

DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIONES ENTRE PARTICULARES

JOSE MANUEL ROMERO

Madrid

Nos encontramos ante una obra de tesis (*) tan brillantemente expuesta como discutible. Una obra, así pues, necesaria y oportuna, tanto más cuanto que el supuesto que debate es tan vivo y cercano como las posiciones encontradas que concita a su alrededor. Una tesis que no es sólo una toma de posición sobre un aspecto técnico jurídico —por importante y delicado que aparezca—, sino la consideración crítica de un proyecto general de sentido sobre la virtualidad de los derechos fundamentales y la crítica militante de otro proyecto precisamente contrario.

1. LA TESIS

La tesis se refiere a la *Drittwirkung*, esto es, a la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas. La crítica se centra en:

a) Una orientación de nuestro Tribunal Constitucional:

«la tendencia al reconocimiento genérico de la *D* en los casos concretos... De esta liberalidad en reconocer y proteger los efectos entre particulares de los derechos fundamentales» (págs. 139-140).

b) Uná mediación utilizada en esta amplitud:

«... la doctrina de la imputación a los órganos jurisdiccionales de la violación “de los derechos fundamentales” por deficiente protección» (pág. 140).

c) El presupuesto ideológico que comporta:

«La *Drittwirkung*... no es un resultado de un proceso interpretativo *normal*, sino la elección de un horizonte hermenéutico, la libre posición de un proyecto de sentido... el *Richter-recht*, Derecho judicial o de juez, en definitiva del juez constitucional que es el que tiene el poder de atar y

(*) J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Cuadernos Cívitas. Madrid. Cívitas, 1986.

desatar... Es casi fatal... que el juez constitucional desborde los cauces y salte los muros “¿por qué?... porque el valor tiene su propia lógica, que puede llevar hasta el cambio constitucional en una escala sin parangón posible”. (FORSTHOFF)» (págs. 143-144).

2. LA DRITTWIRKUNG

Los autores parten de una descripción conceptual del término y realidad conocido como *Drittwirkung* («incidencia de los Derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas», pág. 11).

El tratamiento de la aparición de este fenómeno hace una primera evocación nostálgica a aquel idílico estado en el que la Constitución y el Código Civil se asentaban como básicos pilares de la sociedad liberal. Tanto más fundantes cuanto más estrictamente paralelos y sin encuentro posible se representaran esos dos vectores.

Los autores reconocen que en efecto las cosas ya no son así, pero a renglón seguido de este reconocimiento la nostalgia metódica plantea los fundamentos que científicamente abocarán en la añoranza del Estado liberal. Esos fundamentos son unos «puntos de principio», cuya *neutralidad* es discutible. En efecto, si como punto de partida se toma que *la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad son conceptos opuestos a la Drittwirkung*, se está hurtando otra afirmación que también puede aparecer evidente a quien no tenga el mismo *background* liberal de los autores: que *no puede haber real autonomía de la voluntad sin profundo respeto y protección de los derechos fundamentales en las relaciones particulares* precisamente para evitar que la insuperable primacía de la *autonomía de la voluntad del más fuerte* (Cfr. págs. 13 a 15).

Planteado con toda claridad el disenso de este punto de partida, no es posible, sino coincidir plenamente en los demás presupuestos del tratamiento del tema que se dan en el libro a:

— La necesaria distinción entre:

- primacía de la Constitución;
- ámbito de los derechos fundamentales;
- competencia del Tribunal Constitucional (págs. 15-17).

— La matización de la diferente entidad de los diferentes derechos fundamentales en relación con la posible atribución o no de un grado uniforme de *Drittwirkung* (págs. 17 y 18).

El discurso continúa con la exposición de la elaboración doctrinal de la *Drittwirkung* en Alemania y su aplicación por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Esta exposición de una precisión indudable y, lo que es más difícil, dotada de una gradación argumentativa que denota un estilo literario muy apreciable, suscita alguna reflexión. Puede afirmarse sin duda que la jurisprudencia alemana no ha acabado de zanjar doctrinalmente el tema de la *Drittwirkung* y que efectivamente ese concepto tan poético como poco preciso de la «irradiación» (*Austrahlung*) de los derechos fundamentales no alinea al Tribunal Constitucional en ninguna de las dos posiciones extremas sobre la *Drittwirkung*. Lo que ocurre es que un lector que se esfuerce con imparcialidad por interpretar adecuadamente la posición de García Torres y Jiménez Blanco podría pensar que ellos sí se alinean precisamente en una de las posiciones extremas —la de la negativa a admitir la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares— y por ello no pueden alegar en su favor la jurisprudencia alemana.

La impresión es tanto mayor cuanto que la muy matizada, dudosa y vacilante

posición de nuestro Tribunal Constitucional suscita una crítica cerrada por los autores del libro. En todo caso, lo que en ningún caso puede discutirse es que la jurisprudencia alemana jamás ha rechazado la posibilidad de esta incidencia inmediata y lo que sí ha discutido es, en cada caso, precisamente cuál de los derechos fundamentales que entran en juego en la situación conflictiva debería primar. No se niega la incidencia inmediata de los derechos fundamentales, lo que se hace es medir su peso específico respectivo para solucionar el conflicto. Se puede comprobar todo esto en la misma exposición que los autores hacen en las páginas 32 y 33 de algunas de las sentencias.

Atienden seguidamente los autores a la recepción de la *D* en la doctrina española. Al estudio pionero de Quadra-Salcedo se dedican, a mi entender, menos líneas y menos precisión de la que aquel trabajo merece.

De entre las cuestiones que podían haber merecido la atención de un comentario o una toma de postura se encuentran, por ejemplo:

1) La inapreciable distinción que hace Quadra-Salcedo sobre la cuestión del recurso de amparo ejercitable o no por los particulares contra otro particular, y la incidencia de la *Drittwirkung* en tales relaciones, pero manifestada primeramente como pretensión jurisdiccional en sede ordinaria y no constitucional. Esta distinción es olvidada como veremos por los autores, con un efecto negativo.

2) Un problema-doble de mucha incidencia en este tema: el de la prohibición de entrar en la revisión de los hechos declarados probados por el Tribunal «a quo» en los supuestos de recursos de amparo contra actos del correspondiente Tribunal, y a la vez la necesidad de que tales hechos supongan una «directa» e inmediata lesión a un derecho fundamental, y no simplemente un óbice o dificultad «indirecta» a su ejercicio.

3. LA POSICION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los capítulos IV y V constituyen el corazón de la obra que se comenta. Se dedica el primero de ellos a las posibilidades de interpretación de los enunciados constitucionales contenidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la CE.

Se centra aquí la crítica a una posible aplicación inmatizada de *D* de cada uno de los derechos fundamentales particulares. Los autores se inclinan en principio por una posición muy abierta:

«A nuestro juicio, la tesis más exacta es la de que una significativa porción de los preceptos constitucionales relevantes —artículos 14 a 29 y 30.2 CE— admitirían que se afirme su *Drittwirkung*.»

Una vez reconocido esto, y en un esfuerzo fundamentalmente argumentativo, tratan los autores de matizar la anterior afirmación, procurando infiltrar la idea de que no todo derecho fundamental tiene *Drittwirkung*. Para ello acuden a jurisprudencia constitucional que —en su opinión— abonaría esta tesis. La consideración que este repaso sugiere es más bien de efecto contrario: así, según se aprecia, lo que en realidad hace la doctrina jurisprudencial alegada es matizar que existen *aspectos* o *monumentos* de las declaraciones de los derechos que no atribuyen derechos subjetivos a los ciudadanos. Pero esta característica juega no sólo en las relaciones entre particulares, sino también frente a los poderes públicos. No cabe otra ampliación argumentativa más allá de estos precisos límites de las Sentencias del Tribunal Constitucional 93/83, 68/85, 66/82 ó 15/82.

a) *La doctrina de la imputación de la violación a los órganos jurisdiccionales*

El primer reproche que debería hacerse al capítulo V, central del libro, es que el tratamiento que en él se hace no es la incidencia de los Derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los particulares. De lo que en él se habla es sobre la pertinencia de que puedan acudir al amparo constitucional —y no mantenerse en el amparo judicial— los ciudadanos que hayan sufrido la correspondiente violación.

Homologando el lenguaje de estas líneas con el de los autores, podríamos asegurar que su denuncia de la «finta alemana» constituye, a su vez, otra finta: veamos la razón de esta afirmación.

Puede que sea criticable la vía acogida por nuestro Tribunal Constitucional que, de modo semejante al alemán, estima que:

«Puede hablarse de una violación autónoma, directa e inmediatamente originada en la sentencia judicial e independiente de los hechos que dieron lugar al proceso fallado por aquélla (como exige e impone el artículo 44.1 LOTC) cuando el juez o Tribunal del Poder Judicial no ampara el derecho violado o, en otras palabras, cuando aquel juez o Tribunal ha entendido que la violación (por ejemplo, del empresario) no existe y el Tribunal Constitucional es de parecer contrario. Lo que vale decir: hay violación “autónoma” imputable directamente a un órgano jurisdiccional e independiente de los hechos cuando surge un conflicto de interpretación entre el Tribunal Constitucional y un juez o Tribunal del Poder Judicial sobre el significado y alcance del derecho fundamental “accionable” en amparo violado (originariamente) por un particular» (págs. 75 y 76).

Esta posición según los autores es rechazable por estas razones:

— La estricta consideración de que el sujeto de la violación *debe ser un poder público* (al examen de este concepto dedican muy importantes líneas).

— La estricta definición del artículo 44.1 LOTC sobre la accionabilidad en amparo contra las sentencias que exige que la violación tenga origen *inmediato y directo* en la actuación del Tribunal o juez, y no en la del sujeto particular que era parte en la contienda a la que la sentencia dio fin.

— La estricta doctrina de la *inatacabilidad de los hechos* en las revisiones que el Tribunal Constitucional hace de los actos del Poder Judicial.

Los autores llaman *finta alemana* a la ampliación del área de acción que en principio parece acotar legalmente esos estrictos márgenes. Volveremos después sobre esto, tras mostrar que la crítica de esta finta, supone a su vez, una técnica de persuasión.

Parece a primera vista que la posición de los autores, al *limitar su crítica* a la *accionabilidad en amparo constitucional contra las violaciones de los derechos fundamentales* en las relaciones jurídicas *entre particulares*, mantiene sin reproche la posible *accionabilidad* judicial de tales violaciones. Esto es, que un particular que estimara que en una relación jurídica con otro particular —ya sea la laboral (tan frecuente como reconocen los autores), ya de otro tipo (familia, libertad de expresión, etc.)— se ha violado un derecho reconocido por la Constitución podría exigir un pronunciamiento ordinario que recompusiera la relación de conformidad con aquel principio o valor fundamental.

La impresión de quien lee el libro es que los autores defienden una doctrina que niega esta posibilidad. No sólo cabe apreciar una «pulsión secreta» en la actitud del Tribunal Constitucional, que se esfuerzan en «desenmascarar» García Torres y Jiménez Blanco. También la tienen los dos magníficos profesores y en un sentido muy claro (cfr.

pág. 146): es peligroso que los derechos fundamentales sean moldes de la sociedad, puesto que su papel es el de ser solamente límites del poder político (págs. 141-142) y que en relaciones jurídicas entre particulares la incidencia de los derechos fundamentales debe ser «obra del legislador, no del juez» (pág. 127, nota 76).

b) *La justificación del amparo contra sentencias que resuelven conflictos entre particulares*

Si hay un reproche central que hacer al discurso —tan lúcido en la persecución de su argumento como brillante en su trazado literario— de los autores es en esta tesis final, en la que de modo inevitable se han encontrado: No es posible amparo judicial ni constitucional de las violaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos producidos por otros ciudadanos en las relaciones jurídicas privadas; porque los derechos fundamentales sólo inciden en tales relaciones a través de la traducción normativa ordinaria del legislador.

Esta crítica se funda en que la conclusión a que llegan los autores no es el fruto de un irreprochable juicio técnico-jurídico o de política procesal de mantenimiento de las relaciones jurídicas. Ninguna de estas razones puede justificar que dada la posición de los autores se llegue a una conclusión diferente de la que se mantiene en este libro.

En este sentido, se puede y a mi entender se debe partir de una hipótesis diferente y seguir un proceso dialéctico igualmente irreprochable que contuviera los mismos elementos positivos que el analizado, pero llegando a una posición y conclusión diferente. No es este el momento de desarrollarlo por extenso, pero sí de indicar sumariamente los pasos de esa argumentación.

a) Los derechos fundamentales inciden en todas las situaciones y relaciones jurídicas por ser inspiradores del sistema jurídico total. Este sería el punto de partida precisamente opuesto al que mantienen García Torres y Jiménez Blanco.

b) Esa incidencia debe manifestar como «troquel» o molde (por utilizar la expresiva terminología de los autores) en la instancia legislativa y como «troquel» o límite en la instancia judicial de las violaciones de los derechos fundamentales que cometa cualquier sujeto, sea público o privado.

c) Las violaciones (o de modo más genérico «las lesiones». Cfr. Quadra-Salcedo, págs. 94-95) de los derechos fundamentales por los particulares no son amparables por acción constitucional directa, sino que es la jurisdicción ordinaria la competente para enjuiciar y reparar (si procede) la violación cometida. Así se ve que no es ésta una de las «posiciones extremas» a las que se refería la jurisprudencia alemana.

d) Si se aprecia por el justiciable que la violación de los derechos fundamentales no ha sido reparada, en sede jurisdiccional ordinaria, habría acceso al amparo constitucional en virtud del artículo 44.

e) La condición inexcusable será —como reconoce nuestra jurisprudencia— no afectar a los hechos aceptados por la instancia, sino a la calificación jurídica directa, inmediata y específica, de violación o no violación del derecho fundamental de que se trate.

f) El ámbito de la violación cometida por el juez que no aprecia una violación real de un derecho fundamental puede no venir determinada sólo por el marco normativo procesal, sino también por los datos materiales o de fondo.

No hay así, pues, «finta», sino inversión dialéctica, que hace caminar el discurso por el recto camino de la deducción lógica.

4. UNA REFLEXION FINAL

Hay además de todo lo dicho, un último apunte que hacer al capítulo final sobre la jurisprudencia concreta del Tribunal Constitucional referido a los diferentes supuestos materiales de hecho sobre los que se ha desplegado tal jurisprudencia. Creo que ese capítulo hubiera sido el lugar adecuado para comentar las modificaciones que en la regulación de diferentes relaciones jurídicas privadas se han producido por la indudable incidencia de la función limitadora de los derechos fundamentales sobre tales relaciones.

No me refiero fundamentalmente a la corrección que los mismos jueces han realizado, ante una pretensión procesal congruente, de la normativa sobre, por ejemplo, filiación, régimen del quebrado, sistema de notificaciones, aun antes de que se modificaran las correspondientes leyes. Me refiero a un estudio material sistemático de lo especialmente significativo, que para el Derecho privado español ha sido el despliegue de la acción del Tribunal Constitucional en el campo, por ejemplo, de las relaciones laborales, o de la libertad de cátedra en centros privados, o de condiciones ilegítimas puestas por el testador o la protección de la intimidad al enjuiciar lesiones de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares.

Se echa de menos un tratamiento más detenido de estos aspectos. Esta falta contrasta aún más con el tono caricaturesco con el que se analiza con un envidiable desparpajo literario, casos de recursos de amparo no justificados, ni justificables por la levedad de las motivaciones aducidas.

En definitiva, ese comentario o revisión de doctrina hubiera puesto de manifiesto el efecto benéfico de tal incidencia. La sensata actuación del Tribunal Constitucional ha matizado muy cuidadosamente este instrumento de la *Drittwirkung*. Entre tales efectos no ha sido el menor el cuidar precisamente de que la autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de pacto tuvieran un área de auténtica y transparente igualdad en la que «el más fuerte» no impusiera —con la excusa de «su» libertad— «su» propia ley.

Quede como reflexión final el alborozo que produce la lectura de esta obra. La oportunidad del tema tratado, la viveza del razonamiento y la actitud activa que induce en el lector se unen a un estilo literario tan jugoso como infrecuente en nuestras obras científicas. Nuestra enhorabuena a los autores que saben mezclar dosis, a veces dispares y discutibles, pero siempre renovadoras, de casticismo, humanismo y ciencia.