajena como contraria a la autonomía asociativa por limitaciones de la facultad de autonomía de disolución, exclusión y confirmación, en la medida en que éstas sirvan a asegurar la integración en la confesión religiosa en el marco de las vinculaciones existentes en el Derecho confesional, y se limiten a ello. En un caso semejante de limitación de las facultades de intromisión de una instancia jerárquica superior permanece todavía garantizada de modo suficiente la autonomía de la asociación. La negativa de inscripción en el registro lesiona, según esto, al demandante de amparo en su derecho fundamental de libertad de asociación religiosa.

#### 4. *Derecho de la propiedad*

Según el antiguo art. 564.b) del Código Civil alemán (59) un contrato de arrendamiento de vivienda sólo puede ser rescindido por el arrendatario cuando tiene un interés justificado en el término del arriendo. Tal interés justificado del arrendador en el término del arrendamiento puede ser considerado, por ejemplo, si el arrendador necesita la vivienda arrendada para él mismo o alguna de las personas que habitan con él (rescisión del contrato por necesidades propias). Basándose en estas prescripciones, se valoró la terminación de una relación arrendaticia como una rescisión por necesidades propias. La arrendadora había fundamentado la necesidad propia en que requería la vivienda para su hijo, porque éste debía estar lo más próximo posible, debido a su avanzada edad y a su mal estado de salud. Contra esta argumentación el arrendatario había expuesto sin resultado que el hijo de la arrendadora ya vivía en una casa vecina, y que podía acudir en ayuda de su madre en corto espacio de tiempo. Por ello, no podía sustentarse una rescisión basándose en una necesidad propia justificada. En su recurso de amparo contra la sentencia, el demandante apelaba, entre otras cosas, a la lesión de su derecho a la propiedad, a tenor del art. 14 de la Ley Fundamental.

En la decisión correspondiente, tomó postura el Tribunal Constitucional Federal sobre la cuestión de si el derecho de posesión del arrendatario, derivado de un contrato de arrendamiento sobre la vivienda alquilada, es propiedad

---

(59) Cfr. ahora el art. 573 del Código Civil alemán.

en el sentido del art. 14.1.1 de la LF (60). Esta cuestión fue respondida en sentido afirmativo, debido a que la vivienda es para cada uno el punto central de su existencia privada. El individuo está vinculado a su uso para la satisfacción de las necesidades elementales de la vida así como para la seguridad de su libertad y el desarrollo de su personalidad. Sin embargo, puesto que una gran parte de la población no puede acudir a la propiedad para cubrir su necesidad de vivienda, sino que está obligado a alquilarla, el derecho de posesión del arrendatario cumple las funciones que de manera típica corresponden a la propiedad de la cosa. Se presenta una posición jurídica de derecho privado que se atribuye al arrendador como si fuera propietario de la cosa .

A causa de la circunstancia de que tanto el arrendador como el arrendatario podían apelar al derecho de propiedad del art. 14.1.1 de la LF, resulta necesaria una regulación legal del derecho de arrendamiento. El legislador tiene que regular materialmente ambas posiciones concurrentes entre sí, en cumplimiento de su tarea de determinar el contenido y los límites de la propiedad a tenor del art. 14.1.2 de la LF, delimitarlas entre sí y determinar las respectivas facultades que se les conceden a ambas posiciones. El legislador tiene que tener en consideración los intereses dignos de protección de ambas partes y ponerlos en una relación de equilibrio.

El legislador ha previsto la necesaria ponderación de intereses para el caso de la rescisión ordinaria, ante todo en el art. 564.b) del Código Civil alemán. Ha considerado de modo adecuado tanto las exigencias del arrendatario, es decir su interés de permanecer en la vivienda, como del arrendador, esto es su interés de usarla él mismo. No resulta reconocible una preferencia ni una desventaja de una de las partes contratantes.

La protección constitucional de las posiciones del arrendatario y del arrendador ha de observarse también, a través de los tribunales ordinarios, dentro del marco de la aplicación e interpretación del art. 564.b) del Código Civil alemán. Los tribunales ordinarios tienen que ejecutar la ponderación de intereses expresada en la ley e impuesta en la Constitución de una manera que respete la protección de la propiedad de ambas partes y evite las limitaciones desproporcionadas de ésta. De aquí se sigue que el tribunal debe atender a las observaciones del arrendatario contra la afirmación del arrendador de la necesidad propia, de modo que sea justo con el significado y el alcance de su interés de permanencia. Así pues, el tribunal debe, por ejemplo, comprobar si persigue seriamente el deseo de uso propio, si la necesidad de vivienda alegada ha sido

---

(60) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 89, págs. 1 y sigs. En sentido crítico, cfr. por todos, OTTO DEPENHEUER: en v. MANGOLDT, KLEIN y STARCK: *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 1, 4.<sup>a</sup> ed., 1999, Art. 14, núm. marg. 54.

sobrepasada con amplitud, o si está presente con certeza. No obstante, entra en consideración la posibilidad de satisfacerle sin hacer uso de la vivienda cuyo arrendatario ha sido despedido, por ejemplo, porque otra vivienda propiedad del arrendador está libre, y en la cual la necesidad alegada podría ser satisfecha sin renunciaciones sustanciales. El amparo reclamado por el arrendatario no fue satisfecho, porque el Tribunal Civil se había ajustado a todas estas exigencias.

### 5. *Derecho del trabajo*

A tenor de las prescripciones de la ley de protección del despido, un despido de la relación laboral por parte del empresario sólo es procedente, si está justificado socialmente. Este caso se da, según el art. 1.2 de la mencionada ley, cuando el despido es necesario por razones que concurren en la persona o en la conducta del trabajador, o por exigencias urgentes de la empresa que se oponen a que el trabajador continúe desempeñando en ella su puesto de trabajo. Además, el derecho de despido del empresario está sometido a ulteriores limitaciones en la ley de protección del despido. Según el art. 23.1.2 de esta ley, estas prescripciones limitativas del derecho de despido del empresario no tienen vigencia para las pequeñas empresas, es decir, aquellas en las cuales están empleados de modo ordinario cinco o menos trabajadores. El Tribunal Constitucional Federal, que se ocupó de la constitucionalidad de la llamada «cláusula de la pequeña empresa» a causa del recurso de amparo de un trabajador, acometió el control de la correspondiente prescripción respecto del derecho fundamental de la libertad de profesión (art. 12.1 de la LF) (61). El Tribunal Constitucional Federal argumentó que el derecho fundamental de la libertad de profesión no justifica, ciertamente, ni un derecho a que se le proporcione un puesto de trabajo ni una garantía de permanecer en el puesto de trabajo elegido y, en consecuencia, no garantiza una protección inmediata contra la pérdida del puesto de trabajo a causa del despido del empresario. Sin embargo, atribuye al Estado un deber de garantía derivado del derecho fundamental, es decir, una obligación de defender al trabajador frente al despido del empresario.

En el control de constitucionalidad de la «cláusula de la pequeña empresa» como una norma reglada por el derecho contractual privado, hay que considerar que esta norma sirve al equilibrio de intereses contrapuestos, que están ordinariamente anclados en el derecho fundamental. De este modo, se enfrentan el interés del trabajador en la recepción de su puesto de trabajo, protegido por

---

(61) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 97, pág. 169.

el art. 12.1 de la LF, y el interés del empresario de emplear en su empresa solamente a aquellos trabajadores que respondan a sus pretensiones, así como limitar su número en la medida que determine. A través de ello el empresario ejerce ordinariamente su libertad de profesión en el sentido del art. 12.1 de la LF, que también comprende la libertad de actividades económicas. Con ello, el legislador se encuentra ante un problema de concordancia práctica. Las posiciones de los derechos fundamentales en conflicto deben ser captadas y delimitadas en una recíproca influencia, de modo que para todas las partes sean efectivas de la manera más amplia posible. Se concede al legislador un dilatado radio de acción, cuyos límites sólo resultarían sobrepasados cuando la posición jurídica de derecho fundamental quedase sometida a los intereses de la otra parte contratante, y así ya no pudiera hablarse de un equilibrio adecuado, a la vista del significado y la fuerza del derecho fundamental afectado.

Sin embargo, este no es el caso en el supuesto de la «cláusula de la pequeña empresa». En la regulación de la protección del despido, resultan afectadas ciertamente necesidades importantes del trabajador, porque el puesto de trabajo constituye la base de la existencia económica para él y su familia. No obstante, el derecho de despido del pequeño empresario sería más digno de protección, ya que en una pequeña empresa la relación de confianza entre el empresario y el trabajador adquieren un valor relevante y el éxito del negocio depende más que en las grandes empresas de cada trabajador concreto. Al trabajador de una pequeña empresa puede exigírsele, por ello, un riesgo jurídico de pérdida de puesto de trabajo mayor, a la vista de las sólidas exigencias del empresario garantizadas a nivel de derecho fundamental.

Esto tiene tanta mayor vigencia cuanto que los trabajadores, fuera de la protección de despido legal, no están plenamente desamparados, pues están protegidos a través de las cláusulas generales de Derecho civil frente un ejercicio del derecho de despido del empresario contrario a la buena fe o a las buenas costumbres. A su vez, esas cláusulas generales deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales. El mínimo de protección constitucionalmente ordenada del puesto de trabajo está, así, en cada caso garantizada frente a la pérdida ocasionada por una disposición privada

## 6. *Consideración final*

Los casos que se han indicado aquí muestran que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha conducido a que casi todos los ámbitos del Derecho de obligaciones se hayan impregnado de los derechos fundamentales. El Derecho y la jurisdicción civiles están sometidos al control del Tribunal

Constitucional Federal. En países sin jurisdicción constitucional específica que decide sobre recursos de amparo individuales, correspondería al Tribunal Supremo pronunciar la última palabra. La valoración de los intereses contrapuestos no tiene que apoyarse en derechos fundamentales, como ocurre en el caso de Alemania y de España, porque el Tribunal Constitucional puede adoptar como criterio de sus decisiones sólo el Derecho Constitucional.

