

APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS

Iván ESCOBAR FORNOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Teoría de la Drittwirkung in-mediata*. III. *Teoría de la Drittwirkung indirecta*. IV. *La Drittwirkung y la jurisprudencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. V. *La Drittwirkung en el ordenamiento jurídico nicaragüense*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Ideas preliminares*

A. *Relaciones entre el derecho constitucional y el derecho privado*

Tanto el derecho constitucional como el derecho privado han progresado y en ese progreso la relación entre ellos se fortalece, dentro de un equilibrio y complementariedad. Los dos se enriquecen mutuamente y tienen importancia fundamental entre ellos. Se ensancha el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales y se logra la actualización del derecho privado de acuerdo a los valores que inspiran a la Constitución, lo que por la estructura abierta de sus normas y los conceptos indeterminados, se actualiza más rápido a los nuevos tiempos que el derecho privado. Al principio el derecho constitucional no tenía rango constitucional, la generalidad de sus normas era programática y faltaba una jurisdicción constitucional. Pero en la actualidad, las Constituciones han experimentado

una transformación importante, que Konrad Hesse, citando a un autor alemán, expresa que son similares a la Biblia y tienen una autoridad suprema. Estas Constituciones han adquirido aplicación inmediata, sus disposiciones sirven de parámetros para las decisiones judiciales y tienen una gran importancia para la vida de la comunidad y para el derecho privado.

Pero también el derecho privado ha sufrido profundas transformaciones. Las grandes mayorías de personas económicamente dependientes y no autónomas, han cambiado los ideales de la época de la sociedad burguesa incorporados al Código Civil, la socialización del derecho es una fuerza determinante del ordenamiento jurídico, todo lo que ha provocado la separación del derecho civil del derecho del trabajo y de otras ramas del ordenamiento jurídico, conduciendo a la desintegración de la unidad del viejo sistema del derecho privado y el debilitamiento de sus clásicos conceptos fundamentales. El derecho civil desarrolla una ética social de solidaridad en la que no es responsable sólo el poder público, sino también la sociedad que responde por cada uno de sus miembros. De esta manera la defensa de los débiles también le corresponde al derecho privado, atiende a la justicia social, pasa a tener un carácter tutelar, delimitador, contrario a los abusos.

La influencia del derecho constitucional en el derecho privado no significa que toda Constitución no deje espacios en blanco, que fundamente y regule todo el derecho y, como consecuencia, también el ordenamiento jurídico privado. La Constitución es un orden jurídico fundamental de la sociedad, pero no regula todo, sino sólo aspectos particularmente importantes para la vida de la sociedad y del Estado, dejando el resto de la normatividad a los poderes del Estado, en especial al Poder Legislativo.

El derecho constitucional interviene en el derecho privado garantizando, orientando e impulsando de la manera siguiente: *a)* La Constitución establece las condiciones para ser efectivos los institutos jurídicos-privados y los protege de una supresión o de una anulación o desnaturalización del derecho privado mediante leyes ordinarias. *b)* La Constitución garantiza la dignidad humana como fundamento de todo el derecho y, como consecuencia, el derecho privado. *c)* Protege a la persona y su libertad no sólo frente al Estado, sino también de las lesiones que proceden de los particulares. *d)* La Constitución sirve de guía al derecho privado, ofrece directrices que son importantes para el avance del derecho privado, por eso se le ha calificado al derecho constitucional como motor de cambio de la legislación jurídico-privado.

Es muy importante la trascendencia del derecho privado en el derecho constitucional al permitir el desarrollo de muchas libertades y derechos fundamentales que sin la reglamentación del derecho privado estos no podrían realizarse como el matrimonio, la herencia, la familia, etcétera, igual con otras libertades como, por ejemplo, la libertad contractual y la libertad de asociación.

Konrad Hesse¹ detalla la historia de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho privado. Expresa que la Alemania del siglo XIX es la de las primeras Constituciones modernas, las que en sus derechos fundamentales parten de la libertad e igualdad del ciudadano; los cuerpos legislativos representativos legislan y configuran también el derecho privado. En este siglo se desarrolla el derecho privado, perfilado por las importantes codificaciones y por la ciencia jurídica, el que descansa en los principios de libertad e igualdad. En este mismo siglo se produce el cambio de la sociedad feudal-estamental en la burguesa, que encuentra su expresión en el derecho privado y en las nuevas Constituciones. Desde un principio, pues, existe una relación estrecha y necesaria entre el derecho constitucional y el derecho privado.

Sostiene que la relación entre el derecho constitucional y el derecho privado puede tener dos direcciones: *a)* El derecho constitucional puede asumir la función de guía, pionera y conducir a una nueva configuración del derecho, sea mediante modificaciones inmediatas, derogatorias, sea mediante un mandato obligatorio al legislador para que proceda a tales modificaciones, sea, al menos, mediante las directrices e impulsos que contenga para la configuración del derecho privado. *b)* El derecho constitucional puede limitarse, y esto es la regla, a una función preservadora, de salvaguardar, con la cual protege el derecho privado preexistente frente a la suspensión y modificación por parte del legislador. En el comienzo de la Revolución francesa pueden verse ambas funciones: la Declaración de derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y las primeras Constituciones revolucionarias proporcionaron los presupuestos y los fundamentos para la legislación de derecho privado del Código de Napoleón y determinaron sus coordenadas. Después en la Restauración, la función esencial de la Constitución consistió en la garantía del ordena-

¹ Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado. Derecho constitucional y derecho civil*, Cuaderno Civitas, Madrid, 1995, pp. 34, 44 y 45.

miento jurídico-privado recién instituido y la Carta de 1814 aseguraba en sus derechos fundamentales esenciales de ese ordenamiento frente a simple modificaciones o suspensiones.

A su vez, asegura que en tiempos recientes el derecho constitucional ha recibido nuevas e importantes impulsos del derecho privado.

B. *Planteamiento del tema*

En la primera proyección del constitucionalismo, los derechos y libertades constitucionales tenían a los poderes del Estado como destinatarios obligados a respetarlos dentro del marco constitucional y legal: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. La mayoría de las Constituciones así lo establecen.²

Ahora bien, salta a la vista la pregunta: ¿el Estado es el único sujeto vinculado por los derechos fundamentales, o estos también proyectan sus efectos en las relaciones entre particulares?

La discusión gira en torno a si los derechos y libertades fundamentales vinculan no sólo en el ámbito del derecho constitucional, sino en las relaciones privadas, entre sujetos titulares de derechos fundamentales que en el supuesto de conflicto prevalece el derecho de uno sobre el derecho del otro. Sus campos³ no pueden estar deslindados por una muralla impenetrable, por el contrario, se comunican y se influyen: por una parte, la Constitución, como norma superior, penetra en el ordenamiento jurídico, inclu-

² El artículo 53.1 de la Constitución Española vigente dispone que los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo segundo del título I vinculan a los poderes públicos; el artículo 1.3 de la alemana reza que “los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativos, ejecutivo y judicial a título de derechos directamente aplicables”.

³ Alexei Julio Estrada delimita únicamente los campos de problemas y excluye del ámbito del tema los supuestos siguientes: la vinculación del legislador de derecho privado a los derechos fundamentales (indirecta o la eficacia mediata a través del legislador) que se traduce en una necesaria sujeción del ordenamiento jurídico privado a los derechos fundamentales, considerado como vinculación de los poderes públicos en materia legislativa a los derechos fundamentales; lo que interesa justificar es la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privados, no los supuestos en los que la misma Constitución prevé la vinculación directa de los particulares como el caso del artículo 9.3 de la Constitución alemana (*La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 89).

yendo el privado, sosteniendo la unidad del derecho, y por otra, el derecho civil, comercial, laboral, de familia, etcétera, incorporan sus bases fundamentales, en busca de protección, en la Constitución. Los derechos fundamentales al irradiar en el ordenamiento jurídico, incluyendo el privado, ensanchan su ámbito de aplicación y contenido. Ésta es la segunda proyección de los derechos fundamentales, en el campo de las relaciones privadas, aunque con temprano antecedente en Estados Unidos de América.

Sin embargo, Konrad Hesse expresa que la eficacia frente a terceros (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales, la delimitación del derecho constitucional y el derecho ordinario o el control de la jurisdicción civil han suscitado amplia atención, su trascendencia es grande y seguramente aún no puede hablarse de una clarificación definitiva.⁴

No es extraño que en la colisión entre derechos fundamentales existan dos o más argumentos para solucionar el mismo caso de manera diferente con base en una ponderación de los derechos en conflicto. Esto es así porque en nuestra Constitución, inspirada en el pluralismo y en una variedad de ideales políticos y sociales, producto de una transacción que permite al gobierno de turno desarrollar su programa de acuerdo a su signo político, existen normas y principios que encierran visiones opuestas, por no decir contradictorias, las que pueden ser armonizadas en un justo equilibrio, por ejemplo: el principio de libertad y el de igualdad, oposiciones que se manifiestan en la colisión entre los derechos de la primera generación con los de la segunda o tercera generación, en la libertad de expresión e información y el derecho al honor, en la objeción de conciencia y el derecho a la vida o salud,⁵ en el derecho de propiedad y sus

⁴ *Derecho constitucional y derecho privado, op. cit.*, pp. 32 y 33.

⁵ En la vida real, sin que la cuestión llegue a los tribunales, se han presentado casos en los hospitales de nuestro país de pacientes que después de un accidente grave ingresan a la sala de emergencia de un hospital sin que los acompañe un solo pariente y por ser Testigo de Jehová rehúsan recibir transfusiones de sangre porque su religión no se lo permite, a pesar de ser necesaria para su vida, entrando de esta manera en colisión al menos dos derechos: la objeción de conciencia y el derecho a la vida. Además el médico que lo atiende, en este ejemplo, es católico y sus principios no le permiten privarle de la vida al paciente y no tienen tiempo por la gravedad entregarlo en manos de otro médico. En tales situaciones debe hacerse una ponderación de ambos derechos y determinar cuál de ellos tendrá menos fuerza al ceder. Si aceptamos que en virtud del derecho a desarrollar su personalidad y su dignidad, que permite al individuo planificar y conducir su vida,

restricciones por interés social. Lo mismo puede decirse en el derecho privado, entre la libre contratación, fundada en ideales liberales, y la buena fe, basada en una concepción solidaria de la sociedad. Este planteamiento, realizado por Duncan Kennedy,⁶ no permite tener una única respuesta correcta.

Dworkin, partidario de la respuesta única aún en los casos difíciles, se defiende y sostiene que: los principios jurídicos no son contradictorios sino conflictivos, y cuando entran en colisión son ponderados de acuerdo con el razonamiento propio de la colisión de principios; los jueces y abogados excluyen las soluciones alternativas en un caso: en lo penal el acu-

el derecho a la vida debe ceder ante los otros derechos y no se le hace la transfusión. Pero si prevalece la vida y la objeción de conciencia del médico, éste debe hacerle la transfusión de sangre, ante el derecho absoluto a la vida, porque en el programa de vida del paciente no son admisibles conductas que la destruyan. El médico puede negarse a realizar un aborto, la eutanasia, en un país que están permitidos, porque su religión no se lo permite por respeto a la vida, también puede rehusar hacer manipulaciones genéticas y fecundaciones artificiales. En todos estos casos deben cumplirse los requisitos para que proceda la objeción de conciencia (no dañar a terceros, ausencia de fines políticos y valoración. Por ejemplo, se daña a terceros si una persona por motivo religioso, no se quiere vacunar contra una peste que afecta a la población). El Tribunal Constitucional Federal alemán revisó una sentencia en la que fueron condenados por omisión, familiares de una persona gravemente enferma que se había muerto porque él y dichos familiares se habían negado a que se le realizara una transfusión de sangre necesaria, la cual justificó aduciendo que la justicia había ignorado el efecto irradiador del derecho fundamental a la libertad de creencia y de conciencia que en este caso prevalecen sobre el derecho del Estado a castigar. Ha tomado mayor importancia en relación con la guerra o servicio militar obligatorio porque el Estado lo exige por razones de seguridad y son varias las religiones y muchos los pacifistas que las rehúsan. Pero no sólo funciona en esas actividades y motivos, pueden ser otros valores éticos y morales válidos. Por ejemplo, el que se niega matar a un animal por razones religiosas o ser protector de ellos, el ecologista que se niega a destruir una reserva natural. La objeción de conciencia encuentra su fundamento legal en nuestra Constitución en la libertad religiosa y conciencia (artículo 29) y en el derecho a la intimidad (artículo 26.1).

⁶ *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Nuevo Pensamiento Jurídico, Universidad de los Andes, 1997, pp. 84 y ss. Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Nuevo Pensamiento Jurídico, Universidad de los Andes, 1999, pp. 58 y ss. En este último libro, Rodríguez en su nota introductoria hace un estudio sobre la crítica contra los dogmas de coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces, pues existen varias propuestas en pugna: la que trata de demostrar la coherencia interna del Derecho, pues la mayoría de las disposiciones jurídicas se refieren a casos no difíciles y la neutralidad de su aplicación judicial, y por el contrario, la que mantiene la radical independencia del derecho, su creación y aplicado por el juez para razones políticas y morales.

sado es culpable y, por tanto, debe ser condenado, o no es culpable y debe ser absuelto, no existe una tercera opinión, por lo que el debate consiste en determinar cuál de las dos es la correcta.

El hecho de no ser posible determinar la corrección interpretativa en ámbitos como el jurídico o el literario, no implica que carezca de sentido hablar de una respuesta correcta desde el punto de vista interno de los participantes en las prácticas interpretativas, pues la demostración es propia de las ciencias.

Esta concepción es criticada por parte de la doctrina que cree en la existencia de soluciones intermedias adecuadas, como, por ejemplo, en las sentencias constitucionales, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley y no su nulidad, para lograr una corrección del legislativo.

Las correcciones interpretativas son internas y los jueces y abogados no se muestran escépticos frente a las soluciones de un problema jurídico; por el contrario, afirman que las normas convenientemente interpretadas determinan un solo resultado.

Para abordar el tema de los derechos fundamentales en las relaciones privadas se han formulado dos tesis: las que sostiene que los derechos fundamentales se aplican directamente (*Drittwirkung* directa) y las que sostiene que no se aplican directamente sino a través de la ley y en su defecto por el juez (*Drittwirkung* indirecta).

Según Shneider sobre este tema se han escrito centenares de libros y estudios que podría llenar las bibliotecas de la Alemania Federal.⁷

Si en un principio las dos tesis entraron en pugna, llevando la peor parte la tesis directa, en la actualidad existe una aceptación general de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, al margen de la pugna.

Por otra parte, ambas tesis han aportado conceptos, principios y soluciones importantes para la construcción de tales efectos, coincidiendo en puntos y bases fundamentales. Veamos algunos de ellos: la aplicación indiscriminada de los derechos fundamentales no es aceptada por ambas te-

⁷ Hans Peter Shneider, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", *Democracia y constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 135. Sin embargo, Konrad Hesse expresa que frente a lo que ocurre con la cuestión general de las relaciones entre el derecho público y el derecho privado, cuyo comentario ocupa volúmenes, llama la atención que haya habido hasta ahora un tratamiento tan escaso en la relación del derecho constitucional con el derecho privado. Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, *op. cit.*, p. 31.

sis y procuran las soluciones justas; los partidarios de la tesis directa e indirecta consideran relevante la posición de predominio de una de las partes sobre la otra para deslegitimar el acto o contrato, y algunos autores de la tesis indirecta admiten la aplicación directa en forma subsidiaria para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales; la tesis directa e indirecta estiman que la mediación del legislador es la mejor solución; la dignidad y la autonomía real son elementos fundamentales de ambas teorías. No obstante, la confrontación continúa⁸ y se logran nuevos aportes e incluso variantes y nuevas soluciones. Por tal razón haremos un breve estudio de ellas.

2. *Antecedentes de la Drittwirkung*

La tesis de que los derechos públicos subjetivos sólo eran oponibles frente al Estado, en principio no se modificó por la Constitución de Weimar, a pesar de que existían algunos artículos que permitían la aplicación de algunos derechos fundamentales en las relaciones privadas. Por ejemplo, el artículo 118 permitía la aplicación de la libertad de expresión del pensamiento en el ámbito de las relaciones laborales y económicas, y el artículo 159 establecía una garantía a la libertad de asociación ante las posibles restricciones de naturaleza privada. Lo dispuesto en estos artículos se consideraba como excepciones a la regla de la oponibilidad únicamente al Estado. No obstante, dan pie para que principien a penetrar ciertos derechos en las relaciones privadas en una forma tímida.

Konrad Hesse⁹ observa que en la época de Weimar se asocian importantes relaciones entre el derecho constitucional y el derecho privado. La segunda parte de la Constitución, relativa a los derechos y obligaciones fundamentales, contenía innovaciones importantes, pero los limita a dos

⁸ El profesor español Victor Ferreres, se pronuncia en favor de la *Drittwirkung* directa de los derechos constitucionales a los particulares y agrega que la tesis dominante en Alemania de los efectos indirectos a través de la noción de “orden objetivo de valores” complica innecesariamente las cosas. Si los derechos constitucionales tienen impacto en las relaciones entre particulares, es que vinculan a estos. Fundamenta su tesis combatiendo las objeciones hechas a la tesis directa que se apoyan: en la naturaleza de la Constitución; la asimetría de los riesgos de error por parte del Estado; la seguridad jurídica; y la libertad individual (Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx).

⁹ Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 47-54.

aspectos esenciales: *a)* El alcance y la eficacia jurídica de la garantía de institutos jurídicos-privados: como ocurrió en anteriores Constituciones se garantizaban la propiedad privada (artículo 153.1), la garantía del matrimonio, de la familia, de la patria potestad y el mandato de igualdad jurídica de los hijos no matrimoniales (artículos 119-121), la garantía constitucional de la libertad contractual en el tráfico económico de acuerdo con las leyes (artículo 152.1), la garantía del derecho a la herencia, de acuerdo al derecho civil (artículo 154,1) y el derecho fundamental a la libertad de expresión se extendía expresamente a las relaciones laborales y de empleo público (artículo 118.1). Estas garantías tienen una función de guía, de directrices; así ocurre explícitamente con el mandato al legislador para la igualdad de los hijos no matrimoniales, con el principio de igualdad de derecho con los cónyuges. *b)* Estos preceptos no fueron entendidos como directamente vinculantes, sino como principios programáticos, que deberían ser decisivos por medio de una regulación legal, pero no fundaban ningún derecho subjetivo. No obstante, estos derechos y garantías tienen una importante función protectora de los mismos, lo que impedía que el legislador ordinario los aboliera como parte del derecho privado. Sin embargo, estaban sujetos a limitaciones legales: la libertad contractual conforme las leyes, la garantía del derecho a la herencia conforme el derecho civil, lo cual condenaban a estas garantías a la ineficacia, lo mismo sucedía con el derecho de propiedad que podía ser limitado de acuerdo a la ley, pero la importancia de esta Constitución es que impedía la abolición de estas instituciones centrales del derecho privado. La ley fundamental actual establece su supremacía y la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, caducando las diferencias entre derechos fundamentales actualmente aplicables y simples principios programáticos.

Es después de la Segunda Guerra Mundial que la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales es desarrollada por el derecho constitucional. También debemos reconocer que en los Estados Unidos ya se discutía y decidía por los tribunales este tema, pero dentro de una perspectiva particular a través de la *state action* que requiere de la presencia del Estado para que se realice una violación constitucional, a diferencia de los países europeos que aceptan la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Para remediar la situación y tratar de anular algunos fallos, el Congreso de los Estados Unidos, en 1875, aprobó la Ley de Derechos Civiles

(*Civil Rights Act*), lo que equivale a nuestros “derechos fundamentales”, aunque en esto existe discrepancia, pero no es nuestro tema. Era la última ley del programa de Leyes de Reconstrucción constitucional, institucional, económica y social del país, luego de la Guerra de Secesión la cual establecía algunas medidas de igualdad como la prohibición de la discriminación en lugares públicos de diversión (teatros, algunos albergues), considerando su violación como falta y concedía a la persona ofendida la acción de indemnización por quinientos dólares. Esta ley fue declarada inconstitucional por sentencia del Tribunal Supremo en 1883, en un asunto conocido como casos de los derechos civiles (*civil rights cases*). Se argumenta que la sección 5a. de la enmienda XIV, base de la ley, no autoriza al Congreso potestades activas para luchar contra la discriminación entre particulares, el cual sólo puede legislar lo estrictamente establecido en dicha enmienda, dirigida a los Estados; en palabras más sencillas, las leyes federales sobre derechos civiles se aplican a las autoridades y funcionarios y no a los particulares, lo que impedía al Congreso combatir la discriminación entre particulares, fundado en las enmiendas XIII y XIV. Agregaba que la negativa de una persona o institución a permitir a un negro el uso de un medio de transporte o de un lugar de recreo, no tiene que ver con la esclavitud, para la cual estaban previstas las enmiendas XIII y XIV. Ya existía precedente que acogía la anterior doctrina en el caso *United States vs. Cruikshank* de 1876. El Tribunal Supremo anuló una sentencia que había condenado a dos personas por haber linchado a un negro.

Ante los recursos interpuestos por NAACP,¹⁰ la Suprema Corte de Justicia se pronunció sobre aspectos raciales en las relaciones entre los particulares. Ya era generalizada la negativa de los propietarios a alquilarle a negros, o bien obligar a los compradores de inmuebles a no revenderlos o alquilarlos a negros. Estas cláusulas contractuales se les denominan *racially restrictive covenant* (cláusulas restrictivas desde el punto de vista racial). La Suprema Corte de Justicia, en *Buchanan vs. Warley* (1917) declaró inconstitucional una ordenanza local que prohibía a personas de determinada raza (blanco o negro) ocupar locales o viviendas en edificios o en zonas habitadas mayoritariamente por otra raza. Agrega que el poder público podía limitar el derecho del vendedor a disponer de su propiedad, pero no por motivos raciales.

¹⁰ Siglas en inglés de la “Asociación Nacional para el Avance de la Gente de Color”.

Este pequeño avance se cae en *Corrigan vs. Buckley* (1920), al expresar que las enmiendas V y XIV sólo se aplicaban a los poderes públicos y, como consecuencia, no prohíben a los particulares celebrar contratos discriminatorios. Pero 22 años después en *Shelley vs. Kraemer* (1948) se derogó esta jurisprudencia, al prohibir a los estados la ejecución de esos convenios discriminatorios, pues al solicitarse su ejecución ya no es un asunto entre particulares, sino una cuestión en la que interviene el poder público. En este caso un matrimonio negro adquirió una propiedad afectada por el convenio discriminatorio y un matrimonio blanco, dueño también de una propiedad afectada con el mismo convenio, demandó para impedirle a los Shelley (negros) que tomaran posesión de la vivienda. Posteriormente la Suprema Corte de Justicia avanzó considerablemente en contra de la discriminación.

Últimamente en materia política el avance es considerable, pues personas de raza negra han llegado a ocupar altas posiciones en el poder del Estado, Colín Powell y Condoleeza Rice como secretarios de Estado, y Barack Obama, como presidente de la República, realizándose el gran sueño americano y la ampliación de la democracia de los Estados Unidos.

En Alemania comienza a discutirse desde la praxis. Era objeto de debate si el artículo 3.2 de la Ley Fundamental de la República Federal alemana, que establece que el hombre y la mujer gozaban de los mismos derechos, daba pie a una igualdad salarial entre el hombre y la mujer que desempeñaran el mismo trabajo. Nipperdey sostiene el efecto directo¹¹ de los derechos fundamentales hacia terceros y, como resulta de ello, la paridad salarial. Los partidarios del derecho privado se opusieron enérgicamente a esta tesis.

Los argumentos de Nipperdey acogidos por el Tribunal Federal del Trabajo fueron en favor de la eficacia directa del precepto fundamental de la igualdad salarial entre hombres y mujeres ante igual rendimiento laboral, reconociendo así la vinculación de los convenios colectivos a los derechos fundamentales.¹²

Posteriormente el 15 de enero de 1958 se falla el famoso juicio Lüth, en donde el Tribunal se inclina en favor de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales.

¹¹ Así lo expresa en su famosa disertación de 1950, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*.

¹² Sentencia del 18 de enero de 1955.

Erich Lüth era un judío que había sufrido bajo el régimen nacionalsocialista de Hitler. Era portavoz del Senado de Hamburgo, el gobierno del Land. Extrañado observaba cómo aquéllos comprometidos con el régimen nazi, salían de sus escondites y volvían a figurar en la vida pública de Alemania. Uno de ellos era Veith Horlan que había presentado en las salas de cine una película antisemita (*Jud Süß*), y que además había producido un nuevo film con un nombre aparentemente sin mensaje político titulado *La amada inmortal*.

Lüth considera que era escandaloso que un antiguo director de cine nazi regresara a la profesión y presentara películas sin aparente significado político, quizá transmitiendo el contenido ideológico nazi, por lo cual decidió desarrollar públicamente un boicot de la película.

Este boicot, de acuerdo con el Código Civil, era contrario a las buenas costumbres y, por consiguiente, antijurídico. La empresa productora, el director y la distribuidora reclamaron ante los tribunales civiles y el juez, de acuerdo con el Código Civil, que regula las relaciones entre los particulares, declaró el boicot contrario a derecho, como era lo aceptable en ese entonces.

En esta resolución no fueron aplicados los derechos fundamentales, los cuales, de acuerdo con la concepción tradicional son oponibles al Estado y no tienen influencia en las relaciones entre particulares, lo cual significa que si el Estado le prohíbe a una persona a expresar su pensamiento o reunirse con otros, puede reclamarle ejerciendo sus derechos fundamentales que autorizan esas libertades. Por el contrario, las relaciones entre particulares no quedarían vinculadas a los derechos fundamentales, de tal forma que, a manera de ejemplo, al principio de igualdad no se le puede aplicar al vendedor de bienes para que conceda igual trato a todos sus clientes. Las personas tienen un amplio desarrollo de sus actividades que al Estado le están prohibidas.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional consideró que Lüth invocaba el interés público, no tenía fines lucrativos, promovió el boicot no para competir, su propósito era alertar a la opinión pública de una amenaza a la libertad. Estos argumentos fueron aceptados por el Tribunal y resolvió el conflicto entre particulares de acuerdo con la concepción jurídico-objetiva de los derechos fundamentales. Expresa en una de sus partes:

Es, sin embargo, igualmente cierto que la ley fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores (...) ha establecido también en la parte de-

dicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir, en tanto que decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Así influye evidentemente también en el derecho civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él, todas deben ser interpretadas según su espíritu.

Konrad Hesse expresa que el Tribunal Constitucional considera a los derechos constitucionales principios objetivos no sólo del ordenamiento constitucional, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto. La Constitución no quiere ser un orden valorativo neutral, por lo que ha erigido a los derechos fundamentales en un orden objetivo de valores, lo que expresa un reforzamiento vinculante de ellos. Este sistema de valores debe regir en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos. Así influye en el derecho civil; ninguna prescripción jurídico-privada puede estar en contradicción con él.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional abrió ampliamente el derecho privado al derecho constitucional. Ha contribuido a que los derechos fundamentales determinen no sólo la vida estatal, sino la vida jurídica en la República Federal. En varios aspectos este logro tiene sus costos.

La creación, continúa Hesse, de la jurisdicción constitucional repercute en el desarrollo del derecho privado, en la que se controlan los actos del poder público, las leyes y las resoluciones judiciales.¹³

La tesis del caso Lüht posteriormente fue desarrollada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias y se conoce bajo el nombre de Eficacia Frente a Terceros de los Derechos Fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*).

La tesis alemana de la eficacia mediata o indirecta es aceptada por la jurisprudencia y la doctrina española.

En España, la Constitución de 1978 en su artículo 53. 1 se dispone que todos los derechos y libertades reconocidos vinculan a todos los poderes públicos y en el artículo 9.1 determina los sujetos que están some-

¹³ Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 54, 55, y 57-59.

tidos a la Constitución: los ciudadanos y los poderes públicos. No obstante lo preceptuado, el artículo 161.1 b de la Constitución remite a la ley la regulación del amparo por violación de los derechos y libertades señaladas en el artículo 53.2 de la Constitución en los casos y forma que ella determine, pero la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sólo aceptó el amparo contra los poderes públicos del Estado, autoridades, las comunidades autónomas, los entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional.

Pese a la limitación de dicha ley, el Tribunal Constitucional de España acepta la tesis de la eficacia mediata en sentencia 78 de 1982: que dice:

Fundamentos jurídicos: 1. El primer punto que debemos abordar es el planteado por la empresa “Ford España, S. A.” en orden a determinar si la cuestión suscitada excede o no del ámbito del recurso, por entender que el amparo no se solicita respecto de una resolución judicial sino frente a actos de un particular (antecedente séptimo); actos que como tales no son susceptibles de amparo, dado que este recurso limita su ámbito a la protección de los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos o libertades originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos, y no por actuaciones de los particulares. La Sala no puede compartir la afirmación de que el recurso no se dirige contra una resolución de un poder público. Basta leer la demanda, y su súplica, para poder afirmar que el objeto del recurso es la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 30 de enero de 1982, en cuanto revoca la de magistratura y con ello infringe, a juicio del actor, el derecho de representación sindical. Problema distinto, del que trataremos más adelante, es que al concretar su pretensión el actor solicite en alguna de sus peticiones (antecedentes 1) que el Tribunal haga declaraciones relativas a la nulidad de la actuación de la empresa, lo que como veremos si puede exceder del ámbito del recurso de amparo, tal y como aparece delimitado por el artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Para decidir el contenido del fallo hemos de tener en cuenta diversos extremos, como son los siguientes: en primer lugar, que el objeto del recurso es la sentencia impugnada por lo que hemos de decidir sobre su constitucionalidad, y no sobre la validez de la actuación de la empresa como pretende el recurrente (antecedente 1, A).

En sentencia 55 de 1983 expresa:

Entiende esta Sala que, cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia, previo el análisis de los hechos denunciados, es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión.

En sentencia 18 de 1984 dice:

Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares, cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos que corresponde a los jueces y tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela judicial de tales libertades y derechos (artículo 41.1 LOTC). En este sentido debe recordarse que el tribunal ha dictado ya sentencia en que ha admitido y fallado recursos de amparo contra resoluciones de los órganos judiciales cuando los actos sujetos al enjuiciamiento de los mismos provenían de particulares.

En sentencia 56 de 1995 dijo:

Alega el Ministerio Fiscal que, aunque las vulneraciones constitucionales alegadas fueron en su caso motivadas directamente por la Asamblea nacional del EAJ/PNV, su acceso al recurso de amparo se basa en la lesión indirecta de los derechos fundamentales causada por las resoluciones judiciales que no otorgaron la tutela debida a tales derechos. Este Tribunal se recuerda ha reconocido tal posibilidad en numerosas ocasiones, recogiendo lo que en la doctrina alemana se conoce con el nombre de *Drittwirkung* (por todas, SSTC 2/1982 y 18/1984).

Como puede observarse, pese a lo dicho en el artículo 5.31 y el artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia española acepta la eficacia indirecta de los derechos fundamentales frente a los particulares, lo mismo que la doctrina dominante.

La Constitución colombiana, a diferencia de otras, no establece como único responsable de la violación de los derechos fundamentales, a los poderes públicos, sino también a los particulares. El artículo 86.1 dispone:

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Por decreto 2591 de 1991 y el decreto reglamentario 306 de 1992 se determinan los casos en que procede la acción de tutela contra particulares.

La Corte Constitucional, en sentencia 251 de 1993, justifica la acción de tutela contra los particulares en la situación de subordinación o indefensión del particular ante el poder de otro particular por su poder social o servicio público que presta. Expresó:

Las sentencias entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (CP artículo 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria.

En Costa Rica, el artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional contempla el amparo contra los particulares que dice:

Artículo. 57. Admisibilidad. Procedimiento en caso de rechazo. Improcedencia contra conductas legítimas. El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de esta ley. La resolución que rechace el recurso deberá indicar el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado. No se podrán acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas del sujeto privado.

Existe numerosa jurisprudencia costarricense.¹⁴ Por ejemplo la Sala Constitucional sobre el tema ha dicho:

El amparo contra sujetos de derecho privado es objeto de particular regulación en el artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual sólo procede cuando aquéllos actúan o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas o cuando se encuentren de derecho o de hecho en una posición de poder frente a la que los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2 inciso a) de la Ley, y resulta evidente que la empresa demandada no se encuentra en ninguna de las situaciones a que alude el artículo 57, ya que ni está actuando en ejercicio de funciones o potestades públicas, ni se encuentran en una posición de poder es decir, en la posibilidad de imponer, de hecho o de derecho una decisión unilateral que viole los derechos constitucionales del recurrente frente a la que los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos. S. C. V. 895-97 (en sentido similar: 1125-96; 3238, 6076, 5203, 3650, 3376, 700, todos de 1994; 4067, 3938, ambos de 1993).

Quede sentado a propósito de la admisibilidad del amparo que patrono y trabajador se encuentran en una situación de poder de las contempladas por el artículo 57 de aquella ley, (de la Jurisdicción Constitucional) cuando el reclamo del derecho previsto por el artículo 35 del Código de Trabajo se trata. Dispone éste: “a la expiración de todo contrato de trabajo, por cualquier causa que éste termine, el patrono, a solicitud del trabajador, deberá darle un certificado que exprese únicamente: a) la fecha de su entrada y de su salida; b) la clase de trabajo ejecutado. Si el trabajador lo desea, el certificado determinará también; c) la manera como trabajó; y d) Las causas del retiro o de la cesación del contrato” (...) Y se enfrenta una posición de poder frente la cual los remedios jurisdiccionales comunes resultan claramente insuficientes o tardíos para la tutela del derecho fundamental al trabajo porque, en un régimen de despido cuya regla general, con las excepciones establecidas por ley, es la libertad patronal, en resguardo del eventual abuso de la libertad de despido el artículo 35 del Código de Trabajo impone el patrono una obligación medular para el ejercicio de otros derechos laborales. Incumplida ésta se genera, precisamente, la insuficiencia o la inocuidad de la jurisdicción ordinaria, ocasionando una desigualdad, del trabajador cuan-

¹⁴ Cfr. Hess Aroyo, Christian y Brenes Esquivel, Ana Lorena, *Ley de Jurisdicción Constitucional. Anotada, concordada y con jurisprudencia*, San José, Investigaciones Jurídicas, S. A. 2001, pp. 221 y ss.

do pide la tutela jurisdiccional en sede de trabajo. S. C. V. 4777-96 (en sentido similar: 4626-96; 2170-93).

Diego Valadés hace un amplio estudio comparado de los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, tanto en Europa como en Asia y en América, indicando sus diferentes alcances y efectos. Señala las Constituciones que lo hacen de manera implícita¹⁵ y otras de manera explícita.¹⁶ Enumera las Constituciones provinciales¹⁷ de Argentina¹⁸ que los contemplan y la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁹

3. *Resistencia a la Drittwirkung*

Nos referiremos a la oposición que surge a raíz de la aplicación del artículo 3.2 de la Constitución de Alemania en las relaciones laborales. Cuando Nipperdey se pronuncia en favor de la aplicación directa de dicha disposición, surge la tesis que le negaba cualquier posibilidad a una *Drittwirkung*, fundada en que los derechos fundamentales eran exclusivamente oponibles al Estado, en la que militaban autores del derecho privado. Son varios los argumentos que se esgrimen por la doctrina para rechazarla; a saber: solamente es aplicable a los particulares si así lo dispone expresamente el texto constitucional; se encuentra en oposición

¹⁵ El Salvador (247), Costa Rica (artículo 48), Guatemala (artículo 265), Honduras (artículo 183), Nicaragua (artículo 45), Uruguay (artículo 10) y Venezuela (artículo 27).

¹⁶ Argentina, Colombia (artículo 86.1), Bolivia (artículo 19), Chile (artículo 22), Ecuador (artículo 95), Paraguay (artículo 134) y Perú (artículo 200.2).

¹⁷ Salta (1986), San Juan (1986), La Rioja (1986), Tierra del Fuego (1991), Córdoba (2001), Santa Cruz (1998), Provincia de Buenos Aires y Ciudad de Buenos Aires (1996).

¹⁸ El artículo 43 de la Constitución de 1994 reconoce el amparo contra la autoridad y los particulares, pero su antecedente se encuentra en la jurisprudencia pretoriana de la Corte Suprema de la Nación del 5 de septiembre de 1958 en el caso Samuel Kot, S. R. L., en un conflicto entre la sociedad patronal y los obreros, ya que no sólo procedía contra las autoridades. Se argumentó que los consorcios y asociaciones profesionales de grandes empresarios acumulan enorme poderío económico y material que amenazan a los individuos y sus derechos fundamentales. En 1957 (caso Siri), la Corte había admitido el amparo contra las autoridades, sin que la ley regulara ese recurso.

¹⁹ Poder Judicial de la Federación, *La protección de los derechos fundamentales frente a los particulares*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

a la historia y al concepto de los derechos fundamentales; no estuvo en la mente de los constituyentes alemanes consagrarla; destruye la autonomía privada y podrían destruir al derecho privado, pues los jueces podrán fundar sus resoluciones directamente en la Constitución prescindiendo de las regulaciones legales, sustrayendo del Poder Legislativo, con legitimidad democrática, la libertad de configurar y regular los fenómenos sociales, trasladando el debate democrático a los jueces, de lo cual surge un Estado judicial, algo equivalente al gobierno de los jueces.

4. *Factores que determinan la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas*

Son varios los factores que determinan la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas:

A. El carácter fundamental, normativo y superior de la Constitución

Es fundamental porque es la que organiza políticamente a la comunidad, estableciendo su sistema de gobierno y reconociendo sus derechos humanos y el sistema de defensa.

Es normativa porque tiene aplicación obligatoria generalmente dirigida a los poderes de Estado, aunque existen algunas normas que en forma directa se dirigen a regular las relaciones entre particulares. Las Constituciones son normas eficaces, aplicables y no programas políticos que tienen que ser desarrollados por las leyes ordinarias, son verdaderas leyes que obligan a los poderes del Estado y a los particulares.

La Constitución jerárquicamente es la ley superior del Estado, a la que debe someterse todo el orden jurídico del Estado para su validez.

Este carácter, fundamental normativo y superior se proyecta sobre todas las ramas del derecho en la creación, aplicación e interpretación normativa.

B. La desigualdad

En la sociedad contemporánea, globalizada, donde la ciencia y la tecnología se desarrollan con rapidez y el conocimiento es la verdadera ri-

queza, han surgido corporaciones, asociaciones, sociedades, monopolios, carteles, etcétera, con gran poder económico que con cierta frecuencia, unen al poder económico, político, social, cultural y mediático, superiores en algunos casos al Estado, los que controlan casi toda la riqueza frente una base poblacional al margen del progreso y los nuevos inventos. Este fenómeno produce una desigualdad que ponen a esos capitales en posición fácil de violar los derechos fundamentales. En el Estado contemporáneo no sólo éste viola los derechos fundamentales, sino también los poderes privados, violación que se produce con frecuencia en las relaciones entre los particulares.

Por tal razón, surge la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

C. El Estado social de derecho

Este es un Estado más fuerte que el liberal clásico, no permanece inactivo dejando que el mercado y la sociedad actúen sin control, interviene en la economía, en los problemas sociales y se esfuerza por una mayor igualdad material, para darle más vida a la igualdad formal.

Esta concepción del Estado es proclive para la proyección de los derechos humanos en todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el ámbito del derecho privado. En resumen, favorece la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones particulares.

Este Estado está consagrado en el artículo 130 de la Constitución que “la nación nicaragüense se constituye en un Estado social de derecho”.

D. El desarrollo de la justicia constitucional

La justicia constitucional ha tenido un importante desarrollo y hoy es considerado como una de las piezas fundamentales de la democracia contemporánea, así como la división de poderes y el pluralismo político. Su jurisprudencia, además de garantizar el Estado de derecho, ha enriquecido el derecho constitucional, defiende la Constitución y pone en vigencia sus normas, las cuales se proyectan en el ordenamiento jurídico, incluyendo el derecho privado.

Por medio de los diferentes recursos al servicio de la jurisdicción constitucional, hoy formando parte de una rama nueva denominado dere-

cho procesal constitucional, los tribunales constitucionales, las salas constitucionales o la Corte Suprema de Justicia ordinaria, conocen de los conflictos jurídico-privados, principalmente en el recurso de amparo contra las resoluciones judiciales, en los países que se admite contra este tipo de decisiones.

II. TEORÍA DE LA *DRITTWIRKUNG* INMEDIATA

1. *Introducción*

Como ya expresamos, fue Nipperdey quien inicialmente sostiene la aplicación inmediata (o directa) de los derechos fundamentales, con ocasión del derecho de igualdad consagrado en el artículo 3.2 de la Constitución,²⁰ aplicado a la igualdad salarial entre hombres y mujeres.²¹ Hace dos observaciones fundamentales:

A. Que las disposiciones constitucionales tienen un contenido muy diverso entre sí, por lo que su significación, modo y grado de acción han de verificarse detalladamente en cada caso particular, pero que en lo general en la mayoría de los casos, esos derechos fundamentales auténticos y clásicos son de derecho público subjetivo del individuo frente al Estado, a los cuales quedan vinculados los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Pues con ello se pretende vincular al poder público y no están destinados al tráfico jurídico privado. Señala como ejemplo: la libertad de reunión,²² de circulación,²³ la inviolabilidad del domicilio,²⁴ la propiedad,²⁵ el derecho a la nacionalidad²⁶ y el derecho de petición.²⁷

²⁰ Artículo 27 y 82.1 de nuestra Constitución.

²¹ El artículo 82.2 de nuestra Constitución regula la aplicación concreta de igualdad salarial de los trabajadores en idénticas condiciones y en el principio XI del Código del Trabajo se consagra la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo y el trato de conformidad con lo establecido en la Constitución.

²² Artículo 53 de nuestra Constitución.

²³ Artículo 31 de nuestra Constitución.

²⁴ Artículo 26.2 de nuestra Constitución.

²⁵ Artículo 44 de nuestra Constitución.

²⁶ Artículo 20 de nuestra Constitución.

²⁷ Artículo 52 de nuestra Constitución.

B. Pero existen otros derechos fundamentales que se proyectan en la esfera jurídica privada, sobre un *status socialistis*, en virtud de la irradiación que despliegan sobre el conjunto del ordenamiento, lo cual da pie para una violación directa, no indirecta, de los particulares a los derechos fundamentales. Por ejemplo: la protección de la dignidad humana consagrada en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental,²⁸ la prohibición de la discriminación, consagrada en el artículo 3.3 del mismo texto,²⁹ la libertad de expresión del artículo 5,³⁰ para citar solamente algunos supuestos. En casos dudosos de si un derecho es vinculante entre los particulares hay que analizar las circunstancias que lo rodean y determinan si entre las partes existiere una desigualdad fáctica, en cuyo supuesto debe aplicarse directamente el derecho fundamental objeto del conflicto. Esta solución no viola el principio de autonomía privada porque una de las partes, la más poderosa, impone su voluntad a la otra, ya que la autonomía privada no puede quedar reducida a su aspecto formal. En resumen, en virtud de esta teoría no todos los derechos fundamentales son aplicables directa y automáticamente, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias que rodean el caso, los tipos de relaciones, la ponderación de los derechos en juegos y los valores protegidos constitucionales.

Nipperdey afirma que el origen histórico de la defensa de los derechos humanos como garantía frente al Estado, no es argumento válido para negar la vinculación de los particulares a tales derechos, pues si bien es cierto que tradicionalmente esa ha sido su función, no puede ser actualmente su única finalidad, ya que una interpretación semejante ignoraría el significado y la finalidad de las concepciones en las prácticas modernas.

Sostiene que la Constitución alemana de 1949 introdujo una transformación profunda en el significado de los derechos fundamentales, al disponer en el artículo 1.1 de la Constitución que todos los poderes públicos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, están obligados a proteger y respetar la dignidad humana, por lo que no se pueden considerar válidas las violaciones de los derechos fundamentales cometidos por otros sujetos, pues de otro modo el Estado no cumpliría con el deber que le impo-

²⁸ Artículo 5 de nuestra Constitución.

²⁹ Artículo 27 de nuestra Constitución.

³⁰ Artículo 30 de nuestra Constitución.

ne la Constitución. Se pregunta si los contratos que vulneran algún derecho fundamental, o si en determinada circunstancia ha de primar el principio *volenti non fit iniuria*. Agrega que la amenaza en contra de los individuos no procede únicamente del Estado, sino también de poderes sociales y particulares y que frente a todos estos poderes deben protegerse los derechos fundamentales. De acuerdo con el artículo 1.3 de la Constitución, que vincula al Poder Legislativo, Ejecutivo y a los Tribunales a los derechos fundamentales como derechos directamente aplicables, ningún juez puede declarar que está de acuerdo al derecho el contrato, el negocio jurídico unilateral, la acción u omisión que viole los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Nadie puede renunciar a los derechos vinculados con la dignidad humana; como consecuencia, los contratos que violen los derechos fundamentales no pueden gozar de reconocimiento legal.

Nipperdey, en trabajos posteriores desarrolla lo expuesto anteriormente. Sostiene que la aplicación directa de los derechos fundamentales no pone en peligro la autonomía privada, pues debe realizarse respetando el desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 2.1 de la Constitución,³¹ lo que supone la constitucionalización del Principio de la Autonomía Privada. Sostiene que al negarle a los particulares la facultad de disponer de su esfera jurídica, aceptando determinadas restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico, se les podría privar de todos esos derechos, los cuales se justifican como instrumentos y garantías de la libertad individual, Pero añade que esta facultad de imposición es aceptable si los sujetos se encontraran en un plano de igualdad de hecho y de derecho, pues no es admisible que una de las partes no actúe con plena autonomía por estar condicionada por la otra parte de mayor poder.

2. La autonomía de la voluntad no impide la aplicación directa

Los partidarios de la aplicación directa de los derechos fundamentales sostienen que la autonomía de la voluntad no es incompatible con ese ti-

³¹ Artículo 25 inciso.3 de nuestra Constitución, artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3 del Pacto de San José y otros documentos internacionales constitucionalizados por el artículo 46 de la Constitución.

po de aplicación, pues no sólo obligan a los poderes públicos, sino también a los poderes particulares en el tráfico jurídico privado, los cuales no dejan de ser regidos por la autonomía privada.

Para justificar la compatibilidad se fundan en dos argumentos:

A. En la aplicación selectiva y no indiscriminada de los derechos fundamentales, en cualquier circunstancia y a todas las relaciones privadas, la que tiene en cuenta la autonomía privada. De esta aplicación selecta o diferenciada ya nos hemos referido anteriormente, en la cual Nipperdey señala los derechos y ámbitos que afectan a las relaciones privadas.

En resumen, los partidarios de esta tesis no proponen la aplicación de todos los derechos fundamentales en cualquier conflicto de derecho privado.

B. La construcción contemporánea del concepto de la autonomía privada es compatible con la aplicación directa.

En el tránsito del Estado de derecho hacia al Estado social de derecho, ante la injusticia de la ética liberal formal, surge la ética material de la responsabilidad social.

Esta forma de pensar produce la que se denomina la materialización del derecho privado, en estrecha relación con la crisis de la separación entre el derecho público y el derecho privado, que propicia la aparición de nuevas ramas del derecho (derecho laboral, derecho familiar, etcétera.) y la inserción de criterios materiales en la contratación, la propiedad y el derecho penal. De manera que el derecho privado, ya no se considera como un ámbito destinado exactamente a asegurar la realización de la autonomía privada, sino también es puesto al servicio de la justicia social, por lo que no es extraño que no quede excluido de la intervención estatal, lo que evidencia un debilitamiento de la oposición entre el derecho público como ámbito sometido a la regulación estatal y el derecho privado como esfera regida por la libertad individual.

Esta materialización tiene su manifestación en la materialización de la libertad contractual y la materialización de la justicia contractual.

La materialización de la libertad contractual distingue entre la libertad de decisión jurídica formal y la libertad de decisión fáctica o material en la contratación. Los ejemplos aclaran: Si una de las partes del contrato lo impugna porque consistió bajo la presión de la otra parte que se valió de su superioridad, se presentan dos tipos de soluciones: a) o se mantiene el vínculo contractual, en virtud del principio de la autonomía formal, fun-

dándose la decisión en valores liberales, partiendo de que la persona es libre y responsable, por lo que libremente se obliga y asume los efectos y consecuencias de sus actos; *b*) o se anula el contrato porque una de las partes carece de voluntad real, prevaleciendo en este caso la libertad material sobre la formal, fundándose la decisión sobre valores sociales, al concederles relevancia a la dignidad de las personas y a la limitación real de la libertad de decisión, todo lo cual justifica la protección del más débil.

La justicia del pacto no se limita a los instrumentos procedimentales, y considera que deben tenerse en cuenta elementos materiales, especialmente los límites impuestos a la libertad contractual por el derecho imperativo.

Nipperdey sostiene que su tesis conduce a un reforzamiento de la autonomía privada y especialmente de la libertad contractual, pues parte del principio de la libertad contractual y lo mantiene incluso frente a los poderes sociales y a las posiciones de poder fácticos de los particulares y propone para lograrlo, como vía más adecuada, la invocación directa de los derechos fundamentales.

Con cierta frecuencia al ejercitar la autonomía privada se renuncia a determinados derechos fundamentales, pero esta renuncia se encuentra sometida a los límites y a los requisitos que el legislador ha introducido para asegurar que la voluntad de las partes sea realmente libre. Ante una posición fuerte de una de las partes y la otra débil, existe un riesgo de que no haya expresión de voluntad real de la parte débil. En estos casos se procede a la ponderación del derecho fundamental en conflicto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (fundamento del principio de autonomía de la voluntad).

3. *Explicación de la Drittwirkung directa a ciertos problemas*

Los partidarios de la *Drittwirkung* directa señalan que permite solucionar algunos problemas de la teoría mediata y además es la máxima seguridad de la efectividad de los derechos humanos.

A. *La garantía de la seguridad jurídica*

Los defensores de la *Drittwirkung* directa sostienen que los derechos fundamentales se aplican en forma inmediata no sólo para corregir algunos de los problemas teóricos de la aplicación mediata: seguridad jurídi-

ca e imputación de la violación al juez, sino también otorgarles máxima efectividad a los derechos fundamentales. La aplicación directa se convierte en un requisito de máxima seguridad de tales derechos.

Por el contrario, los partidarios de la aplicación mediata aseguran que ésta debe preferirse a la aplicación directa porque garantiza la seguridad jurídica, ya que limita el riesgo de un excesivo margen de discrecionalidad del juez, el que puede caer en la arbitrariedad al ponderar los derechos en conflicto en la aplicación directa. Se detecta en la aplicación inmediata un activismo judicial. Se impugna de esta manera la técnica de la ponderación del sistema directo, al que estiman como una puerta abierta a la arbitrariedad. Por tal razón, consideran que deben invocarse normas jurídicas privadas para evitar una excesiva libertad de interpretación.

En la aplicación mediata, la amplitud de actuación e interpretación del juez es amplia en cuanto a los conceptos indeterminados y las normas generales en los casos en litigio. Por ejemplo, para especificar el significado de las buenas costumbres, la buena fe y el orden público, el juez goza de amplitud, pero debe tener presente los valores constitucionales y concretamente los derivados de los derechos fundamentales.

Si tanto la teoría de la aplicación directa como la indirecta permiten amplitud al juez, no es argumento para descartar a la primera, el activismo del juez. Por otra parte, en el Estado constitucional, el papel central y relevante del juez es parte de su esencia.

Es importante advertir que los enemigos de la *Drittwirkung*, en cualquiera de su forma de aplicación, sostienen que, tanto la directa como la indirecta, vulneran la seguridad jurídica.

B. No es necesaria la imputación de la violación al juez

En la sentencia del caso Lüth, de la que ya hemos hecho referencia, se afirma que el juez civil está vinculado a los derechos fundamentales³² y al aplicar las disposiciones jurídicas privadas debe tener en cuenta el grado de influencia de ellos. En base a lo expuesto, la *Drittwirkung* indirecta atribuye al juez la violación del derecho fundamental, si no respeta tal criterio y su sentencia ignora la influencia de la Constitución sobre las normas civiles.

³² Artículo 31 de la Ley Fundamental.

Con este criterio se satisface al reclamante del derecho violado, se evita la eficacia directa de los derechos fundamentales y se abre la vía del amparo.

Pero no explica cómo es posible que el juez sea el violador de los derechos fundamentales, cuando esta violación se realizó antes del conflicto judicial en la relación entre los particulares.

De la expresada solución, guardan distancia aquellas legislaciones como la de Costa Rica, Argentina y otros países en que el amparo se puede dirigir en contra de los particulares que ocupan una posición superior en la sociedad, sin esperar la intervención judicial para llegar al amparo como único vehículo para legitimarse en este recurso.

La *Drittwirkung* indirecta parte de la idea de que la violación proviene de la ley por su error u omisión y del juez que posteriormente no corrige al decidir el conflicto, a quien se le atribuye la vinculación. No es primero la violación de los derechos fundamentales de las partes en sus relaciones privadas y después su corrección ante el juez, sino que la violación surge después con la decisión del juez.

4. *La mayor efectividad de la Drittwirkung directa*

Los partidarios de la *Drittwirkung* directa argumentan que esta teoría le concede mayor efectividad a los derechos fundamentales porque, en primer lugar, soluciona los conflictos en que existe una desigualdad de las partes y, en segundo lugar, no subordina la aplicación de los derechos fundamentales a la mediación del legislador y del juez. Esta protección se logra de la manera siguiente:

A. *Control al poder privado*

Los partidarios de la *Drittwirkung* inmediata no ven a los derechos fundamentales como normas de interpretación que orienten la aplicación del derecho civil, sino como normas aplicables directamente en este mismo ámbito, ya que en el derecho privado se pueden vulnerar los derechos fundamentales por aquellos sujetos que ostenta un poder social. Si partimos de la idea de que los derechos fundamentales son valores superiores del ordenamiento, es admisible que se exija su aplicación directa como derecho subjetivo en las relaciones entre particulares.

La incorporación de los derechos fundamentales a la Constitución ha transformado a ésta en una norma que no sólo contiene la organización del Estado, sino que pretende construir un nuevo orden en la sociedad y, como consecuencia, imponerse en todas las ramas del derecho, brindando protección de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de la vida. Esta protección exige que los preceptos constitucionales sean directamente aplicables a las relaciones privadas en la que una de las partes se imponga por la superioridad que ostenta.

Los partidarios de la *Drittwirkung* directa sostienen que existe libertad e igualdad en el consentimiento sólo cuando es el reflejo de una realidad formal y fáctica.

B. La mediación del legislador y el juez

Los partidarios de la *Drittwirkung* directa no condicionan su eficacia inmediata a la mediación previa del legislador y, en su defecto, a la del juez. Pero es indudable que cuando existe una norma aplicable, el conflicto entre el derecho invocado por una de las partes y la autonomía privada, por la otra, el caso se resolverá de acuerdo a dicha ley; pero si no existe regulación del caso, la norma constitucional que recoge el derecho será aplicada directamente y no como criterio hermenéutico para concretar los conceptos indeterminados o las normas generales del derecho privado.

Se considera la ley como la mejor solución para la regulación de las relaciones privadas, lo cual es compartido con la *Drittwirkung* indirecta, pero no se puede estimar como un requisito indispensable, pues en su ausencia, ni los actos de los particulares ni la propia norma de derecho privado estarían vinculados a los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son mandatos de protección que se imponen a los poderes, por lo que una ausencia de ley, puede dificultar el ejercicio de ese derecho, pero no impedirlo, y debe ser aplicado por los órganos del sistema. Si no se acepta la ley como criterio indispensable, en defecto de la norma legal se tendrá que negar cualquier tipo de eficacia de los derechos fundamentales, con lo cual se quebraría el máximo rango jerárquico de los preceptos constitucionales y su estimación como norma vinculante para todo el ordenamiento jurídico.

Estas consideraciones han obligado a algunos autores de la aplicación mediata a la aceptación de una aplicación inmediata subsidiaria en los

casos en que el derecho privado no ofrece ninguna respuesta a los derechos fundamentales, ya que de otra manera se estarían condicionando la proyección de tales derechos en el ámbito privado a la existencia de normas legales.

Konrad Hesse³³ expresa que la fortaleza de la jurisdicción constitucional dejan fuera de la vista la primordial importancia de la ley. Expresa que el Tribunal Constitucional controla mediante el amparo la aplicación de los derechos fundamentales en las decisiones judiciales y como los jueces argumentan ampliamente con base en los derechos fundamentales y dejan penetrar a los derechos fundamentales donde no caben, el Tribunal Constitucional con el peligro de convertirse en el Supremo Tribunal de los conflictos jurídico-civiles, asume un papel que no le corresponde pero debe reconocerse las funciones del Tribunal Constitucional, como logro del Estado de derecho. No es preciso también modificar el derecho constitucional vigente sino que toma un desarrollo que tome más en cuenta las particularidades de la realización de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privado y que resulte idóneo para evitar en buena medida los inconvenientes y peligros expuestos.

Se ha desarrollado la jurisprudencia constitucional en el marco del control de constitucionalidad de las decisiones de los tribunales civiles, por lo que la problemática aparece primariamente como relativa a la aplicación del derecho por los jueces en la que le dan vida a la influencia de los derechos fundamentales y en esa medida quedan bajo el control del Tribunal Constitucional.

Por tal razón aparece fuera del campo de visión, o casi, el Poder Legislativo que debe realizar en primera línea la influencia de los derechos fundamentales en el derecho privado, cuyo papel decisivo resulta ya del hecho de ser responsable de los preceptos del derecho civil, del medio por el que debe desplegarse el contenido jurídico de los derechos fundamentales en el derecho privado.

Al legislador del derecho privado le corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, en derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privado. A él le corresponde fundamentalmente cuidar de las múltiples modificaciones a la que obliga a la influencia de los derechos fundamentales sobre el derecho privado.

³³ Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 61-66.

Pero el legislador debe tener en cuenta que tal modificación no puede reducirse a recortar la autodeterminación y la responsabilidad individual, que la autonomía privada comprende también la posibilidad de contratar por libre decisión obligaciones que los poderes públicos no podrían imponer al ciudadano.

El legislador no puede renunciar a conceptos indeterminados, necesitados de ulterior precisión y a las cláusulas generales. Pero igualmente es cierto que una regulación legal materialmente diferenciadora, que concrete los preceptos y las influencias de los derechos fundamentales, conduce a una mayor determinación de la regulación normativa y a una mayor claridad, certeza y previsibilidad jurídica que un recurso inmediato a los derechos fundamentales. En la misma medida se evitan los peligros expuestos de la invasión del derecho privado por el derecho constitucional. La peculiaridad del derecho privado se garantiza mejor. El juez civil, finalmente se le libera por principio de la necesidad de una amplia aplicación inmediata de los derechos fundamentales que por regla general conducen a problemáticas ponderaciones jurídico-constitucionales. Puede concretarse de nuevo en su propia especialidad. Pero como posteriormente le incumbe el control de constitucionalidad de las normas jurídicas aplicables, podrá interpretar el derecho aplicable de conformidad con la Constitución y debe observar los derechos fundamentales como principios objetivos en la precisión de conceptos indeterminados o en la interpretación de cláusulas generales.

Termina Hesse expresando que la intervención del legislador aparece como el camino adecuado para la tutela de los derechos fundamentales frente a las lesiones y peligros procedentes del ámbito no estatal.

5. *Relaciones entre los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad según la teoría de la Drittwirkung directa*

A. *Introducción*

Una vez que se acepta la eficacia de los derechos fundamentales en forma directa o indirecta en las relaciones privadas, se reconoce un límite en la autonomía de la voluntad ante la injusticia contractual del poder privado, el siguiente paso es determinar el cómo y al cuánto de la eficacia.

Ya hemos visto que la tesis inmediata propone la aplicación directa y diferenciada de los derechos fundamentales en las relaciones privadas como límite a la autonomía privada, aún sin ley regulatoria y sin necesidad de emplear el derecho privado, según los casos concretos y los derechos en conflicto.

La tesis directa, pues, para solucionar la controversia selecciona el derecho aplicable al caso concreto y determina los derechos en conflicto con el fin de matizar la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Al articular la aplicación inmediata y la autonomía de la voluntad, encontramos las limitaciones a los derechos fundamentales consentidas por la parte afectada y las restricciones impuestas por una parte, pero no consentida por la otra.

B. Limitaciones consentidas

¿Hasta dónde, en los convenios y contratos, pueden limitarse los derechos fundamentales? En otras palabras, ¿en qué medida una persona puede en ejercicio de la libertad contractual, renunciar válidamente a la protección de un derecho fundamental?

En principio, las partes pueden de adquirir derechos y contraer obligaciones, siempre que el contrato se haya celebrado libremente.

Los defensores de la aplicación directa reconocen que la aplicación inmediata de los derechos fundamentales puede chocar con la libertad contractual, la que también merece protección. No es posible una aplicación sistemática de los derechos fundamentales para invalidar cualquier pacto que limite alguno de esos derechos de las partes. Por tal razón, la aplicación no debe ser automáticamente, sino articulada con el principio de autonomía privada, estudiando las circunstancias que rodean el caso y además tendrán en cuenta dos criterios fundamentales para la valoración: la autonomía real y el respeto a la dignidad humana.

a. Autonomía real

Para la *Drittwirkung*, la autonomía real es fundamental para la aplicación de los derechos fundamentales, de tal manera que si una de las partes está en posición de inferioridad a la otra que goza de un poder privado superior, no existe autonomía de la voluntad, por tal razón, sólo es

admisible y válida la renuncia del ejercicio de un derecho fundamental cuando existe igualdad de hecho y de derecho. entre las partes.

Vuelvo a insistir que los partidarios de la aplicación directa no rechazan la autonomía de la voluntad, uno de los pilares del derecho privado, razón por la cual la Constitución garantiza y protege los principios fundamentales del ordenamiento jurídico-privado y económico.

Cuando el contratante renuncia o limita sus derechos fundamentales frente a la otra parte poderosa deberá considerarse nula la cláusula o el contrato porque no actuó libremente en ejercicio de su libertad contractual.

b. La dignidad humana

La base de los derechos fundamentales y de los valores superiores del ordenamiento jurídico es la dignidad humana. Nipperdey al continuar con la exposición de su teoría directa, parte de la idea fundamental de que la dignidad humana no es únicamente invocable y vinculante frente a los poderes públicos, sino también vincula a los particulares, pues de otro modo no sería posible afirmar que la dignidad humana representa el fundamento del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la protección del Estado a la dignidad humana supone el reconocimiento, en el tráfico jurídico-privado, de un derecho subjetivo absoluto irrenunciable a la dignidad humana, el que puede ejercerse frente a las demás personas jurídicas. Si este derecho solamente se pudiera defender frente a los poderes públicos, la persona se encontraría desarmada ante las vulneraciones de otros particulares. Por lo expuesto, no es válida la renuncia contractual que vulnere la dignidad humana.

Lo difícil es determinar el contenido de la dignidad humana para establecer, en cada supuesto, si la limitación consentida de un derecho fundamental, encierra una violación a dicha dignidad. Es conveniente señalar que la dignidad humana es una base importante de la teoría directa e indirecta. La teoría indirecta admite como excepción, la eficacia directa del principio de dignidad.

Podemos decir que la dignidad humana tiene como núcleo central la libre elección del individuo de sus ideales, el programa del desenvolvimiento de su vida, la escogencia de sus valores y el derecho a que se respete esa opción.

C. *Limitaciones no consentidas*

La autonomía privada conlleva la libertad de contratación que se manifiesta en contratar, abstenerse de contratar, seleccionar con quien se quiere contratar y excluir de lo convenido a todas las demás personas, dentro del límite de las normas imperativas.

En la relación entre la libertad de contratación y el principio de igualdad, saltan dos preguntas a la vista: ¿en qué medida las personas excluidas del contrato se les vulnera su derecho a no ser discriminado? ¿Los sujetos pasivos de la misma relación o bien de relaciones independientes tienen el derecho a ser tratados igualmente?

La colisión entre la libre contratación y el principio de igualdad puede conducir a la destrucción de la autonomía privada, por lo que debe actuarse con mucho cuidado mediante soluciones moderadas.

La regla general es que la libertad individual prevalece sobre la igualdad, pero deben armonizarse.

La doctrina distingue dos aspectos del principio de igualdad: el principio general de igualdad y la prohibición de discriminación por determinadas causas, ambos aspectos consagrados en el artículo 27 de nuestra Constitución, aunque no contemplados todos los motivos que pueden dar lugar a una discriminación.³⁴

Se suele admitir que el principio de igualdad, como norma general de tratamiento igual, se dirige exclusivamente al Estado y no es extensiva a los particulares, por la alta relevancia del principio de la autonomía en el ámbito privado.

El principio de igualdad general, como trato igual, obliga a los poderes del Estado a respetarlo e incluso a promover una libertad real en el Estado social de derecho. No vincula a los sujetos privados, pero sí por las prohibiciones discriminatorias contrarias al orden público como las establecidas en el artículo 27 citado, entre otras.

³⁴ En el artículo 427 del nuevo Código Penal del 2007 se sanciona con pena de prisión de seis meses a un año o de trescientos a seiscientos días multa a quien impida o dificulte a otro el ejercicio del derecho o una facultad prevista en la Constitución, en las leyes, reglamentos y demás disposiciones por cualquier motivo o condición económica, social, religiosa, política, personal u otras condiciones. Son amplios los motivos de discriminación. Además en el artículo 428 se sanciona la promoción de la discriminación definida como aquella en que se promueva la realización de los actos de discriminación señalados en el artículo citado. La pena será de multa de ciento a quinientos días multa.

El Estado no puede exigir a los particulares que sus relaciones privadas, regidas por el principio de la autonomía de la libertad, se sometan a la exigencia del principio de igualdad general. Por ejemplo, no se puede obligar a un acreedor que condona la deuda a un deudor, a condonar la deuda a otro de sus deudores; que por haber liberado los intereses a un deudor libere de los intereses a otros de sus deudores; que el acreedor al no ser exigente con un deudor, no lo sea también con los otros. De no ser así, la autonomía privada quedaría sin efecto. Los sujetos privados no tienen derecho a exigir de un particular un tratamiento igual al que se le otorga a otros.

Los partidarios de la teoría directa admiten como salvedad el caso del sujeto privado que tiene un monopolio o presta un servicio público (salud, educación, telefonía, agua, correo, transporte)³⁵ excepción que confirma la regla, por lo que los particulares pueden exigir un tratado igual. Otros ejemplos: un banco no puede negarle crédito al solicitante por ser musulmán o negro; cuando corregía los originales de este estudio se presentó una denuncia en la fiscalía contra la discoteca El Chamán porque negaba acceso a los negros.

Para algunos partidarios de la tesis mediata, la limitación a la autonomía de la voluntad por la prohibición de la discriminación se deriva del respeto a la ley, a la moral y el orden público y consideran que el principio de igualdad es eficaz en las relaciones privadas, a través de la mediación del juez, porque él no debe validar los actos privados que vulneren el orden público constitucional. Si lo valida, violaría el mandato de protección que la Constitución les impone. La prohibición de discriminación puede vincular a los particulares, criterio compartido por la tesis directa e indirecta.

Es muy importante establecer los criterios relevantes para determinar si existe una discriminación contraria al orden público constitucional. Para detectarlo se ocupan dos parámetros: el poder privado dominante y la dignidad humana.

³⁵ La Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-507 de 1993, califica de servicio público, el servicio de correo para entrega de remesa prestado por una organización privada, cuestión discutible. Es muy común este servicio en Nicaragua por la gran cantidad de personas que trabajan en el extranjero y envían millones de dólares a sus familiares.

a. Poder privado dominante

Cuando se produce el conflicto sobre las limitaciones no consentidas, el juez debe tener en cuenta el poder dominante de uno para determinar la discriminación que invoca la otra parte. Este criterio de protección al débil se aplica en la *Drittwirkung* directa e indirecta.

Para algunos partidarios de la *Drittwirkung* indirecta, el principio de igualdad se impone sobre la libertad de contratación, cuando en la contratación aparecen personas, sociedades o grupos económicos o sociales en posición de dominante. Como consecuencia, debe protegerse al débil, no permitiendo que el poderoso invoque la libertad de contratación para escoger a su arbitrio con quién contratar y excluir a terceros. La autonomía privada no puede, de acuerdo con el artículo 27 de nuestra Constitución, dar lugar a discriminaciones contrarias a las consagradas: nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social o cualquier otra que ofenda el orden público. Estas posiciones de poder se manifiestan ostensiblemente en los monopolios y oligopolios que han dominado en nuestra economía y política desde la independencia.

Para la *Drittwirkung* directa el poder superior privado es determinante para solucionar el conflicto, el que generalmente se resuelve aplicando la regla de que los particulares no están sometidos a la obligación de igualdad en las relaciones con otros particulares; pero excepcionalmente el principio de igualdad tiene eficacia inmediata sin necesidad de recurrir al derecho privado, pues el juez podrá aplicar directamente las prohibiciones de discriminación contenidos en el artículo 27 de la Constitución, como límites a la libertad de contratación, además, esas vulneraciones, pueden anular las normas, actos, contratos, convenios, estatutos de asociaciones y testamentos.

b. La dignidad humana

Estamos en presencia del segundo elemento fundamental para resolver el conflicto entre la autonomía privada y el principio de igualdad, con lo que salta a la vista la aproximación de la tesis directa e indirecta.

Algunos autores sostienen que la libertad de contratación debe prevalecer, salvo discriminaciones intolerables que vulneran la dignidad humana. Es ilícita y, por tal razón, inadmisibles, la negativa a contratar contraria a la dignidad del discriminado que es rechazado.

No faltan opiniones que sostienen que este conflicto se soluciona aplicando la regla del abuso del derecho, pues se abusa del derecho ante una negativa a contratar vejatoria contraria a la dignidad humana.

La tesis directa o indirecta estiman a la dignidad humana como fundamental para determinar la eficacia del principio de igualdad en las relaciones privadas. Nipperdey expresa que la aplicación del artículo 3 de la Constitución (que consagra el principio de igualdad y no discriminación) no debe conducir a una limitación indebida de la libertad contractual jurídico-privada, garantizada por el artículo 2.1 de la misma. Si en el ámbito del derecho laboral la libertad contractual debe ceder ante la prohibición de la discriminación, en general se puede afirmar que en caso de duda, prevalecerá la presunción de libertad.

La teoría de la aplicación inmediata propugna por articular la autonomía privada y los derechos fundamentales a través de una ponderación de los criterios de la igualdad de los contratantes. Los partidarios de la tesis mediata también consideran a estos elementos como fundamentos en las relaciones privadas.

Con independencia del cuál sea la doctrina que se prefiera, la cuestión debe resolverse a través de una ponderación de los derechos en conflicto. Por ejemplo, si un acto, contrato o pacto privado vulnera un derecho fundamental se declara nulo porque vulnera el derecho en cuestión, si se aplica la teoría directa; si se aplica la teoría indirecta, el acuerdo no es válido por ser contrario a las buenas costumbres.

III. TEORÍA DE LA *DRITTWIRKUNG* INDIRECTA

1. *Breve estudio de la autonomía de la voluntad*

La formulación de esta teoría³⁶ le corresponde a G. Dürig, quien es su principal defensor.³⁷

³⁶ Para Hans Peter Schneider de acuerdo con el artículo 1.3 de la Constitución de Alemania, los derechos fundamentales obligan directamente al legislador, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial. Por lo tanto, el legislador no puede aprobar una ley, el Poder Ejecutivo no puede decretar ningún acto administrativo y el Judicial no puede fallar ninguna sentencia que sean incompatibles con las garantías de los derechos fundamentales. Si los tribunales civiles tienen que atender en su sentencia a los derechos fundamentales, como consecuencia se desprende que es necesaria una interpretación totalmente nueva. Mientras que los derechos fundamentales hasta ahora se aplicaban en las relaciones Estado-individuo, a partir de ahora pueden ejercer una eficacia indirecta a través de la jurisdicción entre las personas particulares, lo que se ha denominado eficacia inmediata frente a terceros de los derechos fundamentales que será mejor definir como eficacia horizontal o social. Salvo el Tribunal del Trabajo y algunos autores, hasta ahora no han abogado por la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, sólo reconocen la eficacia mediata que consiste en la actuación de los derechos fundamentales como elemento de ordenamiento jurídico, sobre la interpretación del derecho común a través de cláusulas generales y estas influyen, a su vez en la interpretación de los derechos fundamentales. Considera que la sentencia del caso Lüth como un mito en la jurisprudencia en los derechos fundamentales convirtiéndolos más allá de su mera función de defensa en importante medida de toda la autoridad del Estado y han impulsado con ello la efectividad de los derechos fundamentales en un Estado democrático. Peter Scheider, Hans, *“Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”*, *Democracia y constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 119 y ss.).

³⁷ Según este autor los derechos fundamentales se aplican en el derecho privado por medio de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente. Sostiene que la dignidad consagrada en la Constitución no se contrae a obligar al Estado a tomar una actitud negativa consistente en no violar la dignidad humana y los derechos fundamentales con los cuales está ligado, sino también siempre debe protección y tutela de los valores que los derechos fundamentales y la dignidad humana colocan en la base del ordenamiento jurídico. Esta protección estatal corresponde ante todo a la jurisdicción ordinario. Este deber de protección estatal cambia de intensidad si es dirigido al Estado o contra terceros, ya que en el derecho privado existe la limitación de la autonomía de la voluntad, una expresión de la dignidad humana. Las cláusulas generales reconocidas por la doctrina son: la buena fe, las buenas costumbres. (Para profundizar véanse: Naranjo de laCruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, La Buena Fe-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 169 y ss. Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

La aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas encuentra un serio obstáculo en la autonomía de la libertad, piedra angular del derecho privado.

El principio de la autonomía de la voluntad parte de la idea de que las partes se encuentran en pie de igualdad y como tales pueden pactar lo más conveniente y justo, por lo que la ley debe permanecer al margen de la contratación. Las partes son libres y capaces para defender sus intereses sin límites de parte del Estado.

Nuestro Código Civil, de estirpe liberal, producto de la Revolución Liberal de 1893, estableció en el artículo 2437 la autonomía de la libertad al disponer que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público”.

De acuerdo a la libre contratación, las partes pueden celebrar todo tipo de negocios jurídicos, regulados o no regulados por la ley, establecer sus efectos, contenido y duración; por lo que las leyes que los rigen son supletorias, aplicándose en el silencio de las partes. Aun en la teoría clásica a que me he referido, la autonomía de la voluntad tiene sus limitaciones establecidas en el mismo artículo 2437: las leyes imperativas y prohibitivas, la moral y el orden público.

Nuestra Constitución no establece expresamente el principio de la autonomía privada, pero puede deducirse de la garantía de la libre empresa,³⁸ de la consagración de las libertades individuales,³⁹ de la propiedad privada⁴⁰ y de la dignidad.⁴¹

La crítica a la *Drittwirkung*, primordialmente sobre la inmediata, de los derechos fundamentales, básicamente se fundamenta en las razones siguientes: *a)* si se acepta que los particulares en sus relaciones privadas se encuentran vinculados a los derechos fundamentales en la medida que lo están los poderes públicos, no podrían organizar libremente sus relaciones y, por lo tanto, se vulneraría el principio de la autonomía de la voluntad; *b)* la aceptación de este concepto acarrearía graves consecuencias: *i)* las partes en sus relaciones privadas tendrían que someterse al respeto de los derechos fundamentales de las otras

³⁸ Artículos 23 y ss.

³⁹ Artículos 103 y 104.

⁴⁰ Artículos 5, 44 y 107.

⁴¹ Artículos 5.

personas y en dichas relaciones tendría que hacer prevalecer el principio de igualdad sobre el de la autonomía de la voluntad. De manera que se terminaría con el tráfico jurídico privado y la libertad más inmediata y menos prescindible. Si, por ejemplo, el empresario no puede tener un solo proveedor porque debe tratar de igual manera a todos los otros y, en consecuencia, tiene que atender las ofertas de cuantos industriales fabriquen el producto que desea adquirir, o si una persona no puede encargar la confección de un vestido a un solo sastre para poder tratar de igual manera a todos los sastres, el principio de la autonomía de la voluntad se debilitan al extremo;⁴² ii) las partes al regular sus relaciones privadas podrían no renunciar libremente el ejercicio de ciertos derechos fundamentales.

Después de la Segunda Guerra Mundial se inicia la constitucionalización del derecho privado,⁴³ lo que conlleva al debilitamiento y reconstrucción del principio de la autonomía privada, considerada el dogma del derecho privado. Se debilita la concepción clásica de la autonomía privada. Visto el problema en su dimensión actual, la teoría directa o indirecta ni niega ni excluye la autonomía de la voluntad, siempre que no se destruyan entre ellas, estableciendo un equilibrio razonable que conserve la autonomía privada.

En la primera mitad del siglo XIX, se produce el auge de la autonomía de la libertad con el triunfo del liberalismo y su consagración como dogma de la autonomía de la voluntad en el Código Civil francés de 1804, de estirpe liberal. Se presentaba al contrato como fuente del derecho por excelencia y como ley para las partes. Es una autonomía que suponía una libertad solamente formal y no de facto, real. Es objeto de crítica después de la Revolución Industrial, lo mismo que la concentración de la economía y del comercio. Principia a decaer como núcleo del derecho privado, lo mismo que la supremacía absoluta de la libertad individual, por lo que es necesario redefinirla y agregarle nuevos elemen-

⁴² Ejemplos de García Torres, Jesús y Jiménez Blanc, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 14 y 15. Otros ejemplos: no estoy obligado a comprarle mercadería a todos los proveedores de la ciudad, lo mismo que a reparar mi vehículo en todos los talleres de la ciudad para cumplir con la igualdad de trato.

⁴³ En esta incorporación del derecho privado adquiere jerarquía constitucional la normativa que lo regula; lo mismo puede predicarse de otra naturaleza de normas: procesales, laborales, etcétera.

tos, lo que para algunos autores sería desvirtuarla, pero para otros es un renacer del contrato.⁴⁴

Algunos autores franceses han cuestionado la anterior configuración clásica y descartan que fuera la concepción recogida en el Código Civil ni de hecho ni por sus primeros intérpretes.

Por tal razón, la objeción formulada a la *Drittwirkung* de los derechos humanos, fundada en el dogma de la autonomía de la voluntad, perdería fuerza, si se demuestra que fue un mito y no algo del ordenamiento positivo.

A partir de la segunda mitad del siglo XX la teoría de la libertad contractual fue objeto de revisión, bajo la influencia de las principios sociales incorporados al ordenamiento jurídico y la concepción del Estado social de derecho. Pero su revisión no la destruye porque el contrato sigue siendo el mejor instrumento de intercambio de bienes y servicios, y regulador de los intereses de los contratantes dentro del marco legal.⁴⁵

En favor del cambio han surgido la buena fe, el principio de fraternidad y función social del contrato que permean las negociaciones preliminares, la celebración y la ejecución del contrato.

El Código Civil del Brasil promulgado el 10 de enero de 2002 y entró en vigencia en el 2003, expresamente consagra en el artículo 421 la función social del contrato, al expresar que “la libertad de contratar será ejercida en la razón y en los límites de la función social del contrato”. Esta función social tiene su antecedente mediato en la prohibición del

⁴⁴ Expresa Konrad Hesse que debe ser conservada la autonomía privada, principio fundamental del derecho privado, en particular en su manifestación de libertad de contratación, el que constituye el aspecto activo y pasivo de la personalidad, el ámbito en que la persona puede actuar como ser autónomo y responsable, el cual no es lícito convertirlo en simple medio para fines sociales. Por tal razón, existen buenos argumentos para que la autonomía privada y la libertad contractual estén hoy en el centro de la discusión sobre la situación y el significado del derecho civil. Los peligros para su subsistema se ven predominantemente en la proliferación de reglamentaciones imperativas (Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 74 y 75).

⁴⁵ Para Konrad Hesse el contrato jurídico-privado aparece como la forma más adecuada de conducir el ordenamiento jurídico y más efectivo que la configuración imperativa, además de producir un resultado más justo. Por tal razón, algunos autores hablan de una primacía del derecho privado; lo que no significa desregulación general y la necesidad de restaurar el derecho civil del siglo XIX. Una libertad amplia de la libertad de los particulares no hará justicia a todas las actuales tareas, particularmente en los momentos actuales en que surgen de las acciones privadas peligros frecuentes y mayores que antes (Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 75 y 76).

abuso del derecho que según la jurisprudencia se desprende del artículo 160 del Código Civil de 1916 y el antecedente mediato del artículo 5, XXIII de la Constitución que establece la función social de la propiedad en forma amplia, abarcando todos los bienes.

Dentro de esta línea de pensamiento se contemplan:

a) La lesión contractual en el artículo 157, cuando una persona bajo apremiante necesidad o por inexperiencia se obliga a una prestación manifiestamente desproporcional al valor de la prestación de la otra parte. Para apreciar la desproporción de las prestaciones se tendrá en cuenta los valores vigentes al tiempo en que fue celebrado el negocio. Esta lesión produce la nulidad del negocio por vicio de la voluntad. No se decretará la anulación del negocio si se ofrece suplemento suficiente o si la parte favorecida acepta reducir el provecho.

b) Se establece en el artículo 478 la resolución de los contratos de ejecución continuada o diferida por excesiva onerosidad, la que se produce si la prestación de una de las partes se torna excesivamente gravosa, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimiento extraordinario e impredecible; pero de acuerdo con el artículo 479 esta resolución puede ser evitada y pedir la revisión del contrato para mantener su equilibrio, ofreciendo el demandado las modificaciones equitativas de las condiciones del contrato. De acuerdo con el artículo 480, cabe también la revisión en los contratos unilaterales por los mismos motivos, con el fin de evitar la onerosidad excesiva. El artículo 317 relativo al pago establece que cuando por motivos impredecibles sobrevenga desproporción manifiesta entre el valor de la prestación debida y el del monto de su ejecución, podría el juez corregirlo, a petición de parte, de modo que asegure, cuanto sea posible, el valor real de la prestación, estableciendo aquí también la revisión de la ejecución del contrato.

c) En los artículos 113 y 422 se establecen en la celebración, interpretación y ejecución del contrato, los principios de probidad y buena fe.

d) Existe también la revisión contractual en el derecho del consumidor diferente a la del Código Civil, regulada en el Código de Defensa del Consumidor, que tiende a proteger a la parte más débil en las operaciones de consumo.

El Código Civil del Brasil se inspiró en buena parte en el Código Civil Italiano. Fue elaborado por profesores de la materia y su coordinador fue el famoso filósofo del derecho Miguel Reale, quien le dio un sentido social y ético, fundándose en la Constitución.

Miguel Reale hace notar la diferencia entre el código derogado y el actual:

Habrà un pasaje del individualismo y del formalismo del primero para el sentido socializante del segundo, más abierto a las mutaciones sociales, con substancial cambio en el paradigma jurídico-social. Además de eso es superado el apego a soluciones estrictamente jurídicas, reconociéndose el papel que en la sociedad contemporánea vuelven a desempeñar los principios de la buena fe y de la corrección, para que pueda haber real concreción jurídica. Socialidad y eticidad condicionan los preceptos del nuevo Código Civil, en el cual desempeñan gran papel las normas o cláusulas abiertas.

En un breve estudio, titulado “La función social del contrato”, publicado el 20 de noviembre de 2003, Miguel Reale justifica esta función social del contrato como una de las reformas de mayor importancia en el nuevo Código Civil, para lo cual recurre a los argumentos y razones siguientes: *a)* la función social del contrato surge de la garantía y la función social de la propiedad, consagradas en el artículo 5.XXII y XXIII de la Constitución. Refuta a los que piensan que esta función social disminuye la garantía de los contratantes fundándose en la convicción que de los derechos y obligaciones deben ser respetados por ambas partes, pues sostiene que no entra en conflicto con el principio de que lo pactado debe ser cumplido, continuando el *pacta sunt servanta*, el primer fundamento de las obligaciones contractuales; *b)* en el Código derogado la garantía del cumplimiento era estrictamente jurídica, mientras que en el actual no se prescinde de lo que éticamente es exigible de las partes del contrato; *c)* en virtud de la función social del contrato éste no puede ser transformado en un instrumento de actividades abusivas cuando daña a la parte contraria o a tercero, una vez que en el artículo 187 se proscribe el abuso del derecho; *d)* el contrato no sólo debe atender los intereses de las partes, porque su propia finalidad es ejercer una función social inherente al poder negocial que es una de las fuentes del derecho, el lado de la legal, de la jurisprudencia y de lo consuetudinario; *e)* el acto de contratar es parte de la libre iniciativa, exigida como uno de los fundamentos del Estado democrático de derecho, contemplado en el artículo 1. IV de la Constitución; *f)* por lo expuesto, es natural que se atribuye al contrato una función social, con la finalidad que se concluya en beneficio de los contratantes, sin conflicto con el interés público; *g)* dentro de la constitu-

cionalización del derecho privado, el artículo 173.4 de la Constitución, no admite negocio jurídico que implique abuso del poder económico que tienda a la dominación de los mercados, a la eliminación de la concurrencia y al aumento arbitrario de los beneficios, caso extremo de limitación del poder negocial; *h*) el Principio de Socialización sobre el derecho, cuyo matiz es la buena intención que permea todo el Código, en no menos de 53 artículos y reprende la mala fe en 43, lo que no permite olvidar el valor social del contrato; *i*) en la elaboración del ordenamiento jurídico de las relaciones privadas el legislador se puede encontrar frente a tres opciones: o da mayor relevancia a los intereses individuales como ocurrió en el Código de 1916; o da mayor preferencia a los valores colectivos, promoviendo la socialización de los contratos; o asume una posición intermedia, combinando lo individual con lo social, estableciendo reglas o cláusulas abiertas a soluciones equitativas y concretas, como es la solución dada por el Código de 2002.

El Código Civil italiano también contempla: la buena fe que rige en la preparación, celebración, interpretación y ejecución del contrato, como la veremos más adelante; la resolución del contrato por lesión o su revisión si el demandado ofrece una modificación del contrato suficiente para ajustarlo a la equidad, en los artículos 1448 y 1458; la resolución de los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida y la parte demandada podrá pedir la modificación equitativa para evitar la resolución; en el artículo 1467, la misma revisión se puede pedir en los contratos unilaterales; la normativa de la excesiva onerosidad no se aplica a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes.

Las principales objeciones a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales es la incompatibilidad con el principio de la autonomía de la voluntad, en su concepción clásica, no en la actual, en la que el derecho privado está influido por los principios de justicia y utilidad en la aplicación de la autonomía. En todo régimen constitucional y principalmente en el Estado social de derecho, el principio de autonomía privada es condición de los mismos.

El nuevo concepto del principio de la autonomía de la libertad puede entrar en conflicto con algún derecho fundamental. Entonces surge el problema de determinar la vigencia de los derechos fundamentales en las

relaciones privadas, o sea, determinar en qué medida vinculan esos derechos a los particulares.

Se reconoce que los derechos fundamentales deben proteger en alguna medida a los particulares ante su desconocimiento por otros particulares. La discrepancia surge en la determinación del alcance de esta protección y la justificación del grado de eficacia. En resumen, se admite que los derechos fundamentales rigen en la esfera privada, pero surgen criterios diferentes en cuanto a su eficacia, dando lugar a la teoría indirecta y a la teoría directa de la aplicación de los derechos humanos, como ya lo expresamos.

2. *La Drittwirkung indirecta y el principio de la autonomía de la voluntad*

A. Introducción

La teoría de la aplicación mediata afirma que los derechos fundamentales obligan a los particulares en las relaciones privadas en forma indirecta mediante las leyes promulgadas por el legislador y en su defecto por el juez. Los derechos humanos no pueden aplicarse directamente en las relaciones privadas. Sólo los poderes públicos son los obligados en forma inmediata al cumplimiento de los derechos humanos, frente al reclamo de los particulares en sus relaciones verticales con el Estado.

En virtud de la tesis mediata en las relaciones privadas (horizontales) la protección se produce por medio de la ley y en su defecto del juez. Esto nos lleva a pensar que la protección en las relaciones privadas u horizontales, en las cuales funciona el Principio de la Autonomía de la Voluntad, no puede ser igual a la que se imponen a los poderes públicos.

El principio de autonomía de la voluntad se opone a la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones de los particulares; por el contrario, para la teoría mediata siempre se conserva la autonomía de la voluntad dentro de un marco de proporcionalidad y racionalidad, en el que pueden jugar en armonía los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad.

En la relación vertical, el Estado actúa como poder y está obligado a aplicar directamente los derechos fundamentales que reclaman las partes en una relación Estado-ciudadano; en las relaciones privadas u horizon-

tales el Estado actúa en forma heterónoma y en el conflicto que conoce entran en juego los derechos fundamentales y el principio de la autonomía de la voluntad.

Considera que son las normas las que están vinculadas por los derechos fundamentales y sólo en esa medida rigen en las relaciones entre los particulares, por tal razón cuando se detecta la violación de un derecho fundamental dentro de una relación privada, la violación no se debe atribuir a la otra parte sino al poder público: al legislador (por no prever el caso, pues lo hacen en forma inadecuada) o al juez por no interpretar en forma aceptada los derechos fundamentales al interpretar las normas jurídicas privada que rigen los actos de los particulares.

B. Mediación del legislador

Según la teoría indirecta es al legislador a quien le corresponde prioritariamente señalar el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, a través de la ley. Es, pues, al legislador ordinario quien tiene la competencia para realizar esta regulación, dentro de un importante margen, buscando un punto de equilibrio entre los derechos fundamentales y el principio de autonomía privada, teniendo en cuenta los bienes, valores y principios que entran en juego en el conflicto.⁴⁶

Se sostiene que la prioridad otorgada al legislador para regular la mencionada aplicación se debe a que al no existir en la Constitución el grado de vinculación de las relaciones privadas a los derechos fundamentales, corresponde al Poder Legislativo, con legitimidad popular, determinar tal vinculación de los derechos humanos, siempre dentro del marco constitucional y del respeto al principio de la autonomía contractual.

La prioridad atribuida al legislador priva al juez de la potestad de resolver los conflictos entre particulares mediante la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

⁴⁶ Konrad Hesse advierte que si en un principio el derecho privado se determinaba en solitario, ahora se le sobrepone otro orden jurídico, el que tiene primacía sobre él, si bien consiste en principios, escasos y muy amplios y frecuentemente en determinados, cuyo significado para cada caso concreto es de más difícil determinación que el correspondiente a las normas concernientes del derecho privado, por lo que la claridad y la certeza jurídica necesaria para el tráfico jurídico-privado, resulta afectados de modo no irrelevante. Claridad que se incrementa con la constelación de los derechos fundamentales, *ibidem*, pp. 59 y 60.

Es al legislador a quien le corresponde determinar las consecuencias que para las relaciones entre particulares tienen los derechos humanos,⁴⁷ como por ejemplo, la libertad de expresión,⁴⁸ el derecho a la intimidad,⁴⁹ el derecho a la defensa,⁵⁰ presunción de inocencia,⁵¹ el principio de igualdad.⁵²

Pero no podemos renunciar a la aplicación directa para corregir la inconstitucionalidad del legislador al regular la articulación entre los derechos fundamentales y las relaciones privadas. Cuando no se trata de co-

⁴⁷ Konrad Hesse expresa que el elenco de los derechos fundamentales se ha limitado en la ley fundamental a los derechos fundamentales clásicos, a diferencia de la de Weimar que estableció derechos sociales, pero los asegura más firmemente. Además contiene margen más estrecho de limitaciones de los derechos fundamentales, ha ampliado los derechos fundamentales con trascendencia inmediata para el derecho privado: igualdad de hombres y mujeres y de los hijos legítimos e ilegítimos. También tiene significación práctica para el derecho privado otros derechos fundamentales que carecen de una específica conexión como, por ejemplo, la libertad de creencia y conciencia, la libertad ideológica, la libertad de residencia, la libertad profesional, el derecho de libertad innomina- del artículo 2.1 de la Constitución (Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 55 y 57).

⁴⁸ Artículo 30 de la Constitución.

⁴⁹ Artículo 26 inciso 2 de la Constitución.

⁵⁰ Artículos 33, 34 y 165 de la Constitución.

⁵¹ Artículo 31 inciso 1 de la Constitución. La libertad de información puede entrar en conflicto con el honor, la intimidad y el derecho de defensa, por tal razón el periodismo debe actuar con objetividad y diligencia con relación a los procedimientos penales que se siguen contra una persona. El Alto Tribunal de España en sentencia del 16 de enero de 1996 examinó una información periodística en la que se imputaba a una persona la participación, como intermediario, en un secuestro realizado por un grupo de terroristas, fundándose en la existencia en las actuaciones de la policía y judicial previa. Con posterioridad fueron archivadas las diligencias judiciales. La jurisdicción ordinaria declaró que se trataba de una intromisión ilegítima en el honor del afectado, lo cual fue confirmado por el Tribunal Constitucional al estimar que la actuación del medio periodístico no estaba rodeada de la diligencia necesaria para dotar a la información de veracidad, y que las declaraciones obrantes en el procedimiento eran insuficientes para llegar a las imputaciones que se hicieron en el texto periodístico, no llegándose a acreditar por las demandas la existencia de la diligencia necesaria exigible al haber transmitido como veraces esas imputaciones (*Cfr.* Romero Coloma, Aurelia María, *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*, Cívitas, 2000, Madrid, pp. 85 y ss. Saenz Zumbado, Luis, "Publicidad periodística de los procesos penales", *Revista de Ciencias Penales*, año 3, núm. 4, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, junio de 1991, pp. 30 y ss.).

⁵² Artículo 27 de la Constitución.

rregir inconstitucionalidades de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, es muy delicado y peligroso este tipo de aplicación.⁵³

Se considera que el legislador es el que mejor puede proteger la autonomía de la voluntad en su articulación con los derechos fundamentales. Puede restringir en mayor o menor medida la autonomía de la voluntad con relación a las estipulaciones contractuales para evitar abusos. Entre los medios de defensa para corregir estos abusos, teniendo en cuenta la magnitud del caso, puede decretar la inejecutabilidad del contrato (causa ilícita), el derecho de resolver el contrato, o la indemnización que corresponda, la nulidad total o parcial, la reducción de prestaciones.

Los derechos humanos no son ilimitados, absolutos y pueden entrar en conflicto. Encuentran límites en la Constitución o en otra norma, surgiendo en este último supuesto la limitación de los derechos fundamentales por parte del legislador al regular la articulación entre derechos humanos y la autonomía privada. Para fundar esa limitación el legislador debe ceñirse al principio de proporcionalidad y al de libertad real.

Según la doctrina, el principio de proporcionalidad para limitar un derecho mediante su regulación, es preciso que reúna tres condiciones: debe ser legítimo el fin perseguido por la ley para la cual se hace una ponderación de los derechos en conflicto; debe ser indispensable para obtener ese fin, pues la ley no encuentra un instrumento menos gravoso que tal limitación del derecho, y debe resultar equilibrado con relación al objetivo, pues el grado de limitación legítima del derecho será proporcional a la importancia que se atribuye al fin perseguido.

En el conflicto de derechos puede haber un exceso prohibido de protección o un defecto de protección. En el primer supuesto el Estado no debe favorecer con el exceso a un sujeto y dañar los derechos fundamentales del otro que es privado o perjudicado en su derecho en forma excesiva. En el segundo supuesto, la protección no debe ser inferior al mínimo constitucionalmente exigido.

⁵³ Konrad Hesse advierte que mediante el recurso inmediato de los derechos fundamentales se amenaza con perderse la identidad del derecho privado, de larga historia, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de la regulación y ulterior desarrollo, para lo cual depende circunstancias materiales que no cabe procesar sin más criterios de derechos fundamentales. Aparte de ello, correría peligro el principio fundamental del derecho privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieren renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indispensables para la acción estatal (Hesse, Konrad, *op. cit.*, pp. 59-61).

En la solución de estos conflictos en cuanto al exceso o defecto de protección, el juez goza de amplio margen de decisión.

Existen varios derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto en las relaciones privadas: el derecho a la libertad de expresión y el honor y la privacidad; el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la defensa; el derecho a la igualdad y la autonomía de la voluntad; la libertad de testar y la protección de ciertos herederos (asignaciones forzosas).

La libertad real con la que actúan las partes al celebrar el contrato es un criterio importante para regular la relación de los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad.

Cuando una persona es más poderosa que la otra, de tal manera que la débil se vea imposibilitada de discutir libremente todas las estipulaciones del contrato, es posible que el legislador consagre cláusulas prohibitivas para restablecer el equilibrio del contrato. Por ejemplo, en los contratos de adhesión existen cláusulas en que se renuncian derechos importantes, como en el seguro, las tarjetas de crédito, etcétera. En estos contratos se puede consagrar cláusulas prohibitivas como veremos más adelante: renunciar al domicilio, renunciar de la apelación, invertir la carga de la prueba, etcétera.

C. Mediación del juez

Cuando el legislador no ha regulado el conflicto entre la autonomía privada y un derecho fundamental, le corresponde al juez hacerlo, mediante la ponderación de los dos intereses en conflicto. El juez no puede echar mano directamente de los derechos fundamentales para solucionar el conflicto, sino de las normas del derecho privado, las que interpreta a la luz de los fundamentales.

El juez también realiza la protección horizontal de los derechos fundamentales, el cual se encuentra obligado por esos derechos.

Ante una colisión entre dos derechos fundamentales, el juez debe examinar las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta, entre otros elementos, el tipo de bienes jurídicos en oposición, la intensidad o amenaza que recae sobre cada uno de ellos, la gravedad del daño y los intereses de las partes, pues los derechos en conflicto no se anulan ni se excluyen, sino que han de buscar su valor en cada caso, mediante un juicio de razonabilidad o de balance.

El Tribunal Constitucional alemán sostiene que al ser inevitable la colisión de derechos e intereses en la vida social, resulta necesario el equilibrio y realizar una ponderación de los distintos derechos, según la protección que en cada caso merecieran.

La jurisprudencia constitucional es el único criterio que permite establecer de antemano la prevalencia de un derecho sobre otro, pues la relación entre los distintos derechos fundamentales se caracteriza por la flexibilidad, de modo que unas veces se impondrá uno y en otras ocasiones ese mismo derecho cederá. Las relaciones entre los derechos fundamentales son, pues, variables, por lo que la prevalencia de uno sobre otro dependerá de las circunstancias del caso.

No obstante, cuando se trata de colisión entre la autonomía privada y otro derecho fundamental, se puede afirmar que el criterio que oriente la decisión judicial es generalmente la libertad real de las partes para admitir la validez de la cláusula contractual que limite algún derecho fundamental de los contratantes.

Es significativa la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso del aval (octubre de 1993). En ella se trata de dilucidar si los tribunales civiles están constitucionalmente obligados a controlar el contenido de los contratos de aval bancario cuando la suscriben personas que, por su situación económica, al obligarse están asumiendo un riesgo muy alto. Señala el Tribunal que éste es un caso frecuente y que se había manifestado que en virtud de la libertad contractual, todo aquél que tenga capacidad negocial dispone de la facultad jurídica de asumir determinadas obligaciones.

La inexperiencia negocial no es suficiente razón para introducir una serie de deberes que obliguen al representante del banco a aclarar el contenido del contrato de aval o a aconsejar sobre el mismo. Cualquier persona mayor sabe que este tipo de contrato implica una serie de riesgos y la entidad bancaria puede presumir que el avalista es conciente de ello.

El caso era de un aval firmado como garantía de un préstamo solicitado por el padre del avalista por un importe de 100 000 marcos alemanes. El recurrente de 21 años carecía de formación profesional, no tenía empleo estable y trabajaba en una fábrica con un salario de 1 500 marcos. Al ejecutar el aval, el recurrente interpuso una demanda solicitando que se dejara sin efecto el mismo. En la primera instancia se desestimó la pretensión, pero en la segunda fue reconocida al considerar que la identi-

dad bancaria indujo a error al demandante, pues el representante del banco le aseguró expresamente que la operación no le iba a suponer ninguna operación importante y que sólo necesitaba su firma a efecto de una organización interna, ocultando las consecuencias reales que de haber conocido el demandante no hubiera suscrito el contrato y en que al hacerlo no estaba emitiendo libremente su consentimiento y, por lo tanto, no fue expresión de su voluntad real. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal anuló la sentencia por considerar que una persona mayor de edad, aunque no tenga experiencia en el tráfico negocial, conoce generalmente los riesgos que entraña la firma de un aval.

El joven recurrió entonces de amparo, invocando la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 1.1 (la dignidad del hombre es intangible) y 2. 1(todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de los demás ni atenten contra el orden constitucional o la moral) de la Constitución, en relación con el Principio del Estado Social.

Los tribunales que fallaron en contra del recurrente vulneraron los derechos reconocidos en esa norma. Del artículo 1.1 se deriva el deber de los poderes públicos de proteger a los individuos frente a situaciones de necesidad material; del artículo 2.1 se concluye que la libertad contractual no debe conducir a un abuso de poder; los tribunales deben negar el reconocimiento a aquellos contratos que limiten tanto los derechos de una parte que vulnere su dignidad humana.

Según el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Supremo Federal vulneró el principio constitucionalmente protegido de la autonomía de la voluntad privada, pues no se analizó en ella sí y en qué medida las dos partes del contrato habían decidido libremente contratar y obligarse libremente por el contenido de ese contrato. De manera que al exigir el pago del aval, el Tribunal Supremo no hizo prevalecer la autonomía negocial, sino que ignoró los rasgos específicos de ésta. Recuerda el Tribunal Constitucional que si bien los autores del BGB partieron de la igualdad formal de los sujetos jurídicos-privados, no tardó en producirse lo que se conoce como una materialización del derecho privado, y hoy se puede constatar que existe un amplio consenso a la hora de afirmar que la libertad contractual sólo cumple con su función cuando la relación entre las partes no está marcada por la desigualdad. Así, ante un contrato firmado entre dos partes que ostentan una fuerza muy desigual, siendo la

parte más débil la que ha aceptado unas cargas inasumibles, el juez deberá asumir y examinar el contenido del contrato para corregirlo, independientemente que la parte perjudicada haya consentido en obligarse, pues de otro modo, se estaría vulnerando las buenas costumbres y el principio de buena fe. En efecto, los tribunales civiles tienen la obligación de interpretar y aplicar las cláusulas generales velando que los contratos no sirvan como instrumentos de heteronomía. En la medida en que la sentencia impugnada por el recurrente no ha tenido en cuenta esta exigencia, debe ser anulada, pues ha vulnerado el derecho de la misma al libre desarrollo de su personalidad.

Esta sentencia pone de manifiesto la relevancia de la ponderación como mecanismo para determinar que el contratante ha renunciado al ejercicio del derecho fundamental por ejercer su autonomía. En todo caso la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas no se realiza directamente, sino mediante la norma jurídico-privada, y concretamente a través de las cláusulas generales.

D. La aplicación de las normas privadas articuladas con los derechos fundamentales

La influencia de los derechos fundamentales se hace visible en la interpretación que realice el juez de las normas jurídico-privadas aplicables al caso y, con mayor vigor, de los conceptos indeterminados del derecho privado que limitan el principio de la autonomía de la voluntad.

El juez está directamente obligado por la Constitución, al igual que el legislador, por lo que a la hora de resolver un conflicto entre particulares debe interpretar y aplicar las normas privadas a la luz de los derechos fundamentales. Los derechos aquí actúan en su dimensión objetiva.

Según los partidarios de la *Drittwirkung* indirecta, el juez debe resolver el conflicto entre las partes respetando los contenidos esenciales de la Constitución, pero sin recurrir directamente a las normas sobre derechos fundamentales. La influencia de éstos, como ya expresamos, se hará patente en la interpretación que realice de las normas jurídicas-privadas aplicables al caso y más correctamente en el significado atribuido a las cláusulas generales y a los conceptos jurídicos indeterminados que actúan en el derecho privado, como límites al principio de la autonomía de la voluntad. De manera que en caso que exista un conflicto entre un dere-

cho fundamental y el derecho a la autonomía privada y la colisión se resuelva a favor del primero, el juez no deberá argumentar su decisión invocando directamente la vigencia de ese derecho en las relaciones privadas. Deberá, en cambio, recurrir a conceptos como el orden público o buenas costumbres, tradicionalmente utilizados en el derecho privado para preservar, en el ámbito negocial, los derechos de la personalidad, hoy identificados con los derechos fundamentales.

En resumen, en la teoría mediata, para rechazar la limitación contractual del ejercicio de un derecho, el juez debe argumentar que esa restricción es contraria a las buenas costumbres, a la buena fe o al orden público. Para concretar estos conceptos, el juez ha de recurrir a los valores constitucionales, que actúan como criterios interpretativos.

En el caso Lüth se afirma que a la hora de especificar las cláusulas generales que actúan como prohibición de exceso (especialmente los contenidos en los artículos 138, 242 y 315 del Código Civil), es necesario tener en cuenta los derechos fundamentales: “El correspondiente mandato de protección de la Constitución se dirige aquí al juez que, en los casos de vulneración de la paridad contractual, debe proporcionar validez a las decisiones objetivas básicas relativas a los derechos fundamentales, a través del derecho civil.”

Las cláusulas o normas generales se presentan, pues, como la principal herramienta de la que dispone el juez para articular adecuadamente derechos fundamentales y autonomía privada. Normas como las contenidas en los artículos 6.2, y 7.2 y 1255 del Código Civil de España, de orientación similar a los artículos 2437, 2478 y 2552 de nuestro Código Civil, establecen los límites a la autonomía privada, traspasados los cuales el ordenamiento niega reconocimiento a la actuación de los particulares.

Esta articulación, objeto nuestro estudio, se realiza con las normas generales, los principios generales del derecho,⁵⁴ los del derecho civil y

⁵⁴ Existen principios generales del derecho, del derecho laboral, del derecho procesal, etcétera; en su número no coinciden los autores y algunos de ellos se repiten en varias ramas del derecho, incluso se discute la conveniencia de su señalamiento. Su enumeración sería útil, pero se corre el riesgo de limitarlos, ya que pueden existir otros que no fueron señalados. Los principios generales del derecho que enumeramos nosotros son los siguientes: la buena fe, la apariencia, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, el contrato es ley para las partes, la seguridad, a los que se agregan, para facilitar nuestro estudio, los valores de la vida, la justicia, la libertad, el bien común y la igualdad real y la dignidad humana.

Mercantil y los conceptos indeterminados, el orden público, las buenas costumbres, la moral, la buena fe y las leyes prohibitivas. Por otra parte, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, por las justas exigencias del bien común y por otros conceptos indeterminados.

Los derechos fundamentales tienen limitaciones aunque algunos con mayor intensidad que otros, hasta los hay absolutos. Estas limitaciones, como ya hemos visto, pueden resultar del orden público, de la seguridad, del bien común, de la moralidad, de las buenas costumbres, la buena fe, del derecho de otras personas, etcétera.

En el conflicto de las relaciones privadas, como ya hemos expresado, pueden entrar en conflicto los derechos fundamentales, en cuyo caso debe hacerse una ponderación mediante apreciación racional y proporcional.

Veamos algunos casos en los cuales entran en conflicto ciertos derechos fundamentales entre sí y la libre contratación con otro derecho fundamental.

Es ilícita la causa⁵⁵ del negocio jurídico cuando se opone a ley imperativa o prohibitiva (y no a las dispositivas), a las buenas costumbres⁵⁶ y al

⁵⁵ Artículo 1874 del Código Civil.

⁵⁶ Las buenas costumbres son valores morales que se van formando bajo el influjo de ideales filosóficos y cristianos que inspiran a nuestra civilización. Claro está que estos valores varían en las diferentes regiones y épocas. La doctrina y la jurisprudencia extranjera registran casos de nulidad de actos o contratos por ser contrarios a las buenas costumbres; a saber: toda convención que tienda a favorecer el amor libre, pero no la que tienda a reparar los daños causados a la concubina; la demanda de la concubina a la sucesión de su amante por la reparación de los perjuicios que le ha causado su muerte; el coartaje para contraer matrimonio en un principio fue declarado nulo, pero después se aceptó con la condición de que el corredor se limite a presentar a las partes, sin mencionar sus cualidades y a fijar sus honorarios prescindiendo del resultado de la gestión; los convenios en virtud de los cuales se venden influencias gubernamentales; la remuneración de un médico especialista al colega que le recomienda al cliente; la venta de la clientela de un médico a otro médico; el contrato que tiende a facilitar el cohecho; los actos que impiden la celebración libre y sin fraude de una subasta pública; los préstamos para fines inmorales, como el concedido a una mujer para que huya con su amante; los actos del mandatario obrando en provecho propio; las promesas de pagar para que se cumpla una obligación existente; remunerar para que el depositario entregue el depósito; remuneración para que no se provoque un escándalo o para evitar un chantaje; remuneración del padre para que la querida deje a su hijo; remuneración a un empleado del Fisco

orden público,⁵⁷ lo que provoca nulidad de dichos negocios, en los cuales se violen estas limitaciones. Ejemplos:

a) Es nulo el contrato que se celebra entre el arrendador y el arrendatario para abrir una cantina, la cual resulta estar cerca a un colegio privado o público. El arrendatario puede negarse a cumplir el contrato porque la autoridad la puede cerrar, por violar la ley y el orden público, prevaleciendo el derecho fundamental a la educación sobre la libertad de contratación.

b) Es también contrario al orden público y, por lo tanto, nulo el contrato en virtud del cual una mujer le alquila el vientre a un matrimonio para que, por un precio determinado, se le implante un óvulo fecundado *in vitro* de otras personas, se lleve a cabo la gestación y les entregue al bebé. En este caso creo que la mujer que alquiló su vientre, puede negarse a entregar el bebé, porque prevalece el orden público y las buenas costumbres. Es un caso no regulado expresamente por la ley, tampoco lo cubre el derecho a la reproducción consagrado en el artículo 74 de la Constitución que, según creo, sólo comprende los supuestos de procreación asistida cuando por lo menos se realiza con el óvulo o espermatozoide del matrimonio o pareja de hecho estable. En otros supuestos, como el presente, podría existir una especie de adopción de futuro, sui generis, pero falta aceptación legal. Por tal razón, no se entrega al bebé ni se devuelve el dinero recibido, aplicando el inciso 2 del artículo 2079 del Código Civil que dispone que si el objeto del contrato constituye un delito o un hecho contrario a las buenas costumbres, común a ambos contratantes, ninguno de ellos tendrá acción para reclamar el cumplimiento de lo convenido ni la devolución de lo que haya dado.

c) Será nulo un contrato que sujeta a un individuo a desplazarse únicamente en el interior o patio de su casa o en el barrio, por lo que no está obligado cumplir con esa obligación de no hacer, prevaleciendo aquí el

para que liquide rápidamente un crédito al acreedor (Escobar Fornos, Iván, *Derecho de obligaciones*, 2a. ed., Managua, Editorial Hispamer, 2000, pp. 96 y 97).

⁵⁷ El orden público varía de país en país y de época en época, y es de difícil precisión. Son contrarios al orden público aquellos actos que atacan a la familia, a la libertad de comercio, del sufragio, del trabajo o de cualquier otro derecho o garantía constitucional, a la organización y competencia de los órganos estatales. (*Idem*). El concepto de orden público se aplica en el derecho internacional, en el derecho constitucional, en el derecho penal y en el derecho civil como obstáculo infranqueable de la autonomía de la voluntad.

derecho fundamental de la libertad de movilización sobre la libertad de contratación.

d) Sería nulo el contrato en que se obligue a una persona a cambiar o no cambiar de religión. El obligado podría negarse a cumplir el contrato, prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad religiosa sobre la libertad de contratación.

e) Es nulo el contrato que prohíbe casarse en general o con determinada persona o en determinado lugar. En este supuesto el individuo puede casarse, prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad matrimonial sobre la libertad de contratación.

f) Es nulo, por ser contrario a las buenas costumbres y a la moral, el contrato en virtud del cual una persona se obliga por una suma determinada, a difamar a un tercero. En este supuesto el obligado puede negarse a cumplir el contrato, prevaleciendo aquí el derecho fundamental a su honor y libertad de expresión sobre la libre contratación. En nuestro país se presenta con frecuencia esta modalidad de difamación.

g) Es nula la cláusula de irresponsabilidad del daño proveniente del delito porque de acuerdo con el artículo 1861 del Código Civil la renuncia a la responsabilidad proveniente del dolo es nula. En este supuesto el beneficiado con la renuncia puede ser demandado por los daños y perjuicios, prevaleciendo aquí el orden público frente a la libertad de contratación.

h) Es nulo el contrato en virtud del cual un votante entrega su cédula, por un precio determinado, a la otra parte contratante para que no vote en unas elecciones, plebiscito o referéndum, por ser contrario a la ley y al orden público. En este supuesto el ciudadano puede pedir la devolución de la cédula y votar, prevaleciendo el derecho al sufragio activo sobre la libertad de contratación.

i) Es nulo el contrato en virtud del cual una mujer se obliga a ejercer la prostitución por un determinado precio. Si ella desea retirarse de ese oficio, puede hacerlo sin ninguna responsabilidad para con el otro contratante, porque prevalece su dignidad, su derecho fundamental a la libertad, su inferioridad contractual, sobre la libertad contractual.

j) Es nula la cláusula de un contrato de tarjeta de crédito en virtud de la cual el tomador renuncia a su domicilio. En este supuesto, si el tomador es demandado en otro domicilio, puede alegar la nulidad de la cláusula y oponer la excepción de incompetencia, prevaleciendo el derecho fundamental de la defensa sobre la libertad de contratación.

Podemos señalar algunos casos en los cuales entran en conflicto otros derechos:

a) Si un medio de información toma partido en un juicio penal en contra del acusado porque considera que él es el autor del delito, entran en conflicto dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad de expresión y de información del medio y el derecho de la defensa del acusado y la presunción de inocencia. Si el acusado decide reclamarle al medio por las vías legales, el juez tendrá que hacer un análisis de ponderación de ambos derechos aplicando la racionalidad y proporcionalidad, para determinar si verdaderamente el medio le está impidiendo su defensa en forma libre y adecuada o bien no se lo está impidiendo. Si el acusado es absuelto podría demandar al medio por daños y perjuicios.

b) Si un medio de información comienza una campaña contra una persona que la considera perjudicial para su honor puede reclamarle al medio judicialmente. En este caso entran en conflicto el derecho al honor y la privacidad de la persona objeto de las publicaciones y el derecho de expresión e información del medio. El juez tendrá que valorar el caso mediante una ponderación de los dos derechos en conflicto, aplicado los principios de racionalidad y proporcionalidad y determinar si las informaciones son las que se permiten dentro del ordenamiento jurídico y el derecho a la libertad de expresión o se excedieron dañando el honor y la privacidad.

Aunque es difícil la definición de la buena fe por las formas en que aparece en los diferentes casos y ramas del derecho, podemos decir que es un estado de desconocimiento, de confianza o lealtad sobre determinados hechos, actos o situaciones, la cual es necesaria para la protección de determinadas posiciones o derechos. Su presencia *permea* muchas ramas del derecho: el derecho laboral, el derecho administrativo, el derecho internacional, ampliamente el derecho privado y aparece en muchas disposiciones del Código Civil y de Comercio.

En la contratación se exige la buena fe en los tratos previos, en el momento de contratar (ausencia de dolo), en la interpretación y ejecución del contrato. El Código Civil italiano regula esta amplitud de la presencia de la buena fe en la contratación.⁵⁸

⁵⁸ Artículos 1337, 1366 y 1375.

Si la ley aplicable para solucionar el caso concreto fuere de dudosa o difícil interpretación, el juez goza de mayor amplitud para sentenciar.⁵⁹ En caso de un conflicto entre un derecho fundamental y la autonomía privada, si la colisión se resuelve en favor del primero, el juez no deberá argumentar su decisión invocando directamente tal derecho en la relación privada. Pero puede invocar conceptos como los de orden público, o buenas costumbres, utilizados en el derecho privado para preservar, en el ámbito negocial, los derechos de la personalidad.

IV. LA *DRITTWIRKUG* Y LA JURISPRUDENCIA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. *Introducción*

La aplicación de los derechos humanos en las relaciones privadas adquiere tanta importancia que se aplica no sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional. Es por ello que consideramos necesarias incor-

⁵⁹ Hebert Hart sostiene que dada la vaguedad del lenguaje jurídico y que en los casos difíciles existe más de una interpretación, los jueces en estos casos tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando lo regulado es impreciso, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opinión que estima adecuada. Agrega que en estas circunstancias excepcionales el juez no aplica el derecho, ya que las reglas no indican una u otra dirección, sino creándolo para el caso concreto. Por el contrario, Ronald Dworkin sostiene que el derecho está integrado por reglas precisas; como las penales y procesales, y por principios, aplicables en los casos fáciles y difíciles, principalmente los principios en los casos difíciles. Estos principios son obligatorios y por tal razón deben ser tomados en cuenta en los casos pertinentes. Por tal razón, es falso que los jueces, en los casos difíciles, tengan discrecionalidad para crear derecho, por el contrario deben aplicar los principios vigentes en el sistema. Esa creación del derecho viene a ser retroactiva. Para tal efecto crea un personaje denominado el juez Hércules, en contraposición del juez Hebert que piensa como Hart, cuyo destino es en cada caso difícil explicar de la mejor manera posible las reglas vigentes y proveer la mejor justificación moral para la decisión del caso. Hart posteriormente modifica y mejora su posición, reconoce el valor de los principios, reconoce una creatividad restringida, no detecta retroactividad al crear el derecho y aplicarlo al caso difícil porque no existe justificación para que exista, ya que la prohibición de ella se fundamenta en la confianza de la persona en realizar sus actos de acuerdo con la ley preestablecida y se defiende de los ataques de Dworkin (*cfr.* “El debate Hart-Dworkin”, Bogotá, *Nueva Revista Jurídica*, Universidad de los Andes, 1997).

porar a nuestro estudio los sistemas de protección internacional americano y europeo.

Si se analiza con detenimiento la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podemos encontrar jurisprudencia que admiten la aplicación de la *Drittwirkung* de los derechos humanos en las relaciones privadas en una forma evolutiva hasta llegar a su clara aceptación. También se transcriben algunos resúmenes jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Javier Mijangos y González⁶⁰ divide en tres etapas la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a su aplicación a las relaciones privadas, a la cual nos ajustaremos.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la primera etapa, la Corte Interamericana fundamenta la aplicación de los Derechos Humanos, en el deber del respeto y vigilancia, concepción similar al *state action* de los Estados Unidos. Éste es un deber de vigilancia de parte del Estado previsto en el artículo 1.1 de la Convención. Se cita como ejemplo de esta etapa los casos Velásquez vs. Honduras (1987), Godínez vs. Honduras (1987), Paniagua vs. Guatemala (1998), entre otros. Esta debida vigilancia es para prevenir la violación o para tratarla en los términos de la Convención.

En el caso Velásquez expresó que un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear responsabilidad internacional del Estado, no por el hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

En el caso Blake vs. Guatemala,⁶¹ Cancado Trindade sienta las bases para los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Expresa en el voto razonado⁶² que es necesario desmitificar ciertas

⁶⁰ Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones particulares*, México, Editorial Porrúa, 2007, pp. 176 y ss.

⁶¹ Sentencia de fondo del 24 de enero de 1998.

⁶² En sus votos razonados reiteradamente se refiere a la *Drittwirkung*. Colombia vs. Comunidad de Paz de San José de Apartadó 18 de junio del 2002; Jiguamiandó y del Cur-

postulaciones consideradas como verdades eternas e inmutables, las que más bien son producto de su tiempo o soluciones para una época de la evolución del derecho. Una de estas ideas es la de estimar a los tratados internacionales como normas que limitan exclusivamente la actuación de los poderes públicos, por el contrario, los tratados de derechos humanos, consagran obligaciones de carácter objetivo y constituyen estándares de comportamientos encaminados a la creación de un orden público internacional. Consideró que el carácter absoluto de la autonomía de la voluntad no puede ser invocado ante la existencia de normas del *ius cogens* como los derechos fundamentales, consagrados en la Convención, configurados como obligaciones *erga omnes* de protección y representan el contenido mínimo de protección de todas las relaciones jurídicas de los ordenamientos nacionales.

Esta tesis del magistrado brasileño fue adoptado por unanimidad en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó vs. Colombia. La Corte opinó que la obligación general del respeto de los derechos fundamentales previsto en el artículo 1.1. de la Convención, para ser eficaz, se impone no sólo en relación con el poder del Estado, sino también en las relaciones entre particulares (grupo clandestino, paramilitares, u otros grupos de particulares). Acepta la importancia de la *Drittwirkung*.⁶³

Es a partir del 2003 que la Corte conoce de los casos en que se presenta una lesión de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En los casos de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia,⁶⁴ Pueblo Indígena de Kankuamo vs. Colombia,⁶⁵ Pueblo Indígena de Sarayaku vs. Ecuador,⁶⁶ la Corte Interamericana desarrolla la doctrina de que los Estados parte se encuentran conminados a atender al amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección, caracterizadas por el *ius cogens*, del cual emanan como normas de carácter objetivo que abarcan a todos los destinatarios de las

baradó vs. Colombia del 15 de marzo de 2005; Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia del 6 de marzo de 2003; Comunidad de Paz de San José de Apartadó del 15 de marzo de 2005; caso Pueblo Indígena de Nankuanmo del 5 de julio del 2004; casos de personas haitianas y de República Dominicana del 7 de agosto de 2000.

⁶³ Sentencia sobre medidas provisionales del 18 de junio de 2002.

⁶⁴ Sentencia sobre medidas provisionales del 15 de marzo de 2005.

⁶⁵ Sentencias sobre medidas provisionales del 5 de julio de 2004.

⁶⁶ Sentencia sobre medidas provisionales del 6 de julio de 2004.

normas jurídicas, tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares.

La última etapa se encuentra en la Opinión Consultiva 18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, en la que se acepta la imputación⁶⁷ a los particulares de la violación de los derechos humanos, considerado como un caso líder.

En el mes de mayo de 2002, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Hoffman Plastic Compounds vs. National Labor Relations Board*, decidió que un trabajador indocumentado que había sido despedido ilegalmente por contribuir a organizar un sindicato para mejorar las condiciones de trabajo en la planta, no tenía derecho al pago de los salarios caídos o de tramitación, los cuales por los tres años de trabajo perdido ascendían a 67 000 dólares. La decisión fue por mayoría de 5 a 4 votos.

El juez Breyer en su voto disidente expresó que si los trabajadores indocumentados no pueden recibir el pago de los salarios, cuando son despedidos ilegalmente, los empleadores los despedirían cuando intenten sindicalizarse, porque no existe sanción alguna para el empleado.

Esta situación despertó una fuerte alarma en México, lo que también repercutía en todos los países latinoamericanos que reciben remesas de los Estados, lo que provocó que en el juicio se pronunciaron dichos países y varias instituciones en su carácter de *amicus curiae*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos evalúa la consulta, con los siguientes fundamentos que interesan a nuestra materia: *a*) que el principio de igualdad y no discriminación puede considerarse como imperativos del derecho internacional general en cuanto es aplicable a todo Estado independiente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos respecto de terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas. Como norma *ius cogens* los Estados no lo pueden derogar, la cual es recogido en el artículo 53 de la Convención de Viena; *b*) en concordancia con ello, el Tribunal considera

⁶⁷ Mijango y González, la considera como imputación directa en el sentido que la violación se da entre particulares, aunque para otros autores no existe en la vía internacional más que violación mediata.

que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.

3. *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acepta la tesis de que los derechos humanos también rigen en las relaciones privadas. Para ejemplo cinco sentencias:

En sentencia de 1998 contra el Reino Unido estimó que el padrastro que golpeó al hijo con una caña, causándole lesiones físicas, violó su derecho a no sufrir tratos degradantes y que el Estado, al absolverlo penalmente fundándose en la causa justificativa de emplear su potestad paternal para castigarlo razonablemente, vulneró el derecho del hijo.

En sentencia de 1981 en la que un grupo de trabajadores alega violación de la cláusula de exclusión mediante la cual todos los trabajadores deben afiliarse al sindicato contratante, pactado entre el sindicato y la empresa. Resolvió:

De acuerdo con el artículo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, cada Estado contratante “debe asegurar a cada persona, dentro de su jurisdicción, los derechos y las libertades definidas en (...) la Convención”; por tanto, si la violación de uno de esos derechos y libertades es el resultado de la inobservancia de esa obligación en cuanto a la legislación doméstica, existe responsabilidad para el Estado que consiente la violación. A pesar de que la causa inmediata de los hechos que dan lugar a esta

causa fueron los acuerdos entre la empresa British Rail y los sindicatos ferrocarrileros, fue la ley doméstica aplicable en el momento la que hizo legal el perjuicio que los demandantes sufrieron. La responsabilidad del Estado acusado por cualquier violación de lo dispuesto por la Convención se deriva de esa circunstancia.

Sentencia 16/1983/110 en la que el padre denuncia que la hija menor internada en una clínica particular para personas con retraso mental, había sido violada por el hijo, mayor de edad, de la responsable de la clínica. Las autoridades se negaron a iniciar el procedimiento penal alegando que la víctima carecía de facultades mentales para hacer una acusación. Resolvió:

La Corte ratifica que, no obstante que el propósito del artículo 8 (de la Convención Europea de Derechos Humanos) es esencialmente la protección de los individuos contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, eso no significa que el Estado sólo se abstenga de actuar en esa forma; además de su obligación negativa, también hay obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de las personas y de las familias. Esa obligación incluye la adopción de medidas destinadas a asegurar el respeto de la vida privada incluso en la esfera de relaciones entre particulares.

Sentencia 5/1987/128/179 contra Austria, en la que una asociación de médicos antiabortivos organizaron manifestaciones en 1980 y 1982, en las que estos sufrieron ataques por personas particulares partidarios del aborto ante contingentes policiales. Resolvió:

Una manifestación puede afectar u ofender a personas con ideas opuestas a las sustentadas por los manifestantes. Los participantes, sin embargo, deben contar con la seguridad de poderse manifestar sin el temor de ser objeto de violencia física por parte de sus oponentes, porque ese temor inhibiría a las organizaciones de expresar libremente sus opiniones sobre cuestiones altamente controvertidas que afecten a la comunidad. En una democracia el derecho a las contra-manifestaciones no puede permitirse hasta el extremo de inhibir el derecho de los manifestantes originales. La genuina y efectiva libertad de manifestación no se reduce al deber del Estado de no interferir; una concepción estrictamente negativa no es compatible con los propósitos del artículo 11 (de la Convención Europea de Derechos Humanos). Igual que el artículo 8, el 11 requiere en ocasiones de medidas positivas, incluso en la esfera de las relaciones entre particulares.

Sentencia 18/1995/524/610 en la que discutía el conflicto entre el propietario de un restaurante y una organización de restauranteros que al no estar afiliado, pretendió boicotearlo para que ingresaran al grupo. Resolvió apartándose del criterio de la responsabilidad de particulares. Pero existe un voto disidente del juez P. Jambrek que dice:

Mi posición difiere en cuanto a la interpretación y a la aplicación del artículo 11 (de la Convención Europea de Derechos Humanos), a la luz de la doctrina de la *Drittwirkung*. Desde mi punto de vista, la acción de los industriales que dio lugar a la queja del demandante debe estar sujeta a las mismas restricciones que se aplican al Estado. El Estado responsable (Holanda) estaba en la obligación positiva de tomar medida que aseguraran el disfrute de la libertad de asociación.

V. LA *DRITTWIRKUNG* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGÜENSE

1. *Introducción*

Aunque no lo dice expresamente la Constitución, ésta obliga tanto a los poderes del Estado como a los particulares. Así se desprende del articulado de la misma.⁶⁸

Dentro de la jurisdicción ordinaria, la violación de los derechos humanos entre particulares puede derivarse de los artículos 160 y 165 de la Constitución que dicen:

Artículo. 160. La administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; protege la tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia.

Artículo. 165. Los magistrados y jueces en su actividad judicial son independientes y sólo deben obediencia a la Constitución y a la ley; se registrarán, entre otros, por los principios de igualdad, publicidad y derecho a la defensa. La justicia en Nicaragua es gratuita.

⁶⁸ Artículos 24, 160, 165 y 182, entre otros.

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice:

La Constitución Política es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a quienes administran justicia, los que deben aplicar e interpretar las leyes, los tratados internacionales, reglamentos, demás disposiciones legales u otras fuentes del derecho según los preceptos y principios constitucionales.

Además, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución, 4 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 194 del Código de Procedimiento Civil, los jueces y tribunales deben de aplicar de preferencia la Constitución y para controlar la violación que se haga de éstos, el artículo 2057 inciso 1 de éste Código establece una causal de casación en el fondo.

En la jurisdicción ordinaria se presentan con frecuencia problemas relacionados con la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, pero los jueces y tribunales no aplican esta penetración constitucional en el derecho privado.

Con relación al amparo, la Constitución en el artículo 188 restringe su procedencia únicamente contra las disposiciones, actos o resoluciones y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Sólo cabe, pues, contra actos de autoridad, pero a este concepto se le ha dado una interpretación más amplia, autorizando el amparo contra particulares que prestan servicios públicos, entes autónomos y descentralizados. Por ejemplo en Nicaragua ha procedido contra la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua,⁶⁹ el Instituto Nicaragüense de Energía,⁷⁰ el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social,⁷¹ el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Ingeniería⁷² y el Consejo Nacional de Universidades (CNU).⁷³

Esta amplitud nos podría permitir conocer en amparo determinados supuestos de aplicación de los derechos fundamentales.

⁶⁹ S. 11:40 a.m. del 13 de marzo de 1968, B. J. , p. 31.

⁷⁰ S. C. Núm. 134, 10:00 a.m. del 21 de septiembre de 2006.

⁷¹ S. C. Núm. 133, 11:30 a.m. del 21 de septiembre de 2006, 10:05 a.m. del 15 de marzo de 2005.

⁷² S. C. Núm. 63, 8:30 a.m. del 2 de abril de 2003.

⁷³ S. C. Núm. 35, 8:30 a.m. del 8 de marzo de 2005.

Es conveniente advertir que el amparo no cabe contra las resoluciones judiciales, aunque se han dictado algunas sentencias en que se ha aceptado en situaciones excepcionales. El amparo contra las relaciones judiciales ha permitido a los Tribunales Constitucionales de otros países conocer con amplitud sobre la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

2. *Algunos casos regulados o no por la ley y de aplicación directa*

A. *Contratación*

En materia de contratación existe libertad de acuerdo con lo expresado anteriormente. No obstante, para mantener el equilibrio contractual entre poderes y deberes, la autonomía de la voluntad ha recibido limitación en materia laboral, contempladas en la Constitución y en las leyes laborales; en materia de inquilinato; en la contratación dentro del derecho de familia; declarando sin validez los contratos en aquellos casos en que la ley los declara nulos por ser contrarios a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Tanto en materia civil como en materia laboral son numerosas las aplicaciones de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

B. *Investigación de la paternidad*

Con relación a la investigación de la paternidad y maternidad la Constitución sienta el principio de permitirla,⁷⁴ por el contrario el Código Civil⁷⁵ parte de la idea de no permitir la investigación de la paternidad, salvo casos excepcionales, por lo que, como sostenía antes de la reforma de 2007, debería aplicarse directamente la Constitución y abrir la posibilidad de probarse de acuerdo con los medios de prueba aceptados incluyendo el ADN.

Sirva lo anterior de ejemplo para la aplicación directa en casos no contemplados en la ley ordinaria.

⁷⁴ Artículo 78.

⁷⁵ Artículo 225 y otros.

En la Gaceta, *Diario Oficial* 120 del 26 de junio de 2007, se publicó la Ley Núm. 120 de Responsabilidad Paterna y Materna, reglamentada, por el Decreto 102 del 2007 y publicado en la Gaceta, *Diario Oficial* 223, del 20 de noviembre 2007.

De acuerdo con esta ley, cuando el padre no haya reconocido al niño o la niña, la madre podrá declarar ante el registrador del Estado Civil de las Personas quién es el presunto padre y señalar su identidad y ubicarlo. En este momento se le informa que deben realizarse la prueba del ADN al presunto padre, la madre y el hijo o hija.⁷⁶

Con esta declaración se inicia el trámite administrativo de reconocimiento y el registrador procederá a inscribir al hijo o hija con el apellido del presunto padre y madre. Dicho funcionario citará al presunto padre para que dentro del término de 15 días comparezca a expresar lo que tenga a bien sobre la inscripción provisional de paternidad, bajo el apercibimiento que al no hacerlo se reconfirmará con el apellido de ambos. Esta inscripción provisional no causará estado hasta que se compruebe la paternidad de acuerdo con esta ley.⁷⁷

El notificado que se le aplicó el reconocimiento administrativo por no comparecer al Registro Civil tendrá un plazo de un mes para presentar ante el juzgado de familia, demanda de impugnación de la paternidad declarada administrativamente, sin que se suspenda la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y madre.⁷⁸ Se obliga al presunto padre a ser demandante con las cargas propias de esta posición procesal.

Si el padre niega la paternidad ante el registrador y acepta practicarse la prueba del ADN se procederá a realizarla. Si el resultado es positivo se inscribirá con el apellido del padre y la madre y si es negativo se inscribirá con el apellido de la madre.⁷⁹

Si el presunto padre al ser citado niega la paternidad y rechaza practicarse la prueba de ADN, el registrador procederá a aplicar la presunción de paternidad y reconfirmará al hijo o hija con el apellido de ambos progenitores, quedando firme dicha declaración administrativa, otorgando las obligaciones legales propias de la paternidad.⁸⁰

⁷⁶ Artículo 6.

⁷⁷ Artículo 7.

⁷⁸ Artículo 8.

⁷⁹ Artículo 9.

⁸⁰ Artículo 10.

Si el citado no se presentare a realizar la prueba del ADN o si habiéndose presentado se negare a ello, el laboratorio dará constancia de tal negativa, lo que constituye una prueba en favor de la persona solicitante, pero creo que se puede discutir la paternidad en juicio.⁸¹

Si el padre niega la paternidad, pero acepta la prueba del ADN y el si el resultado es positivo, se confirmará la inscripción y si es negativa se inscribe al hijo o hija sólo con el apellido de la madre.⁸² El índice de prueba del ADN debe ser de 99.99%.

También se regula la investigación de la maternidad administrativa⁸³ y el derecho del padre a la investigación de la paternidad administrativa de su hijo o hija.⁸⁴

C. Alimentos

En materia de igualdad de hijos naturales con los legítimos la Constitución establece que tienen iguales derechos.⁸⁵ Pero el Código Civil los discriminaba en materia de alimentos, sin embargo por ley especial del 18 de febrero de 1992 los coloca en igualdad de condiciones.

D. Sucesiones intestadas

En materia de sucesiones intestadas en el Código Civil⁸⁶ se le concede un trato discriminatorio a los hijos naturales en contra del principio de igualdad de los hijos legítimos y naturales consagrado en el artículo 75, por lo que ahora los jueces en forma directa están aplicando de preferencia la disposición constitucional y se espera una reforma del Código Civil para ajustarlo a la Constitución.

Éste es un caso de aplicación directa del artículo 75 de la Constitución.

⁸¹ Artículo 10.

⁸² Artículo 9.

⁸³ Artículo 15.

⁸⁴ Artículo 14.

⁸⁵ Artículo 75.

⁸⁶ Artículos 998 y ss.

E. *La apelación*

De acuerdo con el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil no se permite la apelación cuando ambas partes acuerdan no apelar. La Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que esta disposición tiene por objeto evitar la renuncia del más débil, por lo que se exige que la renuncia sea de mutua y no sólo de una.⁸⁷

F. *Consumidores*

También existe protección a los consumidores regulados en la ley del 1o. de noviembre de 1954 y su reglamento del 14 de junio de 1999.

A los consumidores al adquirir bienes y servicios se les garantiza calidad y cantidad, la seguridad, la salud, la información veraz, los daños y perjuicios que sufra, la celebración de una contratación justa, prohibiendo seis tipos de cláusulas que se declaran nulas si se estipulan, la irrenunciabilidad de sus derechos, la celebración de contratos de adhesión en forma clara, con letras visibles, escritos en idioma español e interpretados en su favor.

El consumidor también tiene derechos a un medio ambiente adecuado que garantice la conservación y desarrollo de los recursos naturales.

Se protege la vida y sus bienes, cuando haga uso de los servicios de transporte, acuático y aéreo. El proveedor pagará los daños y perjuicios si no toma las medidas necesarias para evitar el riesgo.

La preocupación por proteger a los consumidores nace en 1962 en el mensaje de Kennedy al Congreso de los Estados Unidos, al compartir la idea de “que todos somos consumidores”. El consumidor goza de una serie de derechos y garantías y además de las leyes en favor de los consumidores.

G. *Ambiente*

Se protege el ambiente en el artículo 60 de la Constitución desarrollado en la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales del 27 de marzo de 1996 y su reglamento del 14 de julio de 1999.

⁸⁷ S. 10:30 a.m. del 25 de febrero de 1996, B. J., p. 32.

La sobreexplotación de los recursos naturales, la contaminación de ríos, lagos, mares, aire y ciudades, la destrucción de la fauna y flora, la desertificación, la destrucción de las bellezas naturales, el calentamiento global, los rigurosos cambios climáticos, han deteriorado el planeta, desmejorando la calidad de vida y dañado la salud física y mental de las personas.

Esta ley concede acción popular para iniciar acciones administrativas, civiles y penales.

H. *Asociaciones y sociedades*

Existen dos tipos de asociaciones: unas asociaciones sin fines de lucro, de carácter social, gremiales, religiosas, culturales, deportivas, políticas y de cualquier otra índole, contempladas en el artículo 49 de la Constitución, y otras de carácter económico con fines de lucro (sociedades comerciales, civiles, etc.) que surgen de la libertad de empresa contemplada en el artículo 99 párrafo 2 de la Constitución.

De acuerdo con el citado artículo 49 de la Constitución se concede el derecho de formar organizaciones a los trabajadores de la ciudad y el campo, a las mujeres, a los jóvenes, a los profesionales, a los técnicos, a los intelectuales, a los artistas, a los religiosos, a las comunidades de la Costa Atlántica y a los pobladores en general, sin discriminación alguna, con el fin social de lograr la realización de sus aspiraciones de acuerdo a sus intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad. Las asociaciones tendrán una función social.

A nadie se le puede negar la admisión en las mencionadas organizaciones ni decretar su expulsión por razones de raza, religiones, sexo, opinión, idioma, posición social o económica y otras causas groseramente discriminatorias. Por supuesto, que no se puede admitir a quien no es abogado en el Colegio de Abogados y se puede expulsar si se comprueba posteriormente que no lo es; en una asociación católica se le puede negar acceso a un musulmán y se puede expulsar al católico que se convierte en musulmán; pero en una asociación de abogados, de médicos, de agricultores, etcétera, no se les puede negar el acceso o expulsarlos porque sean musulmanes, liberales, negros, blancos, etcétera, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución que prohíbe la discriminación.

I. Condiciones generales de la contratación

En esta época de contratación masiva han surgido las condiciones de la contratación para facilitar la contratación y proteger al adquirente de bienes y servicios. Son condiciones generales de la contratación un conjunto de cláusulas uniformes, impuestas por una de las partes, que se incorporan a los contratos que se van a realizar en masa.

Se encuentran tales condiciones en los contratos de servicio de teléfono, luz, agua, electricidad, gas, etcétera; en los servicios bancarios como préstamos, depósitos, cuenta corriente, tarjetas de crédito, etcétera y en otros tipos de contratos.

Las condiciones generales de la contratación aparecen insertadas en las pólizas de seguro y se rigen por la Ley General de Instituciones de Seguros (Ley 1727), publicada en La Gaceta 77 del 26 de noviembre de 1970 y sus reformas.

Los modelos de póliza requieren la previa autorización de la Superintendencia de Bancos, no obstante, antes de ser utilizados deben ponerse a disposiciones de dicho organismo.

Las pólizas deben regirse por las disposiciones del Código de Comercio, de la Ley de Títulos Valores, del Código Civil y demás disposiciones legales de carácter imperativo, bajo pena de ineficacia de la estipulación respectiva; deben redactarse en idioma español en forma que sean fácilmente comprensibles para el asegurado, en letras que sean fácilmente legibles. Las empresas aseguradoras no podrán modificar o enmendar los modelos de pólizas, endosos o cláusulas especiales que les fueren aprobadas por la Superintendencia.

Las tarjetas de crédito están reguladas por la Ley de Promoción y Ordenamiento del Uso de la Tarjeta de Crédito del 1o. de noviembre de 1994 y por las normas sobre la promoción y ordenamiento del uso de las tarjetas de crédito aprobadas por la resolución del 26 de septiembre del 2006. Esta ley tiene por objeto proteger al usuario de las tarjetas de crédito con relación a las condiciones generales impuestas por el emisor de la tarjeta y los intereses que se cobran.

Los modelos de contrato de apertura en cuenta corriente y uso de tarjeta de crédito deben ser aprobadas por la Superintendencia de Bancos. Este contrato es considerado por la ley como de adhesión.

En el artículo 10 se establecen las condiciones que debe tener el contrato de emisión de tarjetas de crédito.

En el artículo 11 de la ley se establece la nulidad de ciertas cláusulas. Por ejemplo: las que renuncien a los derechos y garantías de la ley, las modificaciones unilaterales que haga el emisor de las condiciones del contrato; las cláusulas adicionales no autorizadas por el órgano regulador; las que impongan al usuario de las tarjetas un domicilio diferente al propio.

En los países europeos es muy común la regulación legal de las relaciones generales de la contratación. En España existe una regulación general en la Ley 7 del 13 de abril de 1998.

Para esta ley las condiciones generales de contratación son cláusulas de contenido contractual establecidas por una de las partes, pero impuestas a la otra. Son aquellas cláusulas que se conocen como la letra pequeña de los contratos y que en ciertas ocasiones se remiten a documentos o condiciones que no aparecen en el contrato.

Las condiciones generales son partes integrantes del contrato cuando han sido aceptados por el adherente y el contrato es firmado. No se consideran aceptadas cuando el que impone las condiciones no ha informado al otro contratante o adherente de dichas condiciones ni le ha entregado un ejemplar de las mismas.

Cuando los contratos no necesiten celebrarse por escrito es suficiente que el que imponga las condiciones las hagan visibles dentro del lugar donde se les celebra el contrato.

No quedan incorporadas al contrato y, como consecuencia, no obligan al adherente, las condiciones siguientes: las que no hayan podido ser conocidas por el adherente al tiempo de firmarse el contrato o cuando no hayan sido firmadas si la ley impone ese requisito, las ilegibles, ambiguas, oscuras, incomprensibles.

Son nulas las condiciones generales cuando contradigan lo establecido en la ley en perjuicio del adherente o sean abusivas para el consumidor. En general se consideran cláusulas abusivas aquellas no negociadas individualmente que al contrariar la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio del contrato.

La ley establece cinco tipos de acciones contra las condiciones generales ilegales: la acción de nulidad; la acción de no incorporación; la acción de cesación; la acción de retractación, y la declarativa. Las dos primeras son individuales y las tres últimas colectivas.

La de nulidad tiene por objeto declarar la nulidad de una condición general del contrato por ser abusivas en contra del consumidor o porque contradigan lo dispuesto en la ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva.

La acción de no incorporación tiene por objeto declarar que una condición general no quede incorporada en el contrato y, en consecuencia, no obliga a los contratantes porque el adherente no ha tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato las condiciones generales o cuando sean ilegibles, ambiguas u oscuras.

La acción de cesación tiene por objeto obtener una sentencia judicial que obligue al demandado a eliminar las condiciones generales que se consideren nulas y abstenerse de utilizarlas en el futuro y al mismo tiempo determinar o aclarar qué parte o qué cláusula del contrato se considera válida y eficaz.

La acción de retractación tiene por objeto obtener una sentencia judicial que imponga al demandado la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar condiciones generales nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

La acción declarativa tiene por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación e instar su inscripción cuando ésta sea obligatoria.

Para las acciones colectivas se conceden legitimaciones a ciertas organizaciones relacionadas con estos problemas.

La acción de cesación y la de retractación prescriben a los dos años a partir de la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación. La declarativa no prescribe.

Los notarios y registradores de la propiedad tienen la obligación de informar a los consumidores sobre la aplicación de la ley y su alcance.

Existe un registro donde se inscriben las condiciones generales de la contratación a fin de que las personas puedan conocer de la existencia de ella. Se denomina Registro de las Condiciones Generales de la Contrativa. También se anotan las acciones judiciales, lo mismo que las minúsculas resoluciones judiciales.

La inscripción de las condiciones generales es voluntaria, pero se podrán imponer en determinados sectores específicos de la contratación.

Es necesaria la inscripción en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación de las sentencias de la cesación o retractación.

Se establecen dos reglas importantes de interpretación: cuando exista contradicción entre las condiciones particulares específicamente previstas y las generales, prevalecen éstas; las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán en favor del adherente.

Creo que algunas disposiciones de la Constitución pueden ser aplicados directamente. El artículo 75 que regula la igualdad de los hijos legítimos e ilegítimos. El artículo 82 que se refiere a los derechos de los trabajadores en sus incisos 1 y 2, el artículo 5 que establece la dignidad humana, el artículo 27 que establece la igualdad y las prohibiciones discriminatorias; el artículo 25 inciso 3 que establece el derecho a la personalidad y capacidad jurídica; entre otros.

De los artículos 160 y 165 anteriormente transcritos se puede deducir que la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas se puede hacer a través de la ley (artículo 160), lo que significa que como norma general será la *Drittwirkung* mediata la aplicable, salvo excepcionalmente la inmediata.

Esto significa que el principal elemento del juez será la ley, y en defecto de la ley, el juez debe aplicar las normas y conceptos indeterminados del derecho privado, como lo hemos explicado y si el caso lo amerita la aplicación directa de la norma constitucional.

La aplicación directa o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones privadas depende del contenido y naturaleza de cada derecho, pues no todos son aplicables en el derecho privado porque podría resultar gravemente afectado o aniquilado.

J. La prueba

Con relación a la prueba existen límites a la libre contratación en virtud del orden público.

En mi Introducción al proceso⁸⁸ expresé:

En materia probatoria, la libre contratación encuentra serios límites. No son válidos los convenios o cláusulas siguientes:

⁸⁸ Escobar Fornos, Iván, *Introducción al proceso*, Nicaragua, Editorial Hispamer, 1998, pp. 255 y 256.

a) El convenio o cláusula que le otorga al medio de prueba un mérito que la ley no le reconoce (superior o diferente), o bien le niega o disminuye el que la ley le otorga, si se sigue el sistema de la tarifa legal de la prueba. Cuando se sigue el sistema de la sana crítica, tampoco obligan al juez estos convenios o cláusulas, pues si la ley no somete a éste a una valoración preestablecida, con mayor razón no lo pueden hacer las partes.

b) El convenio en que se invierte la carga de la prueba, pues las reglas que se establecen con relación a ella son de orden público. Un convenio de esta naturaleza adolecería de nulidad absoluta, por la ilicitud del objeto. La Corte Suprema de Justicia se adhiere a esta opinión.⁸⁹ No obstante, debe advertirse que ciertos autores aceptan la validez del convenio de inversión de la carga de la prueba (Lessona, Rosenberg, Planiol y Rippert).

Por otra parte, algunos autores admiten el convenio en virtud del cual se impone a una de las partes la carga de la prueba sobre un hecho determinado, siempre que la ley no disponga nada sobre dicho hecho.

c) El convenio que le concede mérito ejecutivo a un documento que no lo tiene o le niega al que lo tiene.

d) El convenio que crea presunciones de hecho. Ejemplo: se presume que el daño o la enfermedad existía con anterioridad al contrato, si resulta dentro de tres días posteriores a su celebración. El ejemplo es de Rosenberg, para quien, por contrario, es válido este convenio.

⁸⁹ *Idem.*