

Autonomía privada y derechos fundamentales⁽¹⁾

JESÚS ALFARO AGUILA-REAL

Area de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. La afirmación de la *Drittwirkung*.— II. El punto de partida: los derechos fundamentales como mandatos de protección dirigidos a los poderes públicos.— III. Las funciones del Tribunal Constitucional, del legislador y de los Tribunales en la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales.— IV. Efectos del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales sobre la *regulación* legal de las relaciones entre particulares.— V. Efectos del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales sobre la *regulación autónoma* de las relaciones entre particulares. Planteamiento.— VI. Límites de la libertad de pactos como consecuencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.— VII. Límites de la libertad de celebración de los contratos como consecuencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales: el problema de la negativa a contratar.— VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. LA AFIRMACIÓN DE LA *DRITTWIRKUNG*

1. No es exagerado afirmar que la promulgación de la Constitución ha supuesto la alteración más profunda y generalizada que han sufrido todos los sectores de nuestro ordenamiento desde la época de la Codificación. No obstante, es igualmente cierto que ha sido el Derecho Privado del tráfico el que en menor medida se ha visto afectado por la

(1) El contenido de este trabajo fue objeto de discusión en el Seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. El autor desea manifestar su agradecimiento a los participantes en el mismo y a los profesores Cándido Paz-Ares, Fernando Pantaleón y Manuel Aragón que han leído distintas versiones de este trabajo y han hecho comentarios de gran utilidad. El agradecimiento se hace extensivo a Antonio Troncoso, Magdalena Nogueira, Lourdes López Cumbre y M. Angel Limón.

norma fundamental. La razón se percibe fácilmente si se tiene en cuenta que la Constitución no alteró el sistema económico de mercado (fundamento del Derecho Privado del tráfico) y mantuvo su unidad (en el reparto de competencias con las Comunidades autónomas) y que, por tanto, no parecían deducirse de su vigencia consecuencias trascendentales para el ordenamiento privado preexistente en 1978. Esta es, probablemente, la razón que explica la (relativamente) escasa atención que nuestros privatistas han dedicado a los efectos que, sobre el Derecho Privado, resultan del reconocimiento y la garantía constitucional de los derechos fundamentales. En las páginas que siguen nos proponemos realizar una modesta aportación al análisis de este conjunto de cuestiones. En concreto, trataremos de examinar en qué medida y de qué forma están vinculados por los derechos fundamentales los distintos poderes públicos que actúan en el tráfico privado (básicamente el legislador y los jueces y tribunales) (*infra* II-IV) y en qué medida y de qué forma lo están los propios particulares cuando se relacionan con otros sujetos igualmente titulares de derechos fundamentales (*infra* V-VII).

2. El *status quaestionis* respecto a este conjunto de problemas es bastante insatisfactorio (2). Si bien las discrepancias respecto a la solución de los casos planteados no son grandes, no hay consenso acerca de la fundamentación dogmática de tales soluciones (3). Así, existe unanimidad respecto a que los derechos fundamentales vinculan directamente a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE); también existe amplio acuerdo respecto a que los derechos fundamentales han de tener algún tipo de *vigencia social* en el sentido genérico de que los particulares deben gozar de algún tipo de protección en el ejercicio de sus derechos fundamentales frente a su no reconocimiento por parte de otros particulares; asimismo, se admite generalizadamente que el reconocimiento de los derechos fundamentales implica consecuencias *diferentes* para poderes públicos y particulares. El problema central consiste en diseñar una construcción dogmática que dé cuenta de tales conse-

(2) Para la exposición del *status quaestionis* puede consultarse, entre nosotros, J. GARCÍA TORRES/A. JIMÉNEZ-BLANCO *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986; sobre la evolución en Alemania, de donde procede la discusión v. J. SCHWABE, «Bundesverfassungsgericht und «Drittwirkung» der Grundrechte» *AöR* 100 (1975) p. 442 ss.; entre las aportaciones de los privatistas, la más influyente es, sin duda alguna, la que ofrece K. W. CANARIS, «Grundrechte und Privatrecht» *AcP* 184 (1984), p. 210 ss.

(3) Esto explica que R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1986 pp. 481 ss., considere que todas las doctrinas sobre la *Drittwirkung* conducen a resultados similares. A nuestro juicio, la apreciación es correcta (v. por ejemplo, la exposición de T. QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, p. 73 ss.) no porque la cuestión sea irrelevante, sino porque, como veremos, de la afirmación de la *Drittwirkung* tal y como la entiende gran parte de nuestra doctrina se deducen muy pocas limitaciones para la solución de los casos concretos.

cuencias y responda a la valoración constitucional que ha sintetizado el art. 10.1 CE al consagrar un equilibrio entre el respeto a la autonomía individual («libre desarrollo de la personalidad») y el respeto a la dignidad humana (y a «los derechos inviolables que le son inherentes»).

3. La forma más simple de explicar tales consecuencias consiste en afirmar que los derechos fundamentales vinculan no sólo a los poderes públicos, sino también a los demás particulares, lo que conduce a postular la eficacia inmediata en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales (*unmittelbare Drittwirkung*), es decir, el carácter vinculante de los derechos fundamentales para los demás particulares sin necesidad de la mediación legal. En su formulación inicial, debida a Nipperdey (4), la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales se concebía como una garantía limitada en un doble sentido: subjetivamente, sólo debía operar en las relaciones sociales estructuralmente desiguales, esto es, entre individuos y «poderes (privados) sociales»; objetivamente, sólo algunos derechos tenían *Drittwirkung*, fundamentalmente, el derecho a no ser discriminado y la libertad de expresión (5). Lógicamente, bastará la crítica de la posición

(4) «Si incluso el Estado está vinculado por los derechos fundamentales, mucho más lo estarán los ciudadanos» La tesis de la *Drittwirkung* fue formulada originariamente en H.C NIPPERDEY, *Die Würde des Menschen*, 1954, al cual no hemos podido acceder (en nuestra literatura informa al respecto, GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales* pp. 21 ss.). Esta doctrina no fue aceptada por el Tribunal Constitucional alemán, y se encuentra en una posición muy minoritaria en la doctrina alemana. Incluso el propio Nipperdey modificó su opinión en L. ENNECCERUS/H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, en L. ENNECCERUS- Th.KIPP-M. WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I-1, 15 ed., Tubinga 1959 p. 93 ss., expresamente p. 97, aceptando la crítica de Dürig tras la sentencia *Luth* del Tribunal Constitucional alemán en el sentido de que la posición de particulares y del Estado en relación con los derechos fundamentales no podía ser idéntica. Aunque seguía afirmando la eficacia directa de los derechos fundamentales, en realidad sus referencias no son a los actos de los particulares sino al Derecho privado. Sobre la situación actual en la doctrina alemana, v. CANARIS, AcP 184 (1984) p 203; sobre la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, v. *infra* II.6.

(5) V. GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, pp. 22-23; en ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, p. 98 ss. se añade la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, la libertad de asociación, el secreto de las comunicaciones etc. Sin embargo, prácticamente todos los ejemplos aducidos por Nipperdey son relativos al derecho del trabajo. En nuestro país, puede afirmarse que la doctrina se ha pronunciado mayoritariamente a favor de la eficacia entre particulares de derechos fundamentales; v., por ejemplo, A.E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1988 p. 67; L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990, p. 205 ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO/M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid 1986, p. 268 ss. en relación con la discriminación; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ «La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional» en AAVV *Derecho del Trabajo y Constitución*, Madrid, 1992, pp. 161 ss. p. 173; F. VALDÉS DAL-RE, «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador» *Relaciones laborales*, 1990, n. 8 p. 289; J. L. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, 1988, p. 41; MOLINA NAVARRETE «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los dere-

de Nipperdey para que podamos descartar, igualmente, las propuestas más ambiciosas que pretenden la extensión de la eficacia horizontal a todos los derechos fundamentales. Las objeciones que cabe dirigirles son de muy diversa índole.

a) La primera es de carácter *positivo*. Aún cuando ha de admitirse que no proporcionan datos concluyentes, los preceptos constitucionales relativos a los derechos y sus garantías permiten deducir, en efecto, que los destinatarios de tales normas son sólo los poderes públicos (6). Así, el art. 53.1 CE sólo declara expresamente vinculados por los derechos fundamentales a los poderes públicos (7). Una declaración semejante no se contiene en relación con los particulares (8). Es cierto que el art. 9.1 CE afirma la sujeción a la Constitución de poderes públicos y particulares, pero a nuestro juicio, tal precepto se limita a recordar el sometimiento de poderes públicos y particulares *al Derecho* y no permite en modo alguno identificar el término «sujeción» con el de «vinculatoriedad» del art. 53 CE (9). Si esta equiparación fuera correcta, sería incomprensible que el constituyente repitiera la vinculación de los poderes públicos en el art. 53 CE, donde ya los particulares no apa-

chos fundamentales» RTSS, 3(19913), por ejemplo, p. 79 y 81 p. 93; M. BALAGUER, *El derecho fundamental al honor*, Madrid, 1992, p. 147 ss., en relación con el derecho al honor; J. BALLARÍN IRIBARREN «Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» REDC 1988 p. 283 ss., p. 291; sobre el principio de igualdad entre particulares, v. *infra* VII.

(6) Esto es mucho más evidente en el Derecho alemán, *cfr.* GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, p. 19 ss. y sobre todo, K.W. CANARIS, «Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts», JuS 1989 p. 162.

(7) Esto vale para el legislador, el Tribunal constitucional, la administración de justicia y la administración pública. Dado el carácter normativo de los convenios colectivos en nuestro país, también vinculan a éstos los derechos fundamentales de los trabajadores: v., por ejemplo, art. 17.1 ET y, por todos, M. RODRÍGUEZ PIÑERO, «Comentario al art. 17.1 ET» en E. BORRAJO (dir), *Comentarios a las leyes laborales*, tomo V, Madrid, 1983; v. recientemente la STC 145/91 de 1.7 y STC 9.3.92.

(8) *Contra* BALLARÍN, REDC 1988 p. 289; igualmente se pronuncia en sentido contrario PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 210.

(9) V. al respecto, por todos, F. GARRIDO FALLA, en F. GARRIDO FALLA/M. BAEÑA DEL ALCÁZAR/R. ENTRENA CUESTA, *La administración en la Constitución*, Madrid, 1980 p. 18 ss. quien recuerda que el que el art. 9.1 proviene del art. 20.3 de la Constitución alemana, que se refiere exclusivamente a los poderes públicos y que, de hecho, el añadido de los ciudadanos es completamente inútil y responde claramente a la experiencia histórica de un país en el que las violaciones de la Constitución (golpes de Estado) han procedido de instancias ajenas a los poderes públicos. En realidad, como señalamos en el texto, el art. 9.1 se limita a recordar el sometimiento de todos al Derecho. La opinión contraria, sin embargo, está bastante extendida, v. por ejemplo, RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 268; PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 210 quien mantiene, sin embargo, la distinción entre el art. 9.1 y el art. 53 CE sobre la base de afirmar que los particulares están obligados a respetar los derechos fundamentales, pero no a satisfacerlos o protegerlos.

recen y que, junto a la Constitución, aparezca el resto del ordenamiento jurídico en el art. 9.1 CE. Esta interpretación resulta reforzada por el hecho de que en el art. 53.1 CE aparezca la reserva de ley como límite a la regulación de los derechos fundamentales. En efecto, «la posibilidad de limitar los derechos fundamentales por los particulares —especialmente a través de negocios jurídicos— no está regulada en absoluto en la Constitución, a pesar de que debería estarlo si los derechos fundamentales vincularan directamente a los particulares» (10). Si el constituyente hubiera pretendido regular los efectos de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares habría establecido, —además de afirmar su carácter vinculante para todos— una prohibición de su limitación o supresión (no sólo por ley sino también) por contrato.

Además, un repaso del articulado que recoge la declaración de derechos confirma esta conclusión. Es evidente respecto a los principios rectores de la política económica y social («Los poderes públicos aseguran...» art. 39 CE; «la ley garantizará» art. 37 CE; «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad social» art. 41 CE etc.) y bastante clara en el caso de los derechos protegidos por el recurso de amparo (arts. 14 a 29 CE) en cuanto que al reconocimiento del derecho sigue una referencia a sus límites o excepciones *por ley* (p. ej. arts. 19; 20; 21; 28 CE ...). El art. 18.3 CE se refiere a la «resolución judicial» como excepción al secreto de las comunicaciones, lo que significa que «crea un derecho subjetivo que vale sólo... frente a los poderes públicos» (11). En el caso de los derechos de prestación, alguno de los cuales, como el derecho a la educación (art. 27 CE), está protegido por el recurso de amparo, es evidente que sus destinatarios son sólo los poderes públicos. Sería precisamente su vigencia entre particulares lo que habría que calificar como abiertamente inconstitucional (12). Puede señalarse, además, que el art. 41.2 LOTC exige un acto de los poderes públicos como presupuesto del recurso de amparo, requisito que se reproduce en el art. 43.1 y en el art. 44.1 (ambos de la LOTC) respecto a los órganos judiciales (13).

b) La segunda objeción es de orden *valorativo*. La *Drittwirkung* inmediata —que, por ej., conduce a afirmar que la libertad de expresión o la prohibición de discriminación tienen eficacia horizontal—

(10) CANARIS, AcP 184 (1984) p. 204. El argumento es contundente. La reserva de ley se encuentra justo tras la afirmación de la vinculatoriedad a los poderes públicos.

(11) J. JIMÉNEZ CAMPO «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones» REDC 20 (1987) p. 56.

(12) Así, STC 129/89 referida al derecho a elegir turno de trabajadores que realizan simultáneamente estudios; PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 210.

(13) Es cierto que, como señala un sector muy importante de la doctrina, el argumento no es definitivo, en cuanto que el hecho de que un derecho no sea protegido mediante el recurso de amparo no significa que carezca de reconocimiento o existencia constitucional; así, E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, p. 377 y RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 269; GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, pp. 59 ss., p. 63; sobre este problema v. *infra* III.

contradice valoraciones fundamentales de nuestra Constitución (14) al limitar indebidamente el derecho de los particulares a disponer de su esfera jurídica como tengan por conveniente. En efecto, una sociedad libre —y una economía de mercado— tienen como correlato un sistema jurídico-privado basado en que las decisiones individuales no necesitan justificarse (valen porque son queridas, aunque sean absurdas o injustas objetivamente [*stat pro ratione, voluntas*]) (15). Las personas, en el ejercicio de su autonomía individual, asumen voluntariamente limitaciones a sus derechos en función de otros intereses, y dichas limitaciones no sólo son perfectamente «constitucionales» sino que constituyen manifestaciones evidentes del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ámbito en el que el Estado no puede interferir injustificadamente (art. 10.1 CE) (16).

Este tipo de autolimitaciones son muy frecuentes. Así, por ejemplo, y dejando al margen casos dudosos (17), los trabajadores que se comprometen a trabajar en domingo al autolimitan su derecho al ejercicio de la libertad reli-

(14) Al margen de que, llevada a sus últimas consecuencias, produciría consecuencias absurdas, como las señaladas por GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales* p. 15.

(15) V. J. ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 56 ss. con más indicaciones.

(16) v. *infra* V. La protección constitucional de la libertad contractual no constituye desgraciadamente todavía «un lugar común» en nuestra literatura jurídica (v. una excepción, con más indicaciones, en M. ARAGÓN, «Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las circulares del Banco de España» en R. GARCÍA VILLAVARDE (dir), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, pp. 39-41). La tradición *iusnaturalista* de nuestra doctrina privatista (v. sobre todo, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 cap. I) y la insistencia de la actual (especialmente la más progresiva) en la necesidad de limitar los abusos de la libertad contractual han ocultado la estrecha relación entre la libertad contractual y valores fundamentales del ordenamiento como la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad. En el tema que nos ocupa, los efectos no han tardado en dejarse sentir. Así, es frecuente que se acepte sin discusión la validez de una regulación (legal o reglamentaria) que establezca límites a la libertad de contratación injustificados. Para un planteamiento acorde con el aquí expuesto y muy extendido en la doctrina alemana, v. especialmente K.W. CANARIS, «Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermassverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht», *JZ* 1987 p. 994-995 donde enfatiza que afirmar la protección constitucional de la libertad contractual —como derecho subjetivo— es importante porque tiene como efecto principal la exigencia de proporcionalidad y necesidad para todas las intervenciones legislativas o administrativas que limiten tal libertad; v. también, otros dos trabajos del mismo autor en *AcP* 184 (1984) p. 205 y *JuS* 1989 p. 162, con referencias; recientemente v., W. ZÖLLNER, «Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen» en LUTTER/ULMER/ZÖLLNER, *100 Jahre GmbH-Gesetz*, Colonia 1992, p. 85 ss, p. 100.

(17) Como, por ejemplo, el del contrato de arrendamiento de una vivienda por el que el arrendatario se compromete a no contraer matrimonio durante un período de tiempo, que se ha considerado nulo (v., QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, p. 74), aún cuando, a nuestro juicio, es susceptible de producir efectos jurídicos, v. al respecto, *infra* V.4

giosa (18). Los trabajadores que aceptan trabajar en una empresa «de tendencia» tienen limitada su libertad de expresión (19). Muchos contratos entre empresarios (de distribución fundamentalmente) implican limitaciones temporales al derecho a la libre iniciativa económica (art. 38 CE) o al libre ejercicio de la profesión u oficio (art. 35.1 CE) —pactos de prohibición de competencia— (20) etc. Es más, los derechos de dominio (propiedad en todas sus manifestaciones) prevalecen sobre los derechos de los arts. 14 a 29 CE en muchos casos: un propietario de un inmueble no tiene por qué soportar que alguien ejercite la libertad de manifestación en su inmueble ni aún cuando al inmueble tenga acceso el público.

Al margen de lo anterior, la protección de la intimidad y de la libertad individual obligan a aceptar que los particulares pueden ser arbitrarios (y discriminatorios) en la selección de sus cocontratantes y en la regulación de sus relaciones con ellos (21) e —igualmente— que no tengan por qué justificar sus decisiones (22).

Así, el titular de una vivienda puede discriminar a los que tienen acceso a ella (art. 14 CE) sin alegar justificación alguna. Alguien puede decidir no comprar nunca en una tienda regentada por un árabe por motivos puramente racistas sin que sea posible obligarle a contratar.

c) Estos argumentos tienen alguna eficacia incluso sobre los partidarios de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares que, como hemos señalado, admiten que la posición de los poderes públicos y la de los particulares no pueden ser equiparadas en relación con los derechos fundamentales (23) y que vinculan a los particulares «en términos mucho más atenuados y con-

(18) Así, STC 19/85 13. (BOE 5.3) y STS 30.10.78. En la primera resolución, se trataba de una conversa que pretendía de su empleador modificar su horario de trabajo para poder cumplir sus obligaciones religiosas. En la segunda, de un trabajador que se negaba a construir armas; al respecto v. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ «Libertad ideológica y prestación de servicios» *Relaciones Laborales*, 1985 II p. 429. Sobre las consecuencias jurídicas en estos supuestos v. *infra* IV.4 con otras indicaciones.

(19) V. al respecto, ampliamente, FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Relaciones laborales*, 1985 II, p. 421 ss.

(20) V. la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 7.2.90 NJW 1990 p. 1469 ss. criticada ampliamente por C. HILLGRUBER, «Grundrechtsschutz im Vertragsrecht» AcP 191 (1991) p. 69 ss.

(21) V. especialmente, *infra* VII.

(22) V. al respecto, K. COLE, «Federal and State “State action”: the Undercritical Embrace of a Hypercriticized Doctrine» *Georgia L. Rev.* 24 (1990) p. 326 ss., p. 368 señalando que una prohibición genérica de discriminar obligaría a la gente a explicar por qué actúa en una forma y otra y, a la larga, se reduciría el «ejercicio de derechos potencialmente impopulares o de derechos por razones que pueden ser malentendidas».

(23) P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Madrid, 1985 p. 184 citando a S. VARELA DÍAZ «La idea de deber constitucional» REDC 4 (1982) p. 71. Esta es la concepción que, a nuestro juicio, se deduce también de otras exposiciones: así, QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo, passim*, pp. 68 ss. esp.; PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 214.

dicionados» (24), entre otras razones porque hay que hacer compatible dicha vigencia con el respeto a la autonomía privada. Estas matizaciones ponen al descubierto la debilidad *metodológica* de la doctrina que criticamos (25): la *Drittwirkung* inmediata es un instrumento demasiado simple para resolver problemas prácticos tan variados y complejos como los que plantea la vigencia social de los derechos fundamentales. En realidad, afirmar la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales no es dar una respuesta, sino sólo plantear la pregunta de los efectos que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales tiene en las relaciones entre particulares (26). Nadie ha negado nunca que tal reconocimiento tenga efectos sobre las relaciones entre particulares (27). Lo que se discute es cuáles son y de qué modo han de lograrse esos efectos, y la sim-

(24) S. Tribunal Central de Trabajo 20.2.87 citada y aprobada por MOLINA, RTSS, 3 (1991) p. 78 nota 38. Esta forma de hablar oculta un uso incorrecto del lenguaje: no se dice lo mismo cuando se afirma que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos que cuando se dice que los derechos fundamentales vinculan a los particulares; más matizada es la posición de PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 209.

(25) No es que «ontológicamente» no sea posible la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares. Tiene razón, al afirmarlo, PRIETO *Derechos fundamentales*, p. 209. Pero, en sentido contrario, tampoco nos parece correcto afirmar que existan derechos que «ontológicamente» estén llamados a desplegar su eficacia en relaciones entre particulares, como suele afirmarse en relación con el derecho de huelga (art. 28.2 CE), la cláusula de conciencia (art. 20.1 d) CE) o la libertad de cátedra (art. 20.1 c) CE) (derechos «que por su propia estructura tienen influencia directa ilimitada en las relaciones entre particulares» QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, pp. 55-56; E. ALONSO, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, p. 376; RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 269 y M. RODRÍGUEZ PIÑERO, «Principio de igualdad y Derecho del Trabajo» en AAVV, *Principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid 1991, II p. 1084). A nuestro juicio, podrá decirse que la no imposición de obligaciones a otros particulares de respeto hacia los citados derechos reduce extraordinariamente su vigencia social, pero en ningún caso cabe afirmar que un derecho de huelga o una libertad de cátedra sólo frente a los poderes públicos constituya una declaración sin sentido, sobre todo si recordamos los tiempos en los que la huelga era considerada como un delito y los profesores disconformes con el régimen político eran separados de sus cátedras.

(26) Prueba de ello es la escasa precisión con que una parte de la doctrina española utiliza la expresión *Drittwirkung* en este contexto; v., por ejemplo, PÉREZ LUÑO, *Derechos fundamentales*, p. 67 quien afirma que la interpretación sistemática del art. 53 en relación con el art. 9.1 CE «avala la extensión del carácter vinculatorio de los derechos fundamentales no sólo a los poderes públicos sino también a todos los ciudadanos. De forma que en nuestro sistema constitucional no debe existir ninguna reserva... para admitir una *Drittwirkung* de los derechos fundamentales» y en p. 23 señala sin embargo que la *Drittwirkung* hace necesaria la «actuación de los poderes públicos» lo que parece hacer referencia a que dicha eficacia no es *inmediata*, sino que se produce a través de la actuación de los poderes públicos; tampoco es demasiado preciso, MOLINA, RTSS, 3 (1991), p. 79 y 81, p. 93.

(27) La opinión contraria sólo puede ser mantenida en un entorno que conciba la Constitución exclusivamente como un marco *limitador* de la actividad estatal, lo que sucede cabalmente con un sector importante de la doctrina norteamericana; v., al respecto, *infra* II.3.

ple afirmación de que algunos derechos fundamentales tienen *Drittwirkung no proporciona criterio alguno* para su delimitación. Como tendremos ocasión de comprobar, sólo afirmando la necesidad de mediación de los poderes públicos es posible dar respuestas ajustadas a la variedad de casos que se han planteado en la jurisprudencia constitucional.

d) Por último, postular la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales contradice el carácter democrático de nuestro Estado en la medida que, dado que son los jueces los que imponen coactivamente la *Drittwirkung*, supone atribuir a los jueces una competencia que sólo puede ser del legislador: la de determinar el equilibrio entre el respeto a la libertad individual y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (28).

II. EL PUNTO DE PARTIDA: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MANDATOS DE PROTECCIÓN DIRIGIDOS A LOS PODERES PÚBLICOS

1. Como hemos señalado, incluso los partidarios de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares reconocen que la posición de los poderes públicos y de los particulares no es idéntica. En efecto, mientras el Estado es sólo *sujeto pasivo* (obligado) de los derechos fundamentales, los particulares son *sujetos activos* (titulares) de tales derechos (29). Consecuentemente, el problema se plantea de forma muy diversa en relación con el Estado o con el particular. Frente al Estado, el problema consiste en decidir si alguno de sus órganos ha infringido el derecho de un particular mientras que en relación con el particular el problema consiste en dilucidar cómo se resuelve una *colisión entre derechos*. En la medida en que corresponde al Derecho resolver tales conflictos, el problema en las relaciones entre particulares se plantea como *un dilema para el Estado*: no intervenir legitimando el resultado de la actuación libre de los particulares, o intervenir afectando a esferas individuales protegidas por derechos fundamentales

(28) Como tendremos ocasión de argumentar en detalle, afirmando la *Drittwirkung* podría llegarse a la absurda consecuencia de que la jurisprudencia podría imponer límites al desarrollo legislativo mediante el expediente de fundar las soluciones judiciales no en la ley sino en la Constitución (v. *infra* III.2).

(29) Sobre la posibilidad de que personas jurídico-públicas sean titulares de derechos fundamentales, ofreciendo una respuesta negativa, v. J.M. DÍAZ LEMA, «¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», en *Introducción a los derechos fundamentales* (X Jornadas D.G. Ser. Jur. Estado), Madrid, 1988 II p. 1153 ss. esp. pp. 1175 ss.

(30). Por lo tanto, debe aclararse inmediatamente que el problema no se limita a determinar —mediante el «balance equilibrado» entre derechos fundamentales— cuándo alguien tiene derecho a que se respete por otro particular su derecho a la igualdad o a la libre expresión de ideas etc., sino que es necesario decidir si tal interés debe prevalecer (no sólo frente al otro derecho implicado sino también) frente al derecho de los particulares (incluido el del sujeto aparentemente protegido) a que el Estado no interfiera en su actuación individual (protegida por la libertad genérica de actuación, la libertad de expresión, la libertad contractual, el derecho de asociación, derecho a la intimidad etc.) (31).

2. De conformidad con este punto de partida, el problema de la vigencia social de los derechos fundamentales debe plantearse a partir de *la forma en que vinculan a los poderes públicos*. Los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos como mandatos para que respeten la esfera de libertad reconocida a los ciudadanos (*prohibición de intervención*) y, simultáneamente, como mandatos para que establezcan medios de protección eficaces frente a su infracción por otros particulares (*exigencias de protección*) (32). Del cumplimiento equilibrado de estas dos funciones resulta la garantía de la *vigencia social* de los derechos fundamentales: «es decir, la garantía de los derechos fundamentales frente a los particulares a

(30) Esta concepción coincide con la mantenida por un sector de la doctrina norteamericana en relación con la *State action* (v. *infra*, notas 36-37); v., J.E. NOWAK/R. D. ROTUNDA/J. N. YOUNG, *Constitutional Law* 3, St. Paul Minn. 1986, § 12.5. p. 448 (con indicaciones doctrinales en p. 450: cuando el Estado permite que sus ciudadanos discriminen a otros, está optando implícitamente por el derecho de uno frente a otro. Por lo tanto, hay *infracción del derecho por parte del Estado* cuando dicho «balance» es incorrecto; v. también, Th. G. QUINN, «State Action: A Pathology and a Proposed Cure» 64 *Cal. L. Rev.* 1976 p. 146 ss. p. 155.

(31) V., ampliamente, *infra* IV ss. Por esta razón no pueden identificarse los términos «contenido esencial» de un derecho y «mínimo de protección». Ambos términos son sinónimos cuando se trata de evaluar la constitucionalidad de reglas elaboradas por los poderes públicos para regular las relaciones entre particulares. Ahora bien, constituyen parámetros diferentes cuando lo que se enjuicia es la «constitucionalidad» de la regulación que los particulares se dan a sí mismos en el ejercicio de la autonomía privada. Al escrutar la compatibilidad de la regulación autónomo-privada con la Constitución, el juez no está legitimado para exigir que la regulación privada garantice el contenido esencial de los derechos fundamentales de los contratante. Por el contrario, ha de limitarse a garantizar únicamente que al declarar válido el contrato, él mismo —como juez— no está infringiendo el mandato de protección que le impone la constitución. V. más detall. *infra* V.

(32) Cfr. CANARIS, ACP 184 (1984) p. 210 ss.; L. HENKIN «*Shelley v. Kraemer*: Notes for a Revised Opinion» *U. Pa L. Rev* 110 (1962) p. 473 ss. p. 487 ss.; entre nosotros, O. ALZAGA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1979 p. 347 y sobre todo, P. CRUZ VILLALÓN, «Derechos fundamentales y Derecho privado» *Academia Sevillana del Notariado*, (1988) p. 97 ss.; también puede verse, J. JIMÉNEZ CAMPO, REDC 20 (1987) pp. 57-58; P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, p. 187; sobre la función de los derechos fundamentales como mandatos de protección, en general, E. KLEIN «Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates» *NJW* 1989 p. 1633 ss.

través de y por medio del Estado» (33). Consiguientemente, la vinculación de los poderes públicos a la Constitución permite hablar de la existencia de un «*derecho fundamental a la tutela (no sólo judicial) efectiva*» (34), en cuanto que los poderes públicos no sólo han de abstenerse de intromisiones ilegítimas en la esfera jurídica de los particulares, sino que están obligados también a garantizar a los particulares un *mínimo* de protección frente a su desconocimiento por parte de otros particulares (arts. 1; 9.2 y 53.1 CE).

3. Tal afirmación es una obviedad respecto de Constituciones que contienen una cláusula de *estatalidad social* como la nuestra (art.1 CE) y que ordenan al Estado que remueva los obstáculos para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales (art. 9.2 CE). La opinión contraria sólo puede ser mantenida en un ámbito constitucional donde la Carta Magna sea concebida exclusivamente como un instrumento limitador de los poderes estatales, como sucede con un sector muy importante de la doctrina respecto a la Constitución norteamericana (35). Como es conocido, en el Derecho Constitucional norteamericano, sólo los poderes públicos pueden ser acusados de haber violado la constitución (salvo el caso especial de la decimotercera enmienda que prohíbe la esclavitud) y, por lo tanto, un particular que considere infringido un derecho fundamental por la actuación de otro particular carece de acción *ex Constitutione* y ha de probar que en la actuación del otro particular había *State action*, es decir, que de algún modo podía imputarse a un poder público la actuación del demandado. Para lograr la eficacia entre particulares de derechos fundamentales es necesaria la intervención del legislador federal o estatal y, en tal caso, el tribunal habrá de comprobar si el legislador tenía el poder para limitar la libertad de actuación de los particulares con la finalidad de salvaguardar derechos fundamentales (36). Pues bien, este sector doctrinal afirma

(33) CRUZ VILLALÓN, ASN, 1988 p. 97 ss., p. 101. Como ha recordado este autor, en la teoría clásica del Estado «el poder político nace y se legitima como poder frente a los particulares en la medida en que es capaz de asegurar dichos bienes (la libertad, la seguridad y la propiedad) en las relaciones entre los individuos». La doctrina constitucionalista alemana señala que el fundamento de tal deber se encuentra en el monopolio de la violencia que asume el Estado y que priva del derecho a la autodefensa a los particulares (*protectio trahit subiectionem - subiectione trahit protectionem*): v. KLEIN, NJW 1989, p. 1636, con más indicaciones.

(34) (*Grundrecht auf Schutz*). La expresión la hemos tomado de G. HERMES, «Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage» NJW, 1990 p. 1764 ss., p. 1765 y 1767; v. también, ALEXY, *Theorie der Grundrechte* p. 488 y 489: «el ciudadano tiene un derecho a que se tengan en cuenta en la medida necesaria los principios relativos a los derechos fundamentales correspondientes a su posición»; v. STC 129/89 (BJC 100-101 [1989] p. 1303) que reproduce la misma idea.

(35) Para una comparación entre ésta y las constituciones «keynesianas» como la alemana, española o italiana, v. D.P. CURRIE, «Positive and Negative Constitutional Rights» *U. Chi. L. R.* 53 (1986) p. 864 ss., quien reconoce que los constituyentes norteamericanos «were not modern social democrats» (p. 871-872).

(36) Para la información sobre la *State action*, puede verse, NOWAK/ROTUNDA/YOUNG, *Constitutional Law*³, p. 421 ss.; LOCKHART y otros, *Constitutional Law*⁶, St. Paul (Minn), 1986 p. 1410 ss. En todo caso, en el análisis de la situación en los Estados Unidos debe tenerse en cuenta que en los *Civil Rights cases* donde se sentó esta

expresamente que los derechos fundamentales limitan la actuación del Estado sólo negativamente y no le obligan a actuar para proteger a unos ciudadanos frente a otros, porque no hay una obligación constitucional para los Estados de la Unión de intervenir en los conflictos entre particulares: «no hay un derecho constitucional a ser protegido por el Estado contra la posibilidad de ser asesinado por criminales o locos. Es monstruoso si el Estado no protege a sus residentes contra tales criminales, pero no infringe la *due process clause* de la enmienda 14.^a ni —entendemos— ninguna otra norma de la Constitución. La Constitución es una carta de libertades negativas; ordena al Estado que deje en paz a la gente; no obliga ni al gobierno federal ni a los Estados a que proporcionen servicios, ni siquiera un servicio tan elemental como el mantenimiento de la ley y el orden» (37). En realidad, responde a la corriente contraria al «activismo judicial» que ha llevado a jueces muy conservadores al Tribunal Supremo bajo el mandato de Reagan. El argumento es de carácter democrático: la lucha contra la discriminación racial —problema fundamental de fondo— debe realizarse en la arena política (en el debate legislativo), no en los tribunales federales (38).

doctrina se estaba discutiendo, en realidad, una cuestión de competencias entre la federación y los Estados. Lo que el Tribunal Supremo afirmó fue que el Congreso no podía utilizar la 14.^a enmienda (*due process and equal process clause*) a la constitución para promulgar normas que regulasen relaciones entre particulares, competencia que correspondía a los Estados: v. al respecto, QUINN, 64 *Cal. L. Rev.* 1976 p. 146 ss. pp. 149-151 y recientemente, con más indicaciones, H.C. STRICKLAND «The State Action Doctrine and the Rehnquist Court» *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 18 (1991) p. 587, p. 591 ss.

(37) Así, el Juez Posner, en *Jackson v. City of Joliet* 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir), *cert. denied*. 465 US 1049 (1983). Un automóvil sufrió un accidente y comenzó a arder. Un policía llegó al sitio del accidente y comenzó a desviar el tráfico sin preocuparse de si había gente en el coche. Los ocupantes murieron y sus herederos demandaron a la ciudad porque el policía y, por tanto, la ciudad habían privado a los ocupantes de su derecho a la vida por omisión; conforme, STRICKLAND, *Hastings C.L.Q.*, 18 (1991) p. 608 nota 111. Expresiones similares pueden encontrarse en recientes decisiones del Tribunal Supremo norteamericano, v. A.R. MADRY «State Action and the Obligation of the States to Prevent Private Harm: the Rehnquist Transformation and the Betrayal of Fundamental Commitments» *South. Cal. L.R.* 65 (1992) p. 781 ss., p. 783-784 que recoge igualmente la cita de Posner en p. 798-799; para las posiciones contrarias, v. además del anteriormente citado, entre muchos, Ch. BLACK «The Supreme Court. 1966 Term. Foreword: «State Action», Equal Protection, and California's Proposition 14» *Harvard L. Rev.* 81 (1967) p. 69 ss., pp. 98: «equal protection of the laws against racism is always denied if law... is not being used to eradicate racial inequality»; HENKIN, *U. Pa. L. R.* 110 (1962) p. 473; QUINN, *Cal L. Rev.*, 146 (1976) p. 146 ss.; L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola (NY) 1988 pp. 1691 ss., con un planteamiento que resulta —si lo hemos entendido bien—, sustancialmente conforme con el sostenido aquí: v. por ej. p. 1706: el problema es «whether government actors can constitutionally decide to leave certain kinds of decisions to private actors»; matizadamente, reconociendo un deber de intervención del Estado en determinadas circunstancias, S. SUNDBY, «Is Abandoning State Action Asking Too Much of the Constitution?» *Hastings C. L. Q.*, 17 (1989) p. 141.

(38) Los conflictos entre particulares deben ser resueltos «a través del proceso político o a través de decisiones legales reversibles mas que a través de decisiones judiciales de aplicación de la enmienda 14.^a»: v. STRICKLAND, *Hastings C.L.Q.* 19 [1991]

4. Esta concepción es, además, la que se deduce, a nuestro juicio, de la jurisprudencia constitucional que ha negado expresamente la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares pero que afirma la «vigencia social» de los derechos fundamentales a través del deber de los poderes públicos de proteger tales derechos (39). Estas ideas quedan expresadas claramente en la S. 18/84, de acuerdo con la cual los arts. 53.2 y 161.1 CE y 41.2, 42, 43 y 44 LOTC:

«no debe(n) interpretarse en el sentido de que sólo sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos... lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos... y, de otra, que *la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social*, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales en el ámbito de sus funciones respectivas» (40).

p. 612 nota 129 con más indicaciones; sobre el debate acerca de la función de la *judicial review*, v. críticamente, G. CALABRESI, *The Supreme Court 1990 Term. Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (what the Bork-Brennan Debate Ignores)* *Harvard L. Rev.* 105 (1991) p. 80 ss., quien califica de igualmente activistas a los jueces conservadores y recuerda que la función del *judicial review*, esto es, del control de constitucionalidad de las decisiones legislativas responde, principalmente, a la necesidad de garantizar, por vía judicial, la protección de las minorías infrarrepresentadas en la lucha legislativa.

(39) STC 75/84 de 27.6 (BOE 30.7): «ni del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales ni de la proclamación que la Constitución hace de otros bienes jurídicos que sin ser propiamente derechos, deben ser respetados y protegidos por el Estado, nace para los ciudadanos (titulares todos ellos frente al Estado de los derechos fundamentales) obligación alguna conminada con la amenaza de sanción penal»; *contra*, RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 271 ss. que afirman que el Tribunal Constitucional se ha mantenido en la indefinición; v. también, las SSTC 34/84 de 9.3 y 161/91 de 18.7, ambas comentadas por FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, pp. 217-218 quien, no obstante, no reconoce la negativa del Tribunal Constitucional a admitir la vigencia del art. 14 CE entre particulares y augura que el hecho de que el TC haya reconocido la vigencia del principio en las relaciones laborales en las que el empleador es la Administración Pública conduce inevitablemente a que «será extensible también a los poderes ejercitados por los empresarios privados» p. 218.

(40) V. GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales* p. 99. Estos autores critican las afirmaciones del Tribunal Constitucional (p. 100 ss.) acusándole de hacer una petición de principio. A nuestro juicio, el Tribunal no hace una petición de principio, lo que sucede es que no establece qué nivel de protección en las relaciones entre particulares es imprescindible para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales en la vida social, pero da por supuesto que vigencia han de tener, lo que, según hemos argumentado es una exigencia de los arts. 1; 9.2 y 53.1 CE. Tampoco nos parece acertada la interpretación de esta sentencia que realiza PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 212, afirmando que se trata de «el reconocimiento más claro de la eficacia horizontal de los derechos». En sentido similar a la propuesta en el texto, la STC 171/89 de 19.10.

A la misma doctrina se reitera en otras decisiones del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, en la STC 53/85 11.4 (BOE 18.5) se afirma que

«(L)os derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste... la garantía de su vigencia ha de ser asumida también por el Estado».

Por consiguiente, del sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales

«sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan».

Afirmaciones similares pueden leerse, igualmente, en varias sentencias dictadas en juicios de amparo:

«la significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y especialmente... al legislador... reconociendo en su caso las titularidades y obligaciones subjetivas que reputa a tal fin necesarias» (41).

5. El planteamiento de nuestra jurisprudencia constitucional ha sido criticado bajo la acusación de constituir lo que se ha denominado expresivamente «una finta alemana» (42). La jurisprudencia constitucional alemana trató de justificar la diferente posición de poderes públicos y particulares frente a los derechos fundamentales afirmando que si bien los derechos fundamentales no tienen eficacia directa en las relaciones entre particulares porque en ellas, ambas partes pueden alegar su propio derecho fundamental, tal eficacia se consigue *a través de la influencia indirecta o mediata de los derechos fundamentales sobre el Derecho privado*. La Constitución contiene principios y valores que valen para todos los ámbitos jurídicos incluido el Derecho privado. Su contenido se desarrolla por medio de la concreción de las cláusulas generales del Derecho privado y demás conceptos indeter-

(41) V. STC 129/89 de 17.7. (BJC 100-101 [1989] pp. 1303 ss. p. 1306) que cita otras anteriores; v. también, STC 231/88 de 2.12 (BOE 23.12.88) y STC 47/85 de 27.3 (BOE 19.4) «los jueces y tribunales ordinarios están obligados por el art. 53.2 de la Constitución a la tutela de los derechos y libertades».

(42) V. GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, pp. 59 ss., p. 83.

minados(43). Dado que los poderes públicos encargados de la concreción de tales cláusulas son los jueces y tribunales, la infracción podía imputarse a éstos (y no al legislador) por no haber desarrollado adecuadamente dichos preceptos.

6. Esta jurisprudencia es criticable básicamente porque contra la afirmación del Tribunal Constitucional alemán, la influencia de los derechos fundamentales sobre el *Derecho* privado —obra del legislador— no es indirecta o mediata, sino directa. Como veremos inmediatamente, el legislador de Derecho privado es un poder público en el sentido del art. 53 CE y, por tanto, está vinculado por los derechos fundamentales (44). El Tribunal Constitucional alemán equiparaba injustificadamente *Derecho* privado y la *regulación autónomo-privada* producida por los particulares en uso de la autodeterminación individual (45). En la actualidad, el Tribunal Constitucional alemán ha modificado su posición y ha aceptado la concepción que aquí hemos atribuido al tribunal español (46).

7. Del mismo modo —se afirma— el Tribunal Constitucional español ha negado formalmente la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, pero ha logrado los mismos efectos que con su reconocimiento bajo el expediente de imputar la infracción del derecho no al particular (v. art. 44.1 b) LOTC), sino al juez que no reparó la infracción (47). De este modo, las infracciones perpetradas por particulares se convertirían en infracciones de los poderes públicos (jueces) a los que se les imputa la deficiente tutela o déficit de protección. Con ello, el debate se amplía; no solo se examina la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales sino que se discute igualmente

(43) El resumen lo hemos tomado de HERMES, NJW, 1990 p. 1764-65. V. ampliamente, en nuestra doctrina, GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ, *Derechos fundamentales*, pp. 19-38, por todos.

(44) SCHWABE, AÖR, 100 (1975) p. 442 ss., p. 446-447; CANARIS, AcP 184 (1984) p. 217 ss., p. 230 s. y, antes ya, el propio NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, I-1, p. 97). Piénsese además, que hay derechos fundamentales que exigen una regulación tradicionalmente considerada como de Derecho privado. Por ejemplo, el art. 20.4 CE al establecer los límites a la libertad de expresión se refiere al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Es evidente que el legislador, al compatibilizar la libertad de expresión con estos derechos ha de proceder a una valoración equilibrada de los intereses en conflicto limitando la primera sólo en la medida necesaria y proporcional para proteger los segundos. Es decir, ha de delimitar derechos fundamentales *entre particulares*. Resulta absurdo afirmar que en tal labor el legislador sólo está vinculado indirectamente por los derechos fundamentales.

(45) Acusación que creemos puede dirigirse, igualmente, a la exposición de QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, p. 76 ss.

(46) V. BVerfG, 7.2.1990, NJW 1990, 1469 y el comentario de C. HILLGRUBER, AcP 191 (1991) p. 69 ss., con más indicaciones.

(47) V. por ejemplo, STC 55/83 de 22.6 y el comentario de la misma en PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 217 y la exposición de la inicial jurisprudencia constitucional realizada por M.C. PALOMEQUE, *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Madrid, 1983 p. 87 ss.

sobre la competencia de los jueces, el legislador y el Tribunal Constitucional en la materia. A continuación nos ocupamos del segundo problema enunciado (*infra* III) para concluir con el análisis detallado del problema más difícil de resolver: el nivel de protección exigido constitucionalmente (*infra* IV a VII).

III. LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DEL LEGISLADOR Y DE LOS TRIBUNALES EN LA GARANTÍA DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Como veremos inmediatamente, las decisiones del Tribunal Constitucional imputando la infracción del derecho fundamental al tribunal sentenciador por déficit de protección han proporcionado, en general, resultados razonables, pero tienen el grave inconveniente de no aclarar *las relaciones entre el legislador y los jueces*, o dicho de otro modo, no determina qué tareas corresponden a los jueces y qué tareas corresponden al legislador en el objetivo de lograr la vigencia de los derechos fundamentales en la vida social (48). El Tribunal Constitucional alemán, al afirmar la eficacia mediata de los valores constitucionales sobre el Derecho privado y nuestro Tribunal Constitucional al imputar la infracción al Tribunal sentenciador ocultan un problema de fondo, a saber: *si la falta de protección del derecho fundamental que el Tribunal Constitucional considera intolerable se debió a una interpretación incorrecta por parte del tribunal del Derecho aplicable (vigente) o, por el contrario, supuso una correcta aplicación del Derecho vigente pero éste no contiene normas (o las que contiene no lo hacen) que garanticen un nivel de protección suficiente* siendo, por lo tanto, responsabilidad del legislador cubrir el citado déficit. La cuestión tiene especial trascendencia cuando son posibles varias soluciones y todas ellas son constitucionalmente admisibles (49). Una comprensión del problema desde las bases aquí expuestas permite justificar decisiones de nuestro Tribunal Constitucional que han sido calificadas por un sector doctrinal como supuestos de reconocimiento de la *Drittwirkung* (50).

2. En general, ha de partirse de la premisa de que la competencia para determinar el nivel de «vigencia social» de los derechos fundamentales exigido por su reconocimiento constitucional o conveniente en un momento histórico determinado corresponde al legislador y no a los jueces (51). Esta competencia puede argumentarse sólidamente, a

(48) V. HERMES, NJW 1990 p. 1765.

(49) *Ibid.*, p. 1765.

(50) GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, p. 64 ss.

(51) Entre nosotros, con exactitud, CRUZ VILLALÓN, ASN 1988 pp. 113-114: «la *Drittwirkung* debe ser cosa del legislador. Es, en efecto, el legislador el llamado a determinar, en la medida de lo posible, cuales son las consecuencias que para las relacio-

nuestro juicio, sobre dos proposiciones. La primera se funda en el hecho de que configurar la vigencia entre particulares de los derechos fundamentales promulgando —por ejemplo— leyes antidiscriminatorias en el ámbito laboral (art. 17.1 ET) o mercantil (art. 16 LCD) limita notablemente la libertad individual (libertad de empresa etc.), y tales límites deben imponerse por el legislador (art. 53.2 CE). La segunda nos recuerda que el nivel de eficacia entre particulares de los derechos fundamentales *constituye una opción de política legislativa* porque la Constitución no impone un *nivel determinado* de vigencia social de los derechos fundamentales, sino únicamente un nivel mínimo, de forma que el juez, (incluido el juez constitucional) que carece de legitimación democrática, carece de competencia para establecerlo (52). De hecho, «el verdadero debate sobre si los derechos constitucionales pueden oponerse frente a actores privados se refiere a si los jueces deberían emprender pasos en este sentido sin legitimación legal» (53). La afirmación es justa porque se trata de decidir no si el legislador puede regular las relaciones entre particulares como tenga por conveniente, sino si los jueces (y el Tribunal Constitucional en último extremo) pueden, aplicando directamente la Constitución a las relaciones entre particulares, modelar tales relaciones. Si la jurisprudencia determina que —vgr.— se deriva de la Constitución una prohibición para los particulares de discriminar a otros particulares, la consecuencia lógica es afir-

nes entre los particulares se derivan del hecho de que la constitución haya reconocido como derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad o el principio de igualdad. Ciertamente... al juez le quedará siempre una importante función que realizar en la concreción última de esta eficacia horizontal... Pero no cabe negar que en la actual situación de neto protagonismo de la jurisdicción en la concreción de la *Drittwirkung* hay un elemento de anormalidad»; en el mismo sentido, KLEIN, NJW, 1989 p. 1640.

(52) Así, como hemos señalado (*supra* II), de la Constitución se deriva un «Untermassverbot», es decir, la prohibición de desprotección o, a contrario, la garantía de un mínimo de protección, v. CANARIS, AcP 184 (1984) p. 210 ss., p. 212; p. 217; CANARIS, JuS 1989 p. 162. Este argumento democrático y de separación de poderes es utilizado frecuentemente por los autores que defienden en EE UU la *State action doctrine*, según la cual sólo puede exigirse la vigencia de derechos constitucionales frente a actos de los poderes públicos, v., *supra* autores citados en nota 36 y, además, COLE, *Georgia L. Rev.* 24 (1990) p. 326 ss., p. 347 con más indicaciones y pp. 363-364.

(53) J. FRIESEN «Should California's Constitutional Guarantees of Individual Rights Apply Against Private Actors?» *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 17 (1989), p. 112 («unaided by statute» en el original, lo que tiene gran trascendencia, puesto que para esta autora [v. p. 116] -y para otros v. p. ej. COLE, *Georgia L. Rev.* 24 [1990] p. 327 ss. la mayoría de los problemas que se conciben como supuestos de *State action* pueden ser «rebajados» desde su consideración como problemas constitucionales a simples problemas legales de regulación de relaciones extracontractuales, respecto de las cuales, en cuanto parte del *common law*, los jueces norteamericanos crean derecho). Entre nosotros reconoce que tal es el significado de la afirmación de la *Drittwirkung*, por ejemplo RODRÍGUEZ-PINERO, *Principio de igualdad*, p. 1084: «sin necesidad de intermediación legislativa».

mar que queda vedado al legislador establecer una regulación diferente, porque la solución jurisprudencial no tiene su base en la ley (que el legislador puede cambiar) sino en la Constitución (a la que está sometido también el legislador) lo que trastoca la relación entre los poderes del Estado (art. 117 CE) (54).

Es una obviedad afirmar que en el ejercicio de esta competencia el legislador del Derecho privado está sometido a la Constitución igual que cuando regula aspectos administrativos o penales, de forma que ha de garantizar el respeto a la igualdad y al contenido esencial de todos los derechos (art. 53 CE) (55). El derecho a la tutela efectiva le vincula también a él, de modo que una regulación defectuosa legitimará el amparo. (v. art. 55.2 LOTC). Serán inconstitucionales las regulaciones que al decidir conflictos entre particulares no delimiten adecuadamente los intereses de una y otra parte, es decir, porque sean, por ejemplo, discriminatorias (56), o porque, para salvaguardar el derecho de una de las partes limiten desproporcionadamente el derecho de la otra. Estos límites no implican, en modo alguno, la inexistencia de un *amplio margen de actuación* para el legislador (v. *infra* IV 1 y 2).

3. A los jueces corresponde en competencia con la *interpretación* del ordenamiento, en el control de la *licitud de los usos* y sobre todo en la *concreción de las cláusulas generales* del Derecho privado. Por lo

(54) No afirmamos, obviamente, que el legislador no pueda modificar la solución jurisprudencial. Lo que queremos destacar es que la ausencia de regulación legal *específica* de un conflicto entre derechos de dos particulares no puede ser interpretada por los jueces como una autorización para desarrollar la Constitución. El desarrollo de la Constitución en el sentido fuerte de la palabra, esto es como *opción* entre varias alternativas de política legislativa todas ellas compatibles con el marco constitucional es competencia exclusiva del legislador. Por lo tanto, ante la ausencia de una regulación legal específica, los jueces deben limitarse a la concreción de cláusulas generales del Derecho Privado —en su sentido más amplio— de tal forma que sea cual fuere la regulación que de dicho conflicto estableciese el legislador, la solución material del caso quedaría cubierta por cualquiera de ellas.

Esto se traduce en que como veremos, en el caso de relaciones entre particulares no regulados por éstos, sino por los poderes públicos, la concreción de las cláusulas generales ha de garantizar el respeto al contenido esencial de los derechos en conflicto y, en el caso de las relaciones reguladas por los propios particulares en el ejercicio de su autonomía, la concreción ha de garantizar que las renunciaciones a derechos no resultan incompatibles con un sistema jurídico fundado en el respeto a la dignidad humana, porque —es obvio— los particulares, al regular sus propios asuntos no están vinculados por el contenido esencial de los derechos (art. 53.1. CE: es la Ley la que ha de respetar el contenido esencial de derechos). Para la exposición del argumento del texto v., S. E. SUNDBY «Is Abandoning State Action. Asking Too Much of the Constitution?» *Hasting C. L. Q.*, 17 (1989) pp. 144 145.

(55) Sobre esto, fundamental, CANARIS, AcP 184 (1984) p. 210 ss., p. 212; p. 217; CANARIS, JuS 1989 p. 162; v. también, MEDICUS, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Privatrecht» AcP 192 (1992) p. 41 ss., p. 44 para quien basta la «consonancia» con los valores constitucionales de la regulación de Derecho privado.

(56) STC 10.11.81; STC 24.7.84; para los convenios colectivos de trabajo, v. por ejemplo, STC 177/88 de 10.10.

tanto, nos parece evidente que los jueces han de apoyar la vigencia entre particulares de un derecho fundamental en una norma de rango legal, aún cuando ésta sea una cláusula general. Esto no significa admitir la «finta alemana». La labor de los jueces se extiende a la interpretación de *cualquier norma jurídica*, pero en la interpretación de las cláusulas generales es especialmente importante porque, como es sabido, es en este ámbito donde está presente una mayor discrecionalidad judicial. En efecto, las cláusulas generales constituyen auténticas «normas de delegación» al juez por parte del legislador para que aquél «componga» la norma concreta aplicable al caso, de forma que la tarea de los jueces no se limita a la interpretación legal en sentido estricto sino que, mediante un proceso de «concretización», ha de ir construyendo normas más específicas que sean susceptibles de aplicación al caso concreto (57). En lo que aquí interesa, normas como la contenidas en los arts. 6.2, 7.2 y 1255 CC establecen los límites a la autonomía privada tras pasados los cuales el ordenamiento niega reconocimiento a la actuación de los particulares. En la interpretación de lo que sea «antisocial» o «contrario al orden público» el juez debe incorporar los valores recogidos en la Constitución. En esta medida, los jueces contribuyen a dotar de vigencia social a los derechos fundamentales, pero no están autorizados a dotar de vigencia entre particulares a los derechos fundamentales más allá de tal delegación legislativa.

Lógicamente, una interpretación de cualquier norma de Derecho privado —o un desarrollo judicial del Derecho dirigida a concretar cláusulas generales o cubrir lagunas— que provoque una desprotección

(57) El mejor tratamiento de estos temas en nuestra doctrina es, sin duda, el de J.M.^a MIOQUEL, «Comentario al art. 7.^o 1.» en C.PAZ-ARES/L.DIEZ-PICAZO/R.BERCOVITZ/P. SALVADOR (dirs) *Comentario al Código Civil. Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, I, pp. 37-39; para un planteamiento, a nuestro juicio, desenfocado del significado de la buena fe atribuyéndole funciones de dirección política-económica v. C. MOLINA NAVARRETE, «Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-laborales» *Relaciones Laborales*, 1992 n. 11 p. 10 ss. Así, en p. 26 puede leerse que corresponde a la buena fe contractual funciones tales como «impulsar una nueva estrategia socioeconómica del empresario en la gestión y dirección de la empresa... no ya sólo centrada en objetivos de pura racionalidad y eficiencia económica, sino también... en objetivos... de mayor calidad de trabajo... una nueva ética o cultura de empresa» o como una «vía adecuada... que, aún pudiendo introducir efectos obligacionales derogatorios de la voluntad de las partes (!), no tiene sin embargo, —como sucede con la ley— un carácter realmente autoritario, puesto que su función es básicamente introducir en las formas jurídicas la idea de los valores sociales. Valores cuya internalización —si son auténticamente sociales— no pueden sino prescindir por definición de la dimensión coactiva» (salvo que los contratantes no cumplieren con las ideas vigentes socialmente añadimos nosotros). Resulta sorprendente la confianza que se deposita en la jurisprudencia (ya que se le encarga tan formidables tareas con el sólo instrumento de la buena fe contractual) a la vez que critica la incapacidad de ésta para cumplir sus funciones (v. pp. 14 ss).

de un ciudadano en uno de sus derechos fundamentales constituirá el supuesto de hecho del art. 44.1 b) LOTC y, consiguientemente, será revisable en amparo (58). La eficacia de los derechos fundamentales sobre el Derecho privado no se produce solo a través de las cláusulas generales, (como pretendía el Tribunal Constitucional alemán) sino que rige para cualquier norma (incluido el «Derecho judicial») del Derecho privado.

Así, por ejemplo, el principio de igualdad en la aplicación de la ley prohíbe a los jueces tener en cuenta al aplicar una norma legal circunstancias particulares del demandado o demandante que no vengan exigidas o autorizadas por la norma. Un ejemplo reciente nos lo suministra la STC 69/91 de 8 de abril (59), donde un juez, al aplicar una norma de la ley de arrendamientos urbanos tuvo en cuenta la edad de la demandante, siendo así que ni la finalidad ni el tenor de la misma lo permitía. La interpretación errónea devino inconstitucional al suponer trato discriminatorio por parte del juez.

4. La función revisora del Tribunal Constitucional respecto de la actuación del legislador y de los tribunales es sustancialmente idéntica pero debe determinar con claridad a qué poder público es achacable que se produzcan resultados incompatibles con la Constitución. En los casos en los que no se haya garantizado el mínimo de protección del derecho frente a la injerencia de otro particular por la ausencia de regulación legal o por lo defectuoso de la valoración contenida en ésta, la infracción será imputable al legislador (60). Cuando la desprotección sea consecuencia de la interpretación errónea del Derecho privado,

(58) Así, BALLARÍN, REDC 1988 pp. 304-305 y 307 ss.

(59) BJC 121 [1991] p. 24 ss.

(60) V., en sentido parecido, aunque a efectos de decidir sobre la competencia del Tribunal Constitucional, BALLARÍN, REDC 1988 p. 312; *contra*, tendencialmente al menos, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Justicia constitucional y Derecho del trabajo» en *AAW Derecho del Trabajo y Constitución*, Madrid, 1992, p. 427 ss., p. 439: «ello se correspondería con la visión tradicional de la Constitución como mero límite externo al legislador, y no (de la ley) como instrumento de desarrollo y puesta en práctica de la Constitución, como mecanismo intermediador necesario para que la Constitución pueda encarnarse en las relaciones interindividuales. En este campo la jurisprudencia constitucional no se limita al mero papel de legislador negativo, para expulsar del ordenamiento los preceptos legales contrarios a los mandatos constitucionales, sino que, en su función de garante de la Constitución, ha de asegurar la adecuada coordinación entre el precepto constitucional y la legislación que lo desarrolla. Esta coordinación impone a su vez a los tribunales laborales una mayor sensibilidad en relación con la compatibilidad con la norma constitucional, de la norma legal que la desarrolla, también para justificar la conformidad de la ley... a la Constitución». A nuestro juicio, este autor extiende excesivamente los poderes del Tribunal Constitucional. Al margen de su carácter de legislador negativo, el Tribunal sólo puede censurar la actuación (o la omisión) del legislador cuando la misma implique incumplimiento de un mandato de protección *ex Constitutione* y no, como parece deducirse del texto transcrito cuando el legislador no haya desarrollado el programa constitucional en la forma que los jueces del Tribunal Constitucional consideran que se deriva de la Constitución. La posibilidad de normas que sean «compatibles» con la Constitución pero que no sean «conformes» es expresiva de la opinión del autor en este sentido.

(sobre todo, pero no sólo, en la concreción de las cláusulas generales) la infracción del derecho es imputable al órgano jurisdiccional, en particular, del derecho a la tutela judicial efectiva (61).

5. Consecuentemente, la vía correcta para reponer en su derecho al particular en caso de *infracciones de derechos fundamentales imputables al legislador* —dado que los particulares no pueden recurrir al Tribunal Constitucional directamente por medio del recurso de inconstitucionalidad— debería ser la *cuestión de inconstitucionalidad* (62). El juez debería remitirse al Tribunal Constitucional no sólo —como ya hace— en los casos en los que la regulación le parezca inconstitucional sino también en los casos en que, no siendo posible un desarrollo judicial del Derecho *conforme con la Constitución, la ausencia de (protección, es decir, de regulación)* sea inconstitucional.

Un ejemplo extraído de la jurisprudencia alemana refleja bien la especificidad del problema. Una viuda había heredado, junto con su hija menor de edad, un negocio. La viuda permanece al frente del mismo en nombre propio y como representante de la hija. Como consecuencia de la actividad empresarial se producen deudas muy elevadas. Los acreedores demandan también a la hija. El Tribunal Constitucional alemán consideró inconstitucional que se afirmara la responsabilidad de la menor (es decir, que su patrimonio resultase afecto al pago de las deudas del negocio) afirmando que «los padres no pueden obligar ilimitadamente a sus hijos a través de la representación legal que ostentan. El legislador debe tomar las medidas pertinentes para que los que llegan a la mayoría de edad puedan organizar su vida autónomamente sin que se lo impidan cargas desproporcionadas que no les son imputables» (63). En estos supuestos, la infracción del derecho al libre desarrollo de la personalidad (profundamente afectado por la condena al pago de las deudas en su totalidad) viene provocada no por la decisión judicial sino por la norma legal que obligaba a tal solución (art. 1911 CC). A los jueces no les quedaban más alternativas que plantear una cuestión de inconstitucionalidad (64) dirigida a reducir el ámbito de aplicación de la norma del art. 1911 CC al patrimonio existente hasta el momento de alcanzar la mayoría de edad, no teniendo que responder con los bienes adquiridos por él con posterioridad (65). La reduc-

(61) También será imputable a los jueces cuando hayan aplicado un *uso* o un *desarrollo judicial del Derecho* inconstitucional, porque de acuerdo con el sistema de fuentes, corresponde a los jueces comprobar la constitucionalidad de los usos (art. 1.3 CC).

(62) V. STC 51/88 de 22.3 recogida en GARCÍA TORRES, P. J., 10 p. 31; o, en el caso de que los tribunales ordinarios no hayan apreciado que la falta de protección es debida a la inconstitucionalidad de la norma, por el propio TC mediante el procedimiento previsto en el art. 55.2 LOTC; en este sentido, KLEIN, NJW, 1989 p. 1640. Sobre las funciones de la cuestión de inconstitucionalidad, ampliamente, PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional*, pp. 126 ss.

(63) Para el análisis de esta sentencia, v. MEDICUS, AcP 192 (1992) p. 41 ss. y p. 63.

(64) Sin entrar ahora en los supuestos en los que por tratarse de normas preconstitucionales el juez puede afirmar la inconstitucionalidad sobrevenida, sobre lo cual, v. ampliamente, PÉREZ TREMP, *Tribunal constitucional*, pp. 144 ss. esp. p. 150 ss.

ción del art. 1911 CC no compete, sin embargo, a los jueces (ni al Tribunal Constitucional) porque las soluciones alternativas son plurales y corresponde al legislador la opción por una u otra (66).

6. Si, por el contrario, la protección del derecho puede realizarse mediante la cobertura de la laguna (bien en vía analógica, bien por medio de una reducción teleológica) de forma conforme con la Constitución, entonces, el juez debe proceder a la misma y, caso de no hacerlo, la infracción del derecho fundamental habrá de ser sanada a través del recurso de amparo (67).

Este supuesto puede ejemplificarse recurriendo al caso frecuente del acceso a establecimientos públicos (bares, discotecas) (68). Como argumentaremos más adelante (*infra* VI.2), una interpretación «constitucional» del art. 7.º 2 CC conduce a afirmar que ejercita abusivamente su derecho el titular de un establecimiento abierto al público que se niega a contratar cuando dicha negativa implica un trato vejatorio para el otro particular. Consiguientemente, puede afirmarse que los particulares tienen derecho a exigir que los poderes públicos garanticen que no van a ser discriminados a la hora de entrar en el local por razones de raza, por ejemplo (69). ¿Qué debe hacer el juez al que se

(65) Esta argumentación es extensible a los casos en los que un sujeto es responsable civilmente ex. art. 1902 CC en unas cuantías tales que se tiene la certeza de que nunca podrá pagar la indemnización debida y, de exigírsele, estaría condenado al «salario mínimo» durante toda su vida; v. al respecto *infra*, IV.1 *in fine*.

(66) Por ejemplo, limitar el nivel de endeudamiento del patrimonio de menores, limitar la responsabilidad del menor al patrimonio que poseyeran en el momento de alcanzar la mayoría de edad, hacer responder a los padres por el exceso de deudas sobre dicho patrimonio, o exigir la autorización judicial para que el tutor o titular de la patria potestad pueda endeudar al menor, etc.

(67) Como se deduce del texto, las amplias posibilidades de desarrollo judicial del Derecho reducen notablemente la necesidad de la intervención del legislador. Los jueces pueden «reponer en su derecho» al demandante, bien recurriendo a cláusulas generales (por ejemplo afirmando que una cláusula contractual es contraria al orden público constitucional) y, por tanto, permaneciendo *formalmente* en el ámbito de la (corrección de la) interpretación (judicial), bien, descubriendo «lagunas ocultas» en el ordenamiento (es decir, la ausencia de restricciones a la aplicación de normas que no tienen en cuenta las diferencias de hecho).

(68) V. al respecto, el Reglamento general de policía de Espectáculos públicos y actividades recreativas, RD 2816/82 de 27 de agosto, art. 58 que reconoce el derecho a participar al público en general y el art. 16 del Estatuto Ordenador de empresas y actividades turísticas privadas (D. 11-1-65); en relación con los casinos, v. el Reglamento de Casinos de Juego (OM 9-1-79).

(69) V. art. 7.2.º *in fine*. Al margen de lo que se argumentará más adelante, alguien que abre un local público afirma su voluntad de contratar, en principio, con cualquiera que acepte sus precios y condiciones de venta. Aunque no puede hablarse de que exista una obligación de contratar (en la medida en que no haya auténticas ofertas), la apertura del local implica, al menos, la renuncia a seleccionar *sobre bases individuales* su clientela (lo que es propio de otras formas de distribución de productos y servicios). En todo caso, carece de relevancia constitucional la prohibición de la entrada en un local público sobre bases distintas de las del art. 14 CE; v. no obstante, STC 73/85 de 14.6 (BOE 17.7) que argumenta, sobre la base de que los casinos no son en-

dirige la persona a la que no han dejado entrar en un local por razón de su raza? Le caben tres opciones. En primer lugar, negar que el titular del establecimiento esté obligado a contratar. En segundo lugar, condenar al titular del establecimiento afirmando que su «negativa a contratar» constituye una actuación que excede los límites de la autonomía privada (ejercicio «anticonstitucional» del derecho a [no] contratar) o, por último, plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la inexistencia de límites a la libertad contractual del empresario. A nuestro juicio, la segunda es la respuesta correcta. Al condenar, el juez está concretando la cláusula general del art. 7.º.2 CC (abuso de derecho) y no necesita esperar al legislador o al Tribunal Constitucional para ello (70). Por tanto, de no hacerlo (porque desestime la demanda) es imputable directamente a su actuación la infracción del derecho fundamental a la tutela. Tampoco debería admitirse por el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad porque el juez podría cubrir la laguna actuando en el ámbito de la interpretación (71).

El supuesto de la sentencia 5/81 de 13.2 (LOECE) puede explicarse en términos similares. Se trataba de determinar los límites de la libertad de cátedra y el conflicto entre ésta y la libertad de enseñanza del titular del centro (privado) en relación con el ideario. Nuevamente, corresponde al legislador dictar una regulación que haga compatibles ambos derechos y, precisamente, lo que se ventilaba en el recurso de inconstitucionalidad era si la regulación legislativa que compatibilizaba dichos derechos —la LOECE— garantizaba (cumplía con el mandato de protección de los derechos fundamentales) los derechos de profesores y titulares de centros docentes. En lo que aquí más interesa, el Tribunal Constitucional afirma que la valoración del legislador es admisible constitucionalmente, pero que eso no excluye que puedan existir conflictos en su aplicación. Consecuentemente, los conflictos a los que diera lugar «la diferencia de criterio entre el titular del centro privado y el profesor que en él presta sus servicios» sobre el ejercicio de la libertad de enseñanza profesional (derivados no de la inconstitucionalidad sino de la *interpretación* de la norma) deberán solventarse ante la jurisdicción competente «y en último término, y en cuanto haya lesión de derechos fundamentales o libertades públicas (ante) este mismo tribunal por la vía de amparo» (72). A nuestro juicio, la argumentación de la mayoría del Tribunal Constitucional es plenamente compartible (73). El Tribunal ha establecido, en primer lugar, que la solución

tidades respecto de las cuales pueda predicarse un derecho ilimitado de libre acceso, lo cual, es más que discutible.

(70) En cuanto a la conclusión, en el mismo sentido, E. ALONSO GARCÍA, RAP 100-102, 1983 I, p. 91-92.

(71) Nuestro planteamiento difiere, por lo tanto, del de J. GARCÍA TORRES, PJ, 10 (1989) p. 29-30. A nuestro juicio, en los supuestos de desarrollo judicial del derecho, corresponde a los tribunales ordinarios delimitar las esferas de ejercicio de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares. Como veremos más adelante, al Tribunal Constitucional no le corresponde tal tarea sino únicamente la de decidir qué delimitaciones efectuadas por los tribunales ordinarios son incompatibles con la Constitución.

(72) V. GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, p. 66.

(73) No hay que lamentar «que la comodidad de las fórmulas circulares haya prevalecido una vez más» GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *ibidem*, p. 67; tampoco es

del conflicto entre particulares (cada uno de ellos amparado en su derecho fundamental) que la ley da es conforme con la Constitución. En segundo lugar, señala que esto no impide que puedan producirse conflictos en el ejercicio de ambos derechos (*rectius*, en la interpretación de la norma legal). Por último afirma, también correctamente, que la solución de dichos conflictos corresponde a los jueces y podrán llegar al amparo si la interpretación de la norma por parte de los tribunales ordinarios, por errónea deviene inconstitucional al implicar desprotección del derecho fundamental del profesor o del titular del centro (74).

7. La concepción que se acaba de exponer se enfrenta a dos objeciones fundamentales, y las dos tienen que ver con la relación entre *Poder Judicial* y *Tribunal Constitucional*. La primera hace referencia a la incompatibilidad de la misma con el art. 44.1 b) LOTC que exige para admitir la protección vía recurso de amparo que la violación «sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso». Aunque esta es una cuestión que afecta exclusivamente al acceso al recurso de amparo (75) y no al «reparto de competencias» entre legislador y jueces, conviene resumir las posiciones de la doctrina sobre el particular dada su influencia para discernir el papel del Tribunal Constitucional en la materia.

A nuestro juicio, no tienen razón quienes afirman que al admitir recursos de amparo contra sentencias que no repusieron en su derecho a un particular, cuyo derecho fundamental fue violado por otro particular, el Tribunal Constitucional se ha «saltado» el tenor literal del art. 44.1 LOTC (76). La jurisprudencia constitucional es básicamente correcta si se interpretan los derechos fundamentales como mandatos de protección (77). Lo que ha hecho el Tribunal Constitucional es una interpretación *conforme con la Constitución* del art. 44.1 b) LOTC (78).

aceptable la crítica de PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 212 («la contradicción entre ambos pronunciamientos resultaba patente»).

(74) V. un supuesto concreto en el recurso de amparo resuelto por la STC 47/85 de 27.3, BOE 19.4. comentada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, RL, 1985 II p. 421 ss.; v. también, SCHWABE, AÖR, 1975 p. 445.

(75) Por todos, ALONSO *Interpretación*, p. 377.

(76) GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO (*Derechos fundamentales*, p. 83; sobre el distinto sentido del recurso de amparo en el caso de actos de órganos ejecutivos y de órganos judiciales, v. ampliamente, PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, pp. 221 ss. A nuestro juicio, no se hace violencia al lenguaje si se afirma, desde el planteamiento que aquí se ha propuesto, que una violación de un derecho fundamental tiene su origen inmediato y directo en un acto u omisión judicial cuando un tribunal, en el marco de un proceso ordinario no garantizar la protección de un derecho fundamental, protección que era un acto debido para dicho órgano por el carácter de mandatos de protección que, según se ha venido exponiendo, tienen los derechos fundamentales (art. 24 CE).

(77) *Contra* GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO *Derechos fundamentales* p. 84; en el sentido del texto, BALLARIN, *RJDC* 1988 p. 301-302.

(78) Así también, PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 218.

En particular, la que resulta de examinarlo de forma coherente con los arts. 53.2 y 24 CE. El art. 53.2 CE otorga el recurso de amparo como medio de tutela de los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 CE (más la objeción de conciencia). Entre dichos derechos se encuentra el derecho a la tutela *judicial* efectiva de dichos derechos. Si esa tutela no se produce (*in procedendo* o *in iudicando*) se infringe el art. 24 CE y procede el amparo (79). Otra solución —afirmando que cuando un tribunal no remedia la violación por un particular del derecho fundamental de otro dicha violación no es imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial a los efectos del art. 44.1 LOTC y consecuentemente no es accionable en amparo conduce, como se ha señalado acertadamente, a resultados absurdos. Así, en un supuesto de conflicto entre derecho al honor y libertad de expresión, un fallo condenatorio podría considerarse como origen inmediato y directo de la violación de la libertad de expresión, mientras un fallo absolutorio no sería sino un acto confirmatorio de la lesión al honor producida por el particular que prefirió las expresiones injuriosas (80). De acuerdo con ello, a las expresiones origen «inmediato y directo» no puede atribuírseles un significado idéntico en los supuestos en los que un órgano judicial revisa la actuación de otro poder público (la administración) y los supuestos en los que el órgano judicial examina la actuación de un particular. Cuando la actuación impugnada es de la administración, no puede imputarse la lesión a la sentencia confirmatoria de dicha actuación, porque en tal caso no cabría amparo más que frente a resoluciones judiciales (81).

8. La segunda objeción se formula afirmando que con la tesis que propugnamos se corre el peligro de que el Tribunal Constitucional se convierta en una instancia de revisión de cualquier decisión judicial, porque, en último extremo, cualquier aplicación errónea del Derecho por los jueces afecta al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)

(79) Así BALLARIN, REDC 1988 p. 304; sobre el significado de la expresión «en su caso» del art. 53.2 CE, v. QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, p. 18; PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional*, pp. 234-235; J.M. BILBAO, «Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo Constitucional» en *Estudios Jurídicos en Memoria de Luis Mateo*, I, Santander, 1993, p. 123 ss. p. 126 (dejar al legislador libertad para configurar el ámbito del recurso).

(80) QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo* p. 92; BALLARIN, REDC 1988 p. 305.

(81) BALLARIN, REDC 1988, p. 304 ss. Podría afirmarse que cuando el tribunal revisa la actuación de la administración está actuando como «tribunal de amparo de primera instancia» siendo su función idéntica a la del Tribunal Constitucional. Así desde la STC 6/81, el recurso de amparo contra los actos definidos en el art. 43 LOTC funciona como vía última instancia jurisdiccional: «en tales supuestos las sentencias judiciales no son el objeto del recurso de amparo, puesto que aunque no estimaron la pretensión ante la vía judicial deducida no son en sí mismas causantes de la lesión» F. TOMÁS y VALIENTE, «Poder judicial y Tribunal Constitucional» en PJ núm. esp. XI, 1989 p. 13 ss. p. 26 citando a PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional*, p. 233.

o a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) o, fuera del recurso de amparo, al derecho de propiedad (art. 33) (82). A nuestro juicio, ese riesgo queda perfectamente limitado, en lo que se refiere a la revisión por el Tribunal Constitucional de la *interpretación de las leyes* realizada por los tribunales, por dos vías (83).

a) En relación con la aplicación de las leyes que articulan la relación entre derechos fundamentales de particulares (Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por ejemplo [(84)], la función del Tribunal Constitucional en el ámbito del recurso de amparo es, inevitablemente, revisora de la interpretación de los tribunales ordinarios (85). Este carácter de «cuarta instancia», sin embargo, queda reducido porque la revisión debe limitarse a comprobar si la interpretación legal (y la solución del conflicto) dada por el tribunal *a quo* es incompatible con la Constitución, de forma análoga a la revisión constitucional del desarrollo *legal* de normas constitucionales. La razón es evidente: la interpretación de las leyes es una labor atribuida «exclusivamente» a los tribunales ordinarios y éstos sólo están sometidos a la ley y a la Constitución (art. 117.1 y 3 CE). Pero, al mismo tiempo —y en esta medida es inevitable la revisión— el Tribunal Constitucional tiene atribuido el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal, para lo cual tiene que interpretar la ley y señalar qué interpretaciones son rechazables (86). Por lo tanto, y como ha señalado la mejor doctrina, la interpretación de la ley por el Tribunal Constitucional de forma vinculante para los tribunales sólo se produce cuando una norma es constitucional *sólo en una de las interpretaciones posibles* (87). Fuera de este supuesto, el Tribu-

(82) V. QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, p. 97 y ss. con ejemplos; PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, 229 *in fine*; MEDICUS, AcP, 192 (1992) p. 48.

(83) Respecto a la revisión de los hechos, v. QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, p. 98.

(84) LO 1/82 de 5.5. También las normas que desarrollan el derecho de huelga o el derecho de asociación.

(85) V. STC 197/91 de 17.10 (BJC 127 [1991] p. 90 ss.); 105/90 de 6.6. (BJC 111[1990] p. 71 ss.) BALLARIN, REDC 1988 p. 304 ss., con otros ejemplos; PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, p. 232 con más indicaciones doctrinales.

(86) F. RUBIO LORENTE «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional» REDC 4 (1982) p. 35 ss. pp. 46-47) quien recuerda una cita de Kelsen (*Teoría General del Estado* p. 306): «la Constitución prohíbe que las leyes tengan cierto contenido y ordena que posean tal otro, de modo que la ley es ejecución de la constitución de la misma manera que la sentencia es ejecución de la ley» Con ello se reduce la eficacia de la objeción de GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, p. 83 en el sentido de acusar al Tribunal Constitucional de no haberse querido privar del poder de reaccionar contra las que a su juicio pudieran ser interpretaciones erróneas o lesivas de los órganos del poder judicial.

nal Constitucional debe respetar la potestad de los jueces para interpretar la ley del mismo modo que debe respetar las diferentes «interpretaciones» de la Constitución que el legislador realiza sobre la base de opciones políticas, al menos en lo que se refiere a la revisión de la valoración de los derechos de los particulares en conflicto (88). De todo lo cual se sigue que antes de «casar» la interpretación de la ley llevada a cabo por los jueces, el Tribunal Constitucional debe justificar suficientemente que si tal interpretación se encontrara expresamente establecida en una norma legal, sería inconstitucional y no sólo que hay otra interpretación más acorde con la Constitución (89). En otro caso, el Tribunal Constitucional se estaría convirtiendo en el legislador y Tribunal Supremo en materia de derechos fundamentales (90).

Juzgamos atinada, en este sentido, la STC 136/90 de 19.7 (BJC 111[1990] p. 228 ss.) donde, en relación con un delito de injurias, se revisa la decisión

(87) RUBIO LLORENTE, REDC 4 (1982) pp. 53-54.

(88) Dada la atribución exclusiva a los jueces de la interpretación de las normas, no hay razón alguna para que el Tribunal Constitucional sea más respetuoso con el legislador (sentencias interpretativas, interpretación en el sentido más favorable a la constitucionalidad de la norma, presunción de constitucionalidad de la norma) que con los jueces. *Contra*, atribuyendo un papel excesivamente amplio, a nuestro juicio, al Tribunal Constitucional, PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, p. 236-237. Tampoco estamos de acuerdo, por tanto, con la opinión de GARCÍA TORRES (PJ 10 [1989] p. 28-29) cuando exige que «si la decisión de conceder *Drittwirkung* a los derechos fundamentales la adopta el Tribunal Constitucional, nuestra tesis es que debe fundamentar explícitamente esta opción y no sostenerla con la finta del déficit de protección judicial». A nuestro juicio, el Tribunal Constitucional no es competente para realizar la valoración de los derechos fundamentales en conflicto que implica *de facto* la protección de derechos frente a otro particular. Tal valoración, como se ha mantenido en el texto corresponde al legislador y a los tribunales ordinarios. La función del Tribunal Constitucional se limita a comprobar que las valoraciones del legislador y de los tribunales son compatibles con la Constitución.

(89) Como el propio Tribunal Constitucional señaló en relación con el legislador, no es su función comprobar si la interpretación de la ley hecha por el Tribunal *a quo* es la más acertada o la más conveniente políticamente, *ni tampoco la más acorde con la Constitución*, «lo cual entrañaría juicios de valor o de preferencia» en los que el Tribunal no puede entrar (STC 53/82 de 22.7 FJ 3. En sentido parecido, BILBAO, *Estudios Mateo*, I p. 175: «los esfuerzos del Tribunal Constitucional deberían centrarse, por tanto, en el control de la legitimidad constitucional de las interpretaciones que los órganos judiciales hacen de los derechos fundamentales, depurando sólo aquéllas que considere inadmisibles *ex Constitutione*»).

(90) Sobre el riesgo de que el TC se convierta así, en el «supremo intérprete constitucional de la ley», v. con más indicaciones, BILBAO, *Estudios Mateo* I, p. 149; posibilidad que, al menos tendencialmente, admite también, RODRÍGUEZ-PINERO, *Justicia constitucional*, p. 434 donde se afirma que es función del Tribunal constitucional «precisar y definir el contenido de los derechos fundamentales por la vía del recurso de amparo». A nuestro juicio, la jurisprudencia sobre derechos fundamentales corresponde unificarla al Tribunal Supremo. Nuevamente, no obstante, el control de la constitucionalidad de las sentencias obliga al TC a corregir dicha jurisprudencia cuando la misma implique ponderación de los derechos en conflicto que resulten incompatibles con la Constitución. Nuestra posición es más restrictiva, por tanto, que la de BILBAO, *Estudios Mateo* p. 177 nota 129.

judicial únicamente para examinar si la valoración judicial era incompatible con la Constitución (91). Por el contrario, no nos parece correcta la STC 214/91 de 11.1 (92) —Caso «León Degrelle»— que otorgó el amparo anulando las sentencias judiciales que habían negado la existencia de legitimación activa de una señora que había estado internada en Auschwitz donde murió gaseada toda su familia, para ejercitar acciones en el marco de la ley de protección del honor contra León Degrelle el cual había hecho unas declaraciones antisemitas y racistas y puesto en duda la existencia de las cámaras de gas. El Tribunal Constitucional, al margen de afirmar que los sujetos colectivos pueden ser titulares del derecho al honor, reconoció a la demandante su derecho al honor en lugar de limitarse (como propusieron el voto particular y el ministerio fiscal) a obligar al Tribunal Supremo a admitir la legitimación activa y a que examinase el problema (sólo) desde el ángulo del conflicto entre ambos bienes pero partiendo de la existencia de un sujeto legitimado ofendido en su honor (93). Si de lo que se trata es de dar la posibilidad al tribunal de corregir la falta de protección, nos permitimos dudar de que la motivación del Tribunal Supremo hubiera sido la misma si no tuviera posibilidad de utilizar el argumento de la falta de legitimación activa de la demandante. Con su decisión, el Constitucional sustituyó a los tribunales en la interpretación de la LO 1/82 en lugar de limitarse a comprobar si la interpretación de la misma hecha por los tribunales era constitucionalmente admisible. El Tribunal Constitucional reconoce el problema y en el FJ 6 admite que «tal ponderación (entre libertad de expresión y derecho al honor) ha de hacerla, en principio, el órgano jurisdiccional... (pero) corresponde a este Tribunal revisar la adecuación de la ponderación realizada por los... Tribunales ordinarios, con el objeto de determinar si el ejercicio de la libertad reconocido en el art. 20 cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad y se manifiesta o no constitucionalmente legítimo». El razonamiento conduce a que sólo sea admisible

(91) v. también, STC 120/83 de 15.12 (BOE 11-1-84) «debiendo este tribunal aceptar tales criterios porque tiene que respetar y reconocer *el margen de apreciación* de los tribunales ordinarios en el ejercicio de su competencia reconocida en el art. 117.3 CE de modo que sólo en el supuesto de que tal apreciación de legalidad hubiere sido claramente irrazonada podría estimar producida la vulneración»; STC 94/84 de 16.19 (BOE 31.10); STC 88/85 de 19.7 (BOE 14.8); STC 1790/87 de 30.10 (BOE 21.11); STC 6/88 de 21.1 (BOE 5.2); STC 184/92 de 16.11 (BOE 18.12). En tales casos, como veremos, el problema no estriba en haber realizado una interpretación inconstitucional de un precepto, sino en haber actuado arbitrariamente en contra de lo dispuesto en los arts. 9.1 y 24 CE; v. también, BILBAO, *Estudios Mateo*, I, p. 140 ss. y p. 167 ss. reflejando un cambio de criterio del Tribunal según el cual, en un principio habría controlado exclusivamente la existencia de una ponderación entre los derechos en conflicto en la sentencia recurrida en amparo para pasar, a partir de 1989, STC 105/89 de 6.6. —caso «J.M. García»— a revisar la ponderación hecha por el tribunal ordinario. Como hemos señalado, a nuestro juicio, el TC debe revisar la ponderación, pero sólo «casarla» cuando sea *incompatible* con la Constitución.

(92) BJC 128 [1991] p. 24 ss.

(93) Aún cuando la argumentación técnica del Tribunal Constitucional se basa en que la legitimación activa era una cuestión de fondo y en que el Tribunal Supremo había valorado el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor (FJ 5). Todo ello al margen de lo discutible de afirmar que los pueblos tienen un honor jurídicamente protegido.

constitucionalmente una valoración concreta del conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor. A nuestro juicio, la argumentación del Supremo, haciendo prevalecer la libertad de expresión, era discutible pero, perfectamente admisible constitucionalmente (94).

Discutible es también la STC 231/88 de 2 de diciembre (BOE 23-12-88), —Caso «Paquirri»—. El Tribunal Constitucional revocó una decisión del Tribunal Supremo en la que se determinaba que no había vulneración del derecho a la intimidad en la comercialización de un video en el que aparecía el torero en la enfermería. El Tribunal Constitucional consideró que la interpretación del art. 8 LO 1/82 era errónea (95). A nuestro juicio, el problema carecía de relevancia constitucional.

b) Fuera de este tipo de normas, el riesgo de convertir el recurso de amparo en una nueva instancia de revisión de la interpretación legal realizada por los tribunales se reduce a través de la doctrina constitucional sobre el valor del precedente en caso de de *decisiones judiciales contradictorias* (96). El Tribunal Constitucional contempla únicamente las «situaciones en que resoluciones coetaneas o sucesivas de un mismo órgano jurisdiccional (97), en supuestos sustancialmente idénticos, tienen sentidos distintos. En estos casos el Tribunal llega a las siguientes consecuencias: la decisión que se separa del criterio de la

(94) El razonamiento del Tribunal Constitucional es, en efecto, escasamente liberal. La libertad (sobre todo la de expresión) no ha de ejercitarse «proporcionadamente» y su ejercicio no puede ser «legítimo» o no. Lo que cabe es, simplemente, limitarlo *porque colisiona* con otro derecho, pero *sólo para proteger ese derecho*. Por lo tanto, lo que debió discutirse no es si el señor Degrelle se había excedido en el ejercicio de la libertad de expresión, sino si al rechazar la demanda, los tribunales no habían protegido en su honor a la señora Friedmann. El Tribunal Supremo denegó la pretensión, precisamente porque consideró que las manifestaciones del primero (odiosas por lo demás) no habían ofendido el honor de la demandante, probablemente porque no eran un ataque personal contra ella. Para una crítica en cierta medida similar, F. SANTAOLALLA, «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre libertad de expresión. Una valoración» RAP 128 (1992) p. 185 ss., p. 199.

(95) Es dudoso que la valoración del Tribunal Supremo haciendo prevalecer la libertad de expresión fuera inconstitucional. V. el voto particular, con argumentos que aunque no convencieran a la mayoría de que la decisión del Supremo no era errónea, debieron haberle convencido de que no era inconstitucional. En particular el de la previa difusión de las imágenes por televisión e *in fine* «no corresponde a este Tribunal revisar si es correcta o no la... (interpretación del art. 8 LO 1/82)... en la que se apoya la sentencia recurrida. V. otros supuestos de «activismo» constitucional frente al poder judicial en BILBAO, *Estudios Mateo* I, p. 169 ss. esp. nota 116.

(96) Sobre este extremo v. A. OLLERO, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, 1989; J. A. XIOL RÍOS, «El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal constitucional» PJ núm. 3 (1986) p. 25 ss. a quien seguimos en la exposición de la doctrina del TC; también puede verse E. ROCA, «Principio de igualdad y aplicación de la ley» en VARIOS, *Introducción a los derechos fundamentales* (X Jornadas D.G.Serv.Jur. Estado), Madrid, 1988 II p. 989 ss.; I. DE OTTO, *Derecho constitucional*, pp. 291-292; PÉREZ TREMPAS, *Tribunal Constitucional*, p. 229 ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, pp. 196 ss.; BILBAO, *Estudios Mateo*, I, p. 155 ss.

(97) Por tanto, la exigencia de coherencia (no contradicción) se aplica al órgano y no al juez individual v. STC 161/89 de 16.10 BOE 7.11; una sección de una audiencia se considera tribunal independiente, v. STC 134/91 de 17.6 BOE 8.7.

anterior, o de la coetanea, debe contener una motivación del cambio de criterio; esto es una *exigencia del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* (arts. 9.3 y 24 CE) y, por lo tanto, se funda en el derecho a la tutela judicial efectiva y no en el principio de igualdad (98). Esta doctrina tampoco consagra el principio de vinculación al propio precedente, por cuanto el tribunal puede cambiar de opinión. Lo único que exige el Tribunal Constitucional es que dicho cambio sea fundamentado razonablemente (99). La estimación del amparo no se extiende a los casos de contradicción entre resoluciones judiciales de *distintos* órganos. El Tribunal Constitucional señala que «en este caso, la... independencia de los órganos judiciales exige afirmar que el restablecimiento de la igualdad corresponde exclusivamente a los órganos superiores o supremos por vía de los recursos ordinarios y extraordinarios» (100).

IV. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

1. La cuestión más difícil de resolver consiste en determinar los efectos concretos que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales tiene sobre las relaciones entre particulares. Es decir, desde el planteamiento que aquí se ha propuesto, la tarea que está por hacer estriba en señalar los criterios que permitan determinar en cada caso concreto si los poderes públicos han de intervenir en una relación entre dos particulares o han de abstenerse de hacerlo por exigencias, en ambos casos, de su vinculación a los derechos fundamentales. De la propia formulación de la cuestión se

(98) Como nos ha recordado el prof. Pantaleón; *contra*, XIOL, PJ, 1986, p. 26; REQUEJO, REDC 24 (1990) p. 232; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 201; v. también STC 161/89 de 16.10 y STC 69/91 de 8.4 (BJC 121 [1991] p. 24 ss.): «No es conforme con el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley que un tribunal modifique sin razones para ello el criterio anteriormente seguido para la interpretación y aplicación de un precepto»; v. no obstante, cómo —de hecho— los requisitos establecidos por el Tribunal se corresponden mejor con la idea de interdicción de arbitrariedad que con la idea de igualdad; las referencias pueden verse en BILBAO, *Estudios Mateo*, p. 155-156.

(99) V. REQUEJO, REDC 24 (1990) p. 233 que recoge en p. 234 la STC 120/87 en cuyo fundamento jurídico 2 se reproduce esta doctrina v., también, la jurisprudencia citada en la nota anterior.

(100) V. XIOL, PJ 3 (1986) p. 27; REQUEJO, REDC 24 (1990) pp. 230-231; en todo caso el Tribunal Constitucional exige para evitar la tacha de contradicción, no sólo que la nueva postura del órgano sea razonable, sino que venga justificada la diferencia de modo *suficiente*; v., STC 161/89 de 16.10 BOE 7.11. y STC 200/89 de 30.11 BOE de 5.1; STC 201/91 de 28.10 (BJC 127[1991] p. 107 ss.); 202/91 de 28.10 (BJC 127 [1991] p. 112 ss.) entre muchas.

deduce ya que para avanzar en la respuesta es necesario distinguir entre la regulación de dichas relaciones *por el legislador*, (y demás poderes públicos, *infra*, 2 ss.) y la regulación de sus relaciones *por los propios particulares* en el ejercicio de la autonomía privada (*infra* V).

2. El primer grupo de problemas son problemas de control de constitucionalidad de normas legales o interpretaciones judiciales y ya han sido expuestos en el apartado anterior. Ahora debe añadirse sólo que se trata básicamente bien de las relaciones *extracontractuales* (101), es decir, de ámbitos donde no existe habitualmente regulación autónomo-privada porque los costes de regular mediante acuerdo entre las partes dichas relaciones son absolutamente prohibitivos (102) (*infra* 3); bien de la regulación *dispositiva* (incluyendo los usos y el desarrollo judicial del derecho) de las relaciones contractuales (*infra* 4). Como hemos señalado anteriormente, la regulación legal de tales relaciones es un acto de los poderes públicos, sometido, por tanto, a los derechos fundamentales. Esto significa que, nuevamente, podrá tacharse de inconstitucional cualquier regulación de relaciones entre particulares que no delimite adecuadamente los intereses de una y otra parte, o que, para salvaguardar el derecho de una de las partes, limite desproporcionadamente el derecho de la otra. Por lo tanto, la regulación de las relaciones entre particulares en las que aparezcan involucrados derechos fundamentales constituye, simplemente, un problema de valoración entre los derechos en conflicto que garantice el contenido esencial de ambos (103).

3. Los supuestos de relaciones extracontractuales conflictivas precisamente porque están en juego derechos fundamentales por am-

(101) Y relaciones familiares, donde la autonomía privada tiene un rol más secundario debido a la presencia de los menores de edad y al carácter fundamentalmente personal y no patrimonial de dichas relaciones.

(102) Una idea de los costes de tal regulación nos la da el supuesto del conductor de automóvil que regulase anticipadamente las consecuencias de un atropello con todas y cada una de las potenciales víctimas. Esta es la perspectiva que adopta el análisis económico del Derecho para las relaciones extracontractuales; v. C. PAZ-ARES, «La economía política como jurisprudencia racional», ADC 1981 p. 601 ss., esp. pp. 654 ss.; G. CALABRESI, *El coste de los accidentes*, Barcelona 1988 *passim*. En la medida en que pueda existir regulación autónomo-privada (p. ej. la garantía del fabricante a todos los que adquieran [de un revendedor] su producto), el problema se plantea en idénticos términos a lo que se expondrá a continuación.

(103) Como es sabido, cuando —en unas circunstancias determinadas— se produce una colisión entre dos principios, como sucede en estos casos, la solución pasa por hacer prevalecer uno de ellos sobre el otro, valoración que puede ser la contraria si las circunstancias en las que se ha producido la colisión varían. La preferencia se determina de acuerdo con el «peso» de cada uno de los dos principios. Como consecuencia de la valoración, el tribunal llega al establecimiento de una regla; v., ampliamente, ALONSO, *Interpretación*, p. 413 ss.; sobre la valoración y la diferencia entre normas-principio y normas-regla, v. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 75-76.

bas partes son innumerables. Sólo cuando se producen de modo típico —como sucede con la relación entre el derecho al honor y la intimidad y la libertad de expresión— son regulados legalmente (LO 1/82 de protección civil al honor) remitiéndose el resto de los conflictos a la concreción judicial —fundamentalmente— del art. 1902 CC. Veamos algunos ejemplos de la necesidad de valorar equilibradamente los derechos en conflicto.

a) Conflictos entre derecho de propiedad y otros derechos como libertad de expresión, de reunión, etc., se producen en los casos en que el propietario de un centro comercial privado desea impedir que otro particular distribuya propaganda política o se reúna dentro del establecimiento al que no sólo tiene libre acceso el público, sino que incluso existe una «invitación» a entrar (104). En la valoración de si debe prevalecer el derecho de propiedad o la libertad de expresión, parece tener gran importancia el carácter de «subrogado» de un foro público que estos centros comerciales poseen en la actualidad (lo que permite distinguir estos centros de sedes de empresas u oficinas en general); el efecto que dichas actividades tengan sobre los intereses económicos del propietario, la mayor o menor compatibilidad de dicha actividad con la actividad comercial, etc.

b) Un ejemplo límite de estas valoraciones se encuentra en algunos supuestos de *responsabilidad extracontractual con consecuencias extremadamente onerosas para el obligado*, del que es un supuesto específico los límites a la embargabilidad (105). La sustracción de determinados bienes o derechos a la posibilidad de embargo limita el derecho a la tutela judicial efectiva de los acreedores en cuanto parte del patrimonio de su deudor no puede ser ejecutado para el pago de la deuda, siendo así que el derecho a la tutela judicial comprende el derecho a poder ejecutar (art. 24 CE). Esta limitación se justifica por el respecto a la dignidad humana, protección de la familia etc., es decir, por ciertos derechos fundamentales de los deudores. El Tribunal Constitucional declaró, sin embargo, que la inembargabilidad debía limitarse al salario mínimo interprofesional y que era inconstitucional la normativa que declaraba inembargables las pensiones de la seguridad social calificando la norma de *desproporcionada*, porque limitaba en exceso el derecho a la tutela judicial de los acreedores al no tener en cuenta la cuantía de la pensión para declarar su inembargabilidad. La limitación de tal de-

(104) Los «*shopping mall cases*» se han multiplicado en los últimos años en la jurisprudencia americana, que tiende a resolverlos tal como aquí se ha señalado, mediante una valoración equilibrada del derecho de propiedad y de la libertad de expresión: v., con más indicaciones, FRIESEN, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 17 (1989) p. 113, nota 4 y pp. 131 ss. donde se recogen los criterios expuestos en el texto.

(105) STC 138/89 y 140/89 de 20.7 BJC 100-101 (1989) p. 1356 ss. respecto a la embargabilidad de las pensiones de la seguridad social; respecto a la constitucionalidad de la inembargabilidad del salario mínimo interprofesional v. STC 113/89 22.6 BOE 29.7.

recho sólo venía justificada en el mínimo existencial, fundamento de la inembargabilidad (106).

Los límites al principio de responsabilidad universal (art. 1911 CC) constituyen, sin embargo, un problema más amplio, puesto que —como lo demuestra el ejemplo extraído de la jurisprudencia alemana (v. *supra* III.4) en relación con la responsabilidad del patrimonio futuro del menor por las deudas contraídas en su nombre por sus representantes legales— pueden condenar, en la práctica, a una persona a vivir en los límites del salario mínimo durante el resto de su vida. La discusión se inició en Alemania a raíz de la condena a unos jóvenes que, culposamente, quemaron un polideportivo, al pago a la compañía de seguros que había indemnizado a su vez los daños de una cantidad de varios millones de marcos (107). Un sector de la doctrina alemana considera que el problema es resoluble en algunos supuestos sobre la base de una interpretación «constitucional» de la prohibición de abuso de derecho (art. 7.2 CC) mientras que en otros la intervención del legislador es imprescindible (108).

4. En el ámbito de las relaciones contractuales, la primera función que corresponde a los poderes públicos consiste en auxiliar a la autonomía privada dictando *normas de derecho dispositivo*, es decir, normas que determinan las consecuencias de un contrato para el caso de que los propios particulares no las hayan establecido. En esta tarea, los poderes públicos deben establecer una adecuada delimitación de los derechos de una y otra parte cuando estén en juego derechos fundamentales. Estos límites constitucionales juegan, no sólo respecto a las normas *legales* dispositivas, sino también a los usos y al llamado desarrollo judicial del Derecho (109), lo que se comprende fácilmente si se tiene en cuenta que estas dos últimas fuentes de integración contractual constituyen fuentes *normativas heterónomas*, es decir, no son producto de la autonomía privada sino que tienen su origen en otras fuen-

(106) Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en la STC 140/89 citada, el argumento fundamental del Tribunal Constitucional para afirmar la inconstitucionalidad del art. 22.1 TRLGSS fue el hecho de que estableciera una regulación diferente a la prevista con carácter general sobre la cuantía de los bienes inembargables por el art. 1449.2 LEC y el art. 27.2 Estatuto de los Trabajadores.

(107) MEDICUS, AcP 192 (1992) p. 41; v. también, D. MEDICUS, AcP 188 (1988) p. 490 con más indicaciones en nota 1.

(108) CANARIS, JZ 1987, pp. 1001-1002 con un análisis detallado. v. también, ZIP, 1989 p. 823 s. Debe tenerse en cuenta que nuestro TS ha limitado la cuantía de la indemnización en supuestos de este tipo aplicando a casos de responsabilidad extracontractual la norma del art. 1103 CC: v. referencias en F. PANTALEÓN, *Comentario al Código Civil del Ministerio de Justicia*, II, Madrid 1991 art. 1902, IX.1 pp. 1998-99, quien ha señalado que en la valoración equilibrada de los derechos en conflicto resulta de extrema importancia tener en cuenta quién es el reclamante (la víctima o la compañía aseguradora subrogada frente al dañante ex art. 43 LCS) y la situación en la que quedaría la víctima si se limita la responsabilidad del dañante.

(109) A partir de la integración contractual *ex bonae fidei*, por ejemplo. V. STC 88/85 de 19.7. Las normas «creadas» por los jueces en el marco del desarrollo judicial del Derecho están sometidas a los mismos límites que el Derecho de origen legal, CANARIS, AcP 184 (1984) p. 210 ss. p. 212; v., más ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 450 ss.

tes de autoridad. Consecuentemente han de ser valoradas conforme a los mismos criterios que las normas de origen legal. En todo caso, y como venimos repitiendo, no puede considerarse inconstitucional una regulación por el mero hecho de que fuera posible garantizar un mayor nivel de protección sino únicamente si se ha infringido el mandato de garantizar el contenido esencial del derecho (110).

a) En relación con la constitucionalidad de los *usos*, un ejemplo extraño de la jurisprudencia constitucional permitirá aclarar lo expuesto. Un camarero decide dejarse barba. Su empleador le ordena afeitarse y ante la reiterada negativa del trabajador le sanciona por dos veces con suspensión de empleo y sueldo. Finalmente lo despide. El trabajador, tras infructuosas demandas ante la jurisdicción laboral, recurre en amparo sosteniendo que el artículo 18.1 CE (derecho a la intimidad y a la propia imagen) amparaba su decisión de dejarse barba frente al ejercicio del poder disciplinario del empresario (111). La decisión del órgano judicial de no reconocer al camarero su derecho a la propia imagen (poder llevar barba) no es reprochable porque aplicó un uso local en tal sentido (112). El uso no es reprochable (por tanto, tampoco hay una infracción del derecho a la tutela por parte del juez al reconocer la validez del uso) porque supone una regulación equilibrada (aunque no sea la única posible ni tal vez la más equilibrada) entre el derecho del empresario a organizar su establecimiento como tenga por conveniente y el derecho del barman a su propia imagen. Obsérvese que el uso debe equipararse a una regulación de derecho dispositivo, por lo que el legislador (*rectius*, el juez que controla la legalidad del uso) debe promulgar una regulación que valore equilibradamente los intereses legítimos — de acuerdo con la Constitución — de ambas partes. Y es esta valoración (reflejada en el uso) la que ha de someterse a escrutinio desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales (113). Probablemente, la regulación usual (en la que se ampara la actuación del empresario) pasará el examen constitucional si la limitación del derecho del trabajador se justifica por algún interés empresarial de modo que pueda afirmarse que *ex*

(110) En este sentido, CANARIS, JuS, 1989 p. 163; H. D. JARASS, «*Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*» AÖR 110 (1985) p. 383; también, MEDICUS, AcP 192 (1992) p. 55 quien advierte que si se niega este ámbito de configuración al legislador, la tendencia expansiva de los derechos fundamentales y la obligación del legislador de actuar en determinados casos (v. *infra*) llevaría a que las decisiones políticas esenciales «no las tomara el legislador ordinario sino el (*selbstverantwortlich*) Tribunal Constitucional a través de la interpretación de los derechos fundamentales» p. 55. criticando que se procede así en algunas decisiones del BVerG aun cuando formalmente se afirme la libertad de configuración del legislador. p. 56; entre nosotros, v. QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, pp. 52 ss.

(111) STC 170/87 de 30.10 (BOE 21,11), v. al respecto, GARCÍA TORRES, PJ, 10 (1989) p. 30.

(112) Existía tal uso para los empleados que estuvieran en contacto con los clientes, GARCÍA TORRES, PJ, 10 (1989) p. 30, uso que se justifica por la impresión de falta de pulcritud que podría causar en los clientes la barba, etc.

(113) V. *supra* III.3.

ante, trabajador y empresario, hubieran aceptado una regulación así. Estos criterios son aplicables a todos los casos de «aspecto externo» en los que decidir si hay obligación por parte del trabajador o no de conservar una cierta apariencia externa. Por tanto, habrá de examinarse en estos términos, por ejemplo, si el uso según el cual, los conductores de autobuses visten uniforme constituye una regulación que no garantiza el mínimo de protección al derecho a la propia imagen que se deriva del reconocimiento constitucional del derecho o no (114).

b) Respecto a la «constitucionalidad» de la integración contractual realizada por los jueces *ex bonae fidei*, pueden servir de ejemplo los supuestos decididos en la STC 47/85 de 27.3 y STS 30-10-78 en los que dos trabajadores pretenden una modificación del contrato de trabajo alegando motivos religiosos en el primer caso y objeción de conciencia a la fabricación de armas en el segundo. Ni el contrato ni el convenio colectivo ni la ley ni los usos contienen una regulación que prevea si se modificará o no el contrato en tales circunstancias. Corresponde, pues, al juez dar una regla para resolver el conflicto de acuerdo con el art. 1258 CC. El principio general es que los contratos han de cumplirse en sus propios términos y que sólo pueden modificarse de mutuo acuerdo. La buena fe, sin embargo, puede obligar a una de las partes a aceptar una modificación del mismo propuesta por la otra. La cuestión consiste en determinar si una regla, establecida por los tribunales de instancia, que afirmara que «el art. 1258 CC interpretando de acuerdo con los valores constitucionales impide al empresario exigir el cumplimiento del contrato y obligar a los trabajadores que trabajen en domingo o que fabriquen las armas cuando dicha actividad atenta contra su religión o ideología pero no obliga a que el empresario acepte la correspondiente modificación del contrato de trabajo» es o no inconstitucional. A nuestro juicio, en el primer caso, la regla así expresada desprotege excesivamente el derecho a la libertad religiosa. El mínimo de protección vendría dado por una regla que estableciese que «la buena fe contractual exige al empresario que, siendo serias las convicciones del trabajador, modifique su horario de trabajo si tal modificación no le supone un «gravamen excesivo» (115).

(114) El despido en caso de negativa es procedente (STS 25-6-85); supuestos similares son los de la obligación de observar normas de higiene en el ámbito de la empresa (STS 10-6-88); v. estos casos en S. DEL REY, «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional» en AAVV *Derecho del Trabajo y Constitución*, Madrid, 1992, 41-42 y, GOÑI, *Esfera privada*, p. 59; comp. con los supuestos de análisis de orina obligatorios para trabajadores de ciertas empresas para detectar el consumo de drogas que han sido declarados admisibles por el Tribunal Supremo americano. A nuestro juicio, tales análisis pueden ser fácilmente (si no están justificados) vejatorios y, por lo tanto, no quedar cubiertos por el poder de dirección del empleador (art. 20.3 ET), es decir, el juez que no proteja al trabajador frente a las consecuencias perjudiciales derivadas de su negativa a someterse a tales análisis estaría infringiendo el mandato de protección constitucional, por lo que vendría obligado a calificar de ejercicio abusivo de la potestad de dirección la imposición empresarial del análisis (v. la crítica en Ch. A. REICH, «*The individual sector*» *Yale L. Journal*, 100 [1991] p. 1409, 1425-26).

(115) En este sentido, DEL REY, *Contrato de trabajo* p. 48 donde se examinan,

Fuera del ámbito laboral, constituye también un supuesto de escrutinio constitucional de una regla creada por los jueces ex art. 1258 CC un reciente caso de la jurisprudencia alemana en el que una de las partes de un contrato sobre el cual debía decidir un árbitro exigió que éste se sometiese a pruebas psiquiátricas para determinar su capacidad. El contrato de arbitraje carecía de regulación al respecto. El BGH negó la pretensión del contratante. Canaris afirma que una regulación del supuesto (en vía de interpretación integradora o, mejor, integración) que compatibilizara el derecho del árbitro a no someterse a pruebas de ningún tipo contra su voluntad con el interés del sometido al arbitraje en asegurarse del estado mental de la persona que va a decidir sobre su patrimonio conduciría a otorgar al árbitro un derecho a denunciar el contrato de arbitraje sin indemnizar a las partes pero, eso sí, devolviendo la remuneración (116).

además, otros derechos fundamentales y su efectividad en el marco laboral. Obsérvese que el legislador (pero no el juez) podría establecer una regulación legal de tal conflicto más favorable a la libertad religiosa estableciendo incluso, como sucede en Alemania una prohibición genérica de trabajo en domingo *Sonntagverbot*. Como venimos repitiendo su intervención sólo tendría como límite que al hacerlo «desprotegera» el derecho del empresario por debajo del «contenido esencial». Para una valoración similar, v. GOÑI, *Esfera privada*, pp. 54 y ss., con referencias al Convenio 106 OIT cuyo art. 6.4 recoge una solución en este sentido. Para un caso similar pero en el que la valoración es más clara, v. CANARIS, AcP 184 (1984) p. 239 respecto a 4 días de permiso de un musulmán para asistir a la fiesta religiosa más importante del islám. La distinta valoración se explica, al margen de que se trataba de «cuatro días de asuntos propios» anuales, más bien, porque el empresario sabía que el trabajador era musulmán cuando lo contrató (a diferencia de lo que sucedía en los casos enjuiciados por nuestro TC) y el trabajador era un extranjero escasamente informado (v. las observaciones de CANARIS al respecto).

El conflicto de intereses ha recibido regulación legal en nuestro Derecho en la Ley 26/1992 de 10.11 (BOE 12.11) cuyo art. 12.1 establece que los trabajadores musulmanes podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta horas hasta las dieciséis treinta horas así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta de sol durante el mes de ayuno (Ramadán). Inexplicablemente se supedita dicho derecho al «previo acuerdo de las partes». Y se añade que las horas no trabajadas deberán ser recuperadas sin compensación. Decimos inexplicablemente porque la norma carece de contenido si el empresario puede rechazar la solicitud, ya que no es necesaria una ley para afirmar la validez de un acuerdo semejante. Debe entenderse, pues, que el acuerdo previo significa, simplemente, que la interrupción ha de ser solicitada y negociada pero no que el empresario pueda negarse. En relación con los judíos v. ley 25/1992 de 10.11 (BOE 12) cuyo art. 12 establece una regulación similar respecto al sábado.

(116) CANARIS; JuS 1989 pp. 165-166. .

V. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOBRE LA REGULACIÓN AUTÓNOMA DE LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. PLANTEAMIENTO

1. Los problemas de mayor envergadura se plantean respecto a las relaciones entre particulares reguladas por ellos mismos en el ejercicio de su *autonomía privada* (117). La cuestión se concreta entonces en decidir en qué medida los derechos fundamentales aparecen como *límites a la autonomía privada*. Dado el planteamiento que aquí hemos considerado como más acertado, el problema consiste en determinar cuándo el respeto por los poderes públicos a la autonomía privada conduce a una *desprotección* intolerable de los derechos fundamentales de un particular y, consiguientemente, cabe afirmar que los poderes públicos no han cumplido con el mandato de protección que respecto de tales derechos contiene la Constitución (118). Decidir cuándo se ha cumplido dicho mandato y cuándo no, es una cuestión que no puede resolverse con carácter general. Ahora bien, en la discusión de los grupos de casos es conveniente distinguir los supuestos en los que *alguien limita su propio derecho fundamental* mediante un acto de ejercicio de su libertad individual (porque contrata) de los supuestos en los que el ejercicio de la autonomía privada por un particular *provoca la desprotección en su derecho fundamental de un tercero* (que quiere contratar). Se trata, por lo tanto, de diferenciar entre limitaciones consentidas y limitaciones no consentidas. Utilizando categorías dogmáticas asentadas, la distinción puede ser aprehendida recurriendo a la que se realiza habitualmente entre libertad contractual en sentido estricto —libertad para fijar el contenido de los contratos (*Gestaltungsfreiheit*)— y libertad para contratar o no y para elegir al cocontratante (*Abschlussfreiheit*) (119).

2. Desde la posición de los poderes públicos, en el primer grupo de supuestos (libertad para fijar el contenido de los contratos) el conflicto se plantea entre el derecho fundamental implicado y el derecho a disponer de la propia esfera jurídica, además, naturalmente del interés de la otra parte en el mantenimiento de la validez del pacto. Como se ha señalado ya, es muy frecuente que los particulares consientan en

(117) Entendida como «poder de autodeterminación de la persona» o «esfera de libertad de la persona para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen»; v. por todos, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 11.

(118) Este planteamiento es el propuesto, como venimos señalando, por CANARIS, AcP 184 (1984) pp. 225 ss. Debe reiterarse aquí que los particulares al autorregular sus relaciones no han de respetar —como han de hacerlo los poderes públicos— su «contenido esencial».

(119) V., por todos, W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín-N.York, 1979 p. 12.

restringir o limitar sus derechos fundamentales por contrato (por ejemplo, el pacto por el que un arrendatario renuncia a contraer matrimonio mientras dure el arrendamiento). Cuando el contratante niega la validez del pacto (por él consentido) limitativo de su derecho fundamental en realidad está alegando que el ordenamiento no debe permitirle limitar mediante actos de la autonomía privada sus propios derechos; alega que él no tiene derecho a autolimitar su derecho fundamental (*regla de la irrenunciabilidad o de la inalienabilidad* del derecho). Para el Derecho Privado, el conflicto entre un derecho y el derecho a limitarlo o suprimirlo por la propia voluntad es un problema de *límites a la renunciabilidad y a la disponibilidad de los derechos*, límites que, de acuerdo con los arts. 6.2 y 1255 CC, se encuentran en el interés y el *orden público* (*infra* V).

Los partidarios de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales tienden a realizar un balance entre, por ejemplo, el derecho del arrendador a usar de su propiedad como tenga por conveniente (arrendando sólo a solteros) y el derecho del arrendatario a contraer matrimonio, con lo que la tentación de resolver el conflicto en favor del segundo (mayor rango de los derechos personales frente a los patrimoniales) es muy grande. Esta valoración, sin embargo, es errónea porque concibe los acuerdos entre particulares («el arrendatario no podrá contraer matrimonio») como si fueran un acto de un poder público y no tiene en cuenta que, además de ambos derechos, hay otro derecho en juego: el que proclama o garantiza la libertad del arrendador y del arrendatario para disponer de su esfera jurídica como tenga por conveniente, libertad para autovincularse que, —como venimos repitiendo— se halla estrechamente conectada con la dignidad humana (art. 10.1 CE) (120).

En definitiva, el problema consiste en decidir en qué medida el consentimiento del afectado excluye la «inconstitucionalidad» de la autorregulación privada o, en otras palabras, en qué medida el consentimiento es *autoprotección* suficiente y, por lo tanto, el mandato de protección de los derechos fundamentales que implica su reconocimiento constitucional queda suficientemente cumplido si los poderes públicos garantizan la realidad de dicho consentimiento (121).

3. En el segundo supuesto, es decir, cuando se trata de decidir si el ejercicio por parte de una persona de su libertad para contratar o no y para seleccionar a su cocontratante (o, en general, el tipo de personas con las que se entablan relaciones negociales) puede limitarse en atención a los derechos fundamentales del afectado por tal decisión, el problema —considerado desde la función de los derechos fundamentales como mandatos de protección— es decidir sobre los límites al ejercicio de un derecho. En el ámbito de los límites genéricos a la autonomía

(120) Para un apunte en este sentido, aunque afirmando la *Drittwirkung* del principio de no discriminación, RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 270; GOÑI, *Esfera privada*, p. 44.

(121) V. CANARIS, AcP 184 (1984) p. 228.

privada, el instrumento técnico para tal fin es la *prohibición del ejercicio abusivo o antisocial de los derechos* (art. 7.2 CC, *infra* VI).

4. La distinción es especialmente útil en el plano de las consecuencias jurídicas donde son diferentes los modos en los que los poderes públicos han de «reponer en su derecho» al particular que ha de ser protegido. En el caso de las cláusulas contractuales que limitan o suprimen derechos fundamentales de uno de los contratantes, la forma de reponer al contratante en su derecho es, básicamente, la declaración de ineficacia (en el sentido más amplio) de la cláusula correspondiente. Por el contrario, en el supuesto del abuso de la libertad para contratar y para elegir al cocontratante, la forma de reponer en su derecho al perjudicado consiste, básicamente (aunque no sólo), en *obligar al infractor a contratar* en las condiciones habituales.

5. La distinción expuesta puede ser objetada afirmando que, en realidad, los supuestos de negativa a contratar que afectan a derechos fundamentales del rechazado o discriminado, no deberían tratarse aquí puesto que son supuestos de *relaciones extracontractuales* (122) y los problemas que se plantean son idénticos a los expuestos en apartados anteriores: regulación legal de dichas relaciones de acuerdo con una valoración equilibrada de los derechos en conflicto. Su tratamiento aquí, junto a los supuestos de límites a la validez de los pactos contractuales limitativos de derechos fundamentales está, no obstante, justificado fundamentalmente porque *los criterios de valoración para decidir cuándo es necesario limitar la autonomía privada en ambos casos son los mismos*. Los límites a la actuación individual impuesta por el reconocimiento de los derechos fundamentales no son, en efecto, de diferente intensidad en uno u otro caso. De hecho, todos los supuestos de cláusulas contractuales que limitan o suprimen derechos fundamentales (p. ej. la cláusula de prohibición de contraer matrimonio en el arrendamiento) pueden ser concebidos igualmente como supuestos de negativa a contratar (negativa a contratar con personas casadas) (123). Por tanto, una negativa a contratar será inconstitucional si la razón en la que se funda, de estar incluida en el contrato, provocaría la nulidad de la cláusula correspondiente y, viceversa, una cláusula contractual será nula si, alegada como justificación de la negativa a contratar, resultase inaceptable. Como tendremos ocasión de comprobar inmediatamente, el criterio de valoración que permite con-

(122) Así, en los ordenamientos que carecen de una norma equivalente a nuestro art. 7.2 CC, la obligación de contratar se impone como una forma de indemnización de los daños y perjuicios derivados del ejercicio abusivo del derecho (por tanto, ex art. —equivalente— 1902 CC), v., por todos, W. KILLIAN, «*Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem*» AcP 180 (1980) pp. 47-83.

(123) Como nos ha señalado F. PANTALEÓN. La afirmación es más evidente aún en el caso de las cláusulas estatutarias de una asociación referidas a los criterios para la selección de los nuevos miembros de la asociación.

cretar el orden público en un caso y afirmar el carácter «antisocial» del ejercicio del derecho en el caso de las negativas a contratar es la *incompatibilidad de la cláusula contractual o de la negativa a contratar con un sistema jurídico fundado en el respeto (y la protección) a la dignidad humana*.

VI. LÍMITES A LA LIBERTAD DE PACTOS COMO CONSECUENCIA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1. De acuerdo con el planteamiento expuesto en el apartado anterior, se trata de determinar cuándo está justificado, desde la perspectiva constitucional, que el legislador de Derecho privado no se limite a dictar normas de Derecho dispositivo cuando regula relaciones contractuales sino que establezca *normas imperativas*, que impiden a las partes decidir sobre sus bienes personales y patrimoniales como tengan por conveniente. Tales límites se justifican por muy diversas razones (124). Dado que se trata de decidir en qué medida puede un contratante limitar sus derechos fundamentales por contrato, aquí nos interesan las normas imperativas que se dictan *para proteger a una de las partes de la relación*. Si el legislador se siente obligado a intervenir para proteger a alguien de sí mismo es, lógicamente porque considera que al autolimitar de esa forma sus derechos, el particular *no actuó libremente debido a un defectuoso funcionamiento de la libertad contractual* («poder de mercado»; «defectos de información»; imposibilidad de una decisión reflexiva, etc.) (*infra* 2); o bien, menos frecuentemente, porque cree conocer mejor que esa misma persona cuáles son sus intereses (*infra* 3 ss.).

2. La renuncia o limitación de derechos fundamentales por contrato no es válida en los supuestos en los que *típicamente*, el «mecanismo contractual» que garantiza la «justicia» (*volenti non fit iniuria*) del contenido de los contratos no funciona correctamente (125). Decidir

(124) Bien para proteger *intereses públicos* (bienes públicos, defensa nacional, fiscales...) o de *terceros* afectados por las decisiones de los particulares que ellos no han consentido (Derecho de familia, la regulación de las legítimas (arts. 806 ss. CC) como expresión de una composición entre la libertad de testar y los intereses de la familia y todos los supuestos de contratos con «externalidades» negativas, es decir, que afectan de forma perjudicial a terceros no intervinientes. Nuevamente debe señalarse que el legislador tiene un amplio margen de actuación v. *supra* nota 102.

(125) Decimos «típicamente» porque cuando la inexistencia de libertad contractual se deba a circunstancias que han rodeado la celebración del contrato singular, la protección del contratante es tarea de las normas sobre vicios del consentimiento (arts. 1263 ss. CC); v. ALFARO, *Condiciones generales*, p. 89 ss.

cuándo la libertad contractual no protege a los contratantes no es tarea fácil pero en los términos más escuetos y de acuerdo con lo que hemos señalado anteriormente, podría afirmarse que el mecanismo contractual no funciona correctamente cuando el contratante no tuviera como alternativa razonablemente disponible (a aceptar la limitación de sus derechos contenida en el contrato) la renuncia a contratar dirigiéndose a la competencia (126). Si el particular no actuó libremente, la limitación del derecho contenida en el contrato no está amparada por la libertad contractual, por lo que en estos casos no sólo está justificada la intervención de los poderes públicos, sino que, en la medida en que se vea afectado un derecho constitucional de la parte que no ha podido actuar libremente existe por parte de los poderes públicos un *deber* de intervenir: para el legislador y en caso de inactividad, para el juez en el marco del desarrollo judicial del Derecho y, no siendo posible, recurriendo a la cuestión de inconstitucionalidad según expusimos anteriormente (127). Si no existe una regulación en tal sentido y el juez no ha garantizado la protección en vía interpretativa, puede hablarse de un *déficit de protección* del derecho, y por lo tanto, estar justificada la estimación del amparo (128).

(126) *Rectius* cuando un contratante ideal colocado en la posición del contratante real hubiera tenido como alternativa razonablemente disponible la de renunciar a contratar y dirigirse a la competencia. De esta forma es posible distinguir la ausencia de libertad en estos casos con la de los supuestos de los que nos ocupamos *infra* 3. Sobre el criterio, v. ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 52 ss. sobre los presupuestos jurídicos y fácticos para el correcto funcionamiento de la libertad contractual; en particular sobre los derechos fundamentales v. C. HILLGRUBER, AcP 1991, p. 69 ss.

(127) Así, lo ha admitido expresamente el Tribunal Constitucional alemán, HERMES, NJW, 1990 p. 1767; HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg, 1987 p. 37. HILLGRUBER, AcP 191 (1991) p. 76. La inconstitucionalidad vendría por la existencia, como hemos señalado anteriormente, de una *laguna oculta*, es decir, porque el tenor literal de una norma o una institución extienda su aplicación a supuestos de hecho diferentes y, por lo tanto, merecedores de un trato diferente. Este planteamiento, mucho más preciso, debe sustituir al más extendido en nuestra doctrina que afirma, sin más, que la libertad contractual se halla desvirtuada por la existencia de «grupos privados (que) ejercen un poder de hecho no menos amenazador que el del Estado, convirtiendo en pura ilusión la teórica igualdad de las partes y la no menos teórica autonomía de la voluntad» (así, PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 209; PÉREZ LUÑO, *Derechos fundamentales*, p. 22-23). Lo más pernicioso de la forma de plantear la cuestión de estos últimos autores (al margen de que, siendo consecuentes, estos autores tendrían que negar igualmente la existencia de libertad real no sólo en la vida económica sino también en la vida política) es que no se proporcionan criterios para determinar cuándo la desigualdad económica entre las partes es relevante y cuándo no. Para la crítica de la retórica del «contratante débil» que procede de la doctrina —especialmente— italiana de los años setenta, v. ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 52 ss.

(128) Lógicamente, ha de justificarse plenamente la existencia de la situación de no funcionamiento de la autonomía privada para acusar al legislador de «pasividad inconstitucional» v. al respecto las observaciones de MEDICUS, AcP 192 (1992) p. 61-62.

Así se explican muchos de los límites legales y jurisprudenciales a la autonomía privada en muy diversos ámbitos:

a) El monopolista o el empresario en posición de dominio no puede establecer condiciones abusivas o discriminatorias de venta (v. art. 6 LDC); una asociación «con posición de dominio» no puede expulsar a sus socios sin causa justificada (129); las limitaciones a los derechos fundamentales contenidas en condiciones generales deben considerarse nulas (art. 10.1 c) LCU) etc.

b) En el ámbito del *Derecho de sociedades*, este planteamiento proporciona algunos criterios de interpretación en relación con el *principio de igualdad de trato de los socios*. A nuestro juicio, en el ámbito de las sociedades de personas (sociedad civil, sociedad colectiva y agrupaciones de interés económico fundamentalmente), son perfectamente válidas las cláusulas contractuales o los acuerdos entre socios que impliquen un tratamiento desigual de los socios. La regla de la unanimidad para la adopción (tanto de los estatutos como) de acuerdos garantiza que los presupuestos de la libertad contractual están presentes, por lo que no está justificado —salvo en casos excepcionales— que el Derecho limite la libertad de los particulares y, de hecho, el legislador no consagra imperativamente tal derecho de los socios, sino que tal regla tiene carácter dispositivo (v. por ej. art. 1689 CC). Por el contrario, en el caso de sociedades de capitales (fundamentalmente, la sociedad anónima), el principio mayoritario —base para la adopción de acuerdos— permite eventualmente a la mayoría «expropiar» a la minoría sin su consentimiento por lo que, ante la ausencia de libertad contractual en sentido fuerte, debe garantizarse protección a los minoritarios declarando imperativa la regla de igualdad de trato (130).

c) Desde estas ideas deberían, igualmente, justificarse los límites a la autonomía privada en el ámbito del *Derecho del trabajo*. Si tradicionalmente se alega que el consentimiento del trabajador no le protege suficientemente frente a los abusos por parte del empresario, lo que exige la existencia de normas imperativas (finalidad tuitiva del Derecho del Trabajo) debería, entonces, examinarse la razonabilidad de cada norma concreta que limite la libertad contractual del trabajador y del empresario (131) y no conformarse

(129) v. al respecto, CRUZ VILLALÓN, ASN 1988 p. 103-104; CANARIS, AcP 184 (1984) p. 206; y nota anterior. Sobre la expulsión de socios y la jurisprudencia constitucional, v. J. J. MARÍN LÓPEZ, «La intervención judicial en los conflictos endoasociativos: el caso de la expulsión de asociados. Comentario a la STC 218/88» PJ, 14 (1989) pp. 151-161. Resultaría de interés igualmente, aplicar las categorías de práctica concertada y abuso de posición de dominio procedentes del Derecho de la competencia a instituciones privadas no empresariales en relación con el acceso a sus prestaciones.

(130) C. PAZ-ARES Comentario al art. 1665 CC en C. PAZ-ARES/L. Díez-PICAZO/P. SALVADOR/R. BERCOVITZ, *Comentario del Código Civil*, II, Madrid 1991, p. 1327; si se priva de un derecho a la minoría, la norma que lo permite está justificando una «expropiación» por lo que deben cumplirse los requisitos para la validez constitucional de la misma. Así, CANARIS, AcP 184 (1984) p. 220.

(131) Este es el planteamiento liberal del Derecho del Trabajo, v. D. R. FISCHER, «*Labor Market and Labor Law Compared with Capital Market and Corporate Law*» U Chi. L. R. 51 (1984) p. 1061 ss.: si el mercado protege a los accionistas (porque las empresas que no adaptan su estructura a los deseos de éstos no obtendrán capital inversor) ¿por qué no protege a los trabajadores? Para una primera aproximación a estos problemas, v. B. ARRÚNADA, *Economía de la empresa: un enfoque contractual*,

con la afirmación genérica de la situación de inferioridad contractual del trabajador (132).

d) Por último, nos parece que es, en estos términos, en los que hay que analizar el supuesto de la cláusula del contrato de arrendamiento que «prohíbe» al arrendatario contraer matrimonio. La cláusula debe considerarse ineficaz en sus propios términos (no puede impedirse al arrendatario contraer matrimonio) pero válida en cuanto configura el matrimonio del arrendatario como incumplimiento contractual del contrato de arrendamiento. Naturalmente si no cabe afirmar que en el mercado de los arrendamientos exista libertad contractual, en tal caso, la limitación temporal del derecho a contraer matrimonio será ineficaz, pero si podemos afirmar que el arrendatario fue libre (es decir, que tenía alternativas razonablemente disponibles a la de contraer aceptando la renuncia al matrimonio) no vemos razón para desatender la voluntad libre de ambas partes (133).

Finalmente, debe destacarse que cuando existe una regulación legal que limita la libertad contractual, los jueces no pueden añadir nuevas limitaciones en el ámbito regulado por la norma. En caso de que la regulación legal no proteja suficientemente a la parte cuyo derecho fundamental se ve afectado, será necesario recurrir a la cuestión de inconstitucionalidad ya que el déficit de protección será imputable al legislador (v. *supra* III).

3. Al margen de los supuestos expuestos en el apartado anterior, la posibilidad de disponer de los propios derechos fundamentales por contrato tiene su límite, según hemos señalado, en la ineficacia de la renuncia a los derechos fundamentales derivada del orden público constitucional (arts. 6.º.2 y 1255 CC) (134). Con carácter general, se

Barcelona 1990 p. 27 ss. En todo caso, debe tenerse en cuenta que un sector de los economistas no admite que pueda aplicarse el modelo económico neoclásico al mercado de trabajo, v. indicaciones en J. D. HOLZHAUER, «*The Economic Possibilities of Comparable Worth*» U. Chi. L. R. 53 (1986) p. 919 p. 920.

(132) Este es el planteamiento absolutamente dominante en la doctrina laboralista española que justifica el Derecho del Trabajo como derecho *desigualitario in totum* amparándolo constitucionalmente en el art. 9.2 CE, v. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Principio de igualdad y Derecho del Trabajo» en AAVV *El principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid 1991, II, pp. 1069 ss., p. 1072 con más indicaciones.

(133) Téngase en cuenta que los arrendadores pueden tener razones muy sensatas y dignas de protección para no querer alquilar a personas casadas. Desde la mayor dificultad «moral» de deshauciar a parejas con hijos (dada la mayor probabilidad de los casados de tener hijos) hasta una ideología en contra del matrimonio como institución. Obsérvese que no se está afirmando, en ningún caso que la cláusula pueda tener como efecto impedir al arrendatario contraer matrimonio.

(134) La existencia de un orden público constitucional como límite a la libertad contractual constituye casi un lugar común, v. por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO, «El principio de igualdad y las relaciones laborales» RPS 1979 p. 401; bien planteada la cuestión en PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 207-208; WIEDEMANN, JZ, 1990 p. 697; también CANARIS, AcP 184 (1984) pp. 235-237. Respecto al carácter irrenunciable de los derechos fundamentales, v. para el caso del honor y la intimidad, art. 1.3 LO 1/82 de 5.5. Las referencias que aquí se hagan lo son a derechos de carácter privado.

fundamenta tal ineficacia en su consideración como bienes situados «fuera del comercio» (son inalienables), por lo que las renunciadas a la *titularidad* (135) y las renunciadas al *ejercicio* (que por su extensión temporal o su intensidad sean equiparables (136), se reputan nulas (art. 1271 I CC).

El carácter irrenunciable o inalienable de un derecho encaja mal con un sistema fundado en la autonomía del individuo para disponer de su propia esfera jurídica de la forma que considere más conveniente. De hecho este tipo de normas que limitan la renunciabilidad a los derechos suelen tildarse de *paternalistas* (137), es decir, se acusa al legislador de pretender conocer mejor que el propio individuo cuáles son sus intereses, de no respetar la autonomía de la voluntad o de considerar al «protegido» como alguien inferior moralmente. No obstante, existen numerosos intentos de justificar tales normas desde una perspectiva que sea coherente con el respeto a la libertad individual y a la (igual) dignidad humana. El argumento fundamental consiste en afirmar que los deseos o preferencias de los individuos que se pretenden

Los derechos públicos subjetivos (derecho al voto, a acceder en condiciones de igualdad a cargos públicos, etc.) son inalienables por razones diferentes normalmente porque no es parte del contenido del derecho la posibilidad de enajenarlo v. al respecto, S. F. KREIMER, «*Allocational Sanction: The Problem of Negative Rights in a Positive State*» *U. Penns. L. R.* 132 (1984) p. 1293 ss. p. 1390.

(135) Así, por ejemplo, contratos de esclavitud, acuerdos sobre la educación religiosa de los hijos en los matrimonios entre un católico y un no católico. CANARIS considera en estos supuestos inaplicable el § 138 BGB (actos contrarios a las buenas costumbres) entendiendo que «existen límites a la autonomía privada (como éstos) que tienen más que ver con el supuesto de imposibilidad jurídica que con la contrariedad a las buenas costumbres» *AcP* 184 (1984) p. 235.

(136) Así, por ejemplo, las vinculaciones perpetuas en la medida en que suponen una restricción intolerable de la libertad de actuación son nulas; la cláusula por la que alguien se obliga a contraer matrimonio no es vinculante; una cláusula estatutaria de una asociación que impide a las «socias» acceder a los cargos directivos debe considerarse igualmente nula; una cláusula en un contrato de arrendamiento que prevé que «el arrendador podrá entrar en el piso arrendado en cualquier momento y sin previo aviso al arrendatario» es equivalente a una renuncia al derecho a la intimidad, v. al respecto, ROJO AJURIA, «Comentario a la STS 11-7-91» *CCJC* 1991, p. 859 ss., pp. 868-869.

(137) Sobre el paternalismo en general, v., con más indicaciones, los trabajos de E. GARZÓN VALDÉS, «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?» *DOXA* 5 (1988) p. 155 ss., C. S. NINO, *Ética y Derechos humanos*, Barcelona 1989, p. 413; D. L. SHAPIRO, «Courts, legislatures, and Paternalism» *Virginia L. Rev.* 74 (1988), p. 519 ss., p. 520 nota 4. y p. 522; especialmente, sobre lo que se expone a continuación, con un examen detallado de las posibles justificaciones para medidas paternalistas, C. R. SUNSTEIN, «*Legal interference with Private Preferences*» *U. Chi.L.R.* 53 (1986) p. 1129 ss. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que nosotros utilizamos aquí el término paternalismo en un sentido más (jurídico y) restringido que el utilizado habitualmente por los iusfilósofos y que no incluye las normas que protegen a menores o incapaces sino sólo las que impiden a personas con plena capacidad de obrar («competentes») disponer libremente de sus derechos.

restringir (renunciar a los propios derechos) no representan los «verdaderos» deseos de los individuos sino que son producto de una «elección errónea». También se afirma que las normas paternalistas tratan de evitar un perjuicio de carácter moral para terceros (138), admitiéndose, en todo caso, que normas paternalistas sólo pueden justificarse como *ultima ratio* del ordenamiento para evitar *daños* en bienes primarios a los individuos (139).

Los autores que se han ocupado del tema han descrito los siguientes grupos de casos en los que estaría justificada la limitación de la disponibilidad sobre los propios derechos: la exclusión voluntaria de posibilidades de elección, los supuestos de adicción, hábitos y miopía y los deseos o preferencias que son consecuencia de una adaptación del individuo a las posibilidades reales de obtención de bienes o derechos. De éstos, nos interesan especialmente, el primer y el tercer grupo.

Por «exclusión voluntaria de posibilidades de elección» se entiende el establecimiento obligatorio de una conducta para evitar debilidades de voluntad, como en el caso de la obligatoriedad del cinturón de seguridad. Cuando la mayoría impone la norma que obliga a conducir con cinturón de seguridad está tratando de «autovincularse» creando un incentivo —la prohibición— para evitar debilidades momentáneas de conducta (140). Muy relacionados con éstos, se encuentran los supuestos que Calabresi/Melamed califican de «moralismo (141) y que consideran como un supuesto de «externalidad». Según estos autores, cuando una persona decide convertirse en esclavo de otra «daña» a los terceros que no pueden soportar ver esclavos o pobres o mutilados a su alrededor. Esta externalidad moral justifica —por la imposibilidad de un acuerdo— la intervención estatal prohibiendo tales conductas (142). Esta misma

(138) V. G. CALABRESI/A. D. MELAMED, «*Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*» *Harvard L. Rev.* 85 (1972) p. 1088 ss. pp. 1112-14.

(139) J. KLEINIG, *Paternalism*, Totowa, 1984 p. 70 *apud*, J. W. NICKEL, *Book Review, Law and Philosophy*, 4 (1985) p. 115.

(140) V. SUNSTEIN, *U. Chi. L.R.* 53 (1986) p. 1140, p. 1141; v. también, NINO, *Ética*, p. 416: «debilidad de la voluntad»; CALABRESI/MELAMED, *Harvard L. Rev.* 85 (1972), 1113 «autopaternalismo». El ejemplo clásico es el de Ulises que ordena a sus marineros que le aten para evitar ser seducido por el canto de las sirenas o el del trabajador que ordena a su patrón que no le pague el viernes sino el sábado por la tarde para evitar la tentación de gastarse todo el dinero en una borrachera con sus amigos (este ejemplo es de R. E. GOODIN, *apud*, NICKEL, *Law and Philosophy*, 4 [1985] p. 117-118). Es necesaria la norma «autopaternalista cuando el acuerdo (entre Ulises y sus marineros o entre el minero y su patrón) no es posible.

(141) CALABRESI/MELAMED, *Harvard L. Rev.* 85 (1972) p. 1112.

(142) También está relacionado con esta justificación la teoría de Parfit sobre la identidad personal, según la cual, las políticas paternalistas tenderían a proteger el «yo futuro» del individuo contra actos dañinos de su yo presente: «Esto se aplicaría especialmente a aquellos actos de disposición de bienes que son por naturaleza *irreversibles*: tal es el caso, precisamente, de la disposición de la vida o de ciertos órganos irremplazables, de la cesión perpetua de la libertad personal (como ocurre cuando alguien se vende en esclavitud), etcétera. Aun cuando el yo presente de un individuo juzgue que al disponer de estos bienes realiza en grado máximo un ideal o proyecto personal, un eventual yo futuro, determinado por valoraciones, creencias, actitudes,

justificación explicaría igualmente los *estados de necesidad* como causa que justifica la no vinculatoriedad de muchos contratos. Así, consideramos nulos los contratos usurarios probablemente porque no aceptamos la distribución de la riqueza que conduce a tales contratos. Es decir, prohibimos estos contratos bien por el daño moral que nos produce ver la conducta del usurero; bien porque queremos evitar (nos) que, llegado el caso aceptemos contratos de este tipo (143). En cuanto a las *preferencias adaptadas*, se trata de preferencias que no son producto de decisiones verdaderamente autónomas sino que son consecuencia de lo que los individuos que manifiestan esos deseos pueden realmente obtener y suelen ejemplificarse con la fábula de la zorra y las uvas (144). La zorra no quiere las uvas porque están verdes, pero cree que están verdes porque no las puede conseguir. Es decir, *minusvalora* o no valora en absoluto (y por ello renuncia) lo que no puede conseguir. Con ello, adapta sus deseos a la realidad para evitar la frustración. La adaptación de las preferencias explica por qué es frecuente que personas que pertenecen a grupos discriminados acepten sin protesta la situación de discriminación (mujeres, personas de color) y parezcan estar contentas con su situación. La forma más efectiva de lograr que estos grupos adopten decisiones auténticamente autónomas pasa por eliminar coactivamente la discriminación que genera la «falsa conciencia» que hace a estos sujetos aceptar la discriminación (145).

Utilizando los criterios más aceptados, la renuncia a derechos fundamentales en un contrato es contraria al orden público cuando sea razonable pensar que el consentimiento (o sea la voluntad manifestada por el individuo) no protege mínimamente sus verdaderos intereses sin que, por otro lado, negar la validez del

etc., diferentes, podría sentirse grandemente frustrado por la pérdida de ese bien»; v. la exposición en NINO, *Ética*, pp. 474 ss. y otras indicaciones sobre este argumento en SHAPIRO, *Virginia L. Rev.* 74 (1988) p. 549.

(143) V. CALABRESI/MELAMED, *Harvard L. Rev.* 85 (1972) p. 1115 nota 51, quienes añaden que la prohibición puede tener fundamento puramente paternalista sobre el que sufre la usura.

(144) SUNSTEIN, *U. Chi. L. R.* 53 (1986) p. 1146 ss. con indicaciones sobre el origen del ejemplo. La zorra que rechaza las uvas que no puede alcanzar afirmando que estaban verdes ha adaptado sus deseos a la realidad. Tal adaptación favorece el bienestar, en cuanto reduce la frustración y la envidia.

(145) SUNSTEIN, *U. Chi. L. R.* 53 (1986) p. 1147-48 con examen de las objeciones realizadas a las afirmaciones del texto. Dentro de este mismo grupo se incluyen las preferencias que son producto de la propiedad, es decir, a menudo la gente valora más una cosa (o un derecho) cuando lo tiene que cuando no lo tiene, por ejemplo, porque la experiencia de la posesión aumenta el aprecio por el bien, pero, en general, por razones simétricas al supuesto de las uvas verdes: un esfuerzo por adaptar las preferencias a la distribución de bienes existente realmente, lo que justificaría —en algunos casos— privar del bien a la persona que valora el bien simplemente porque lo tiene (*ibidem* p. 1151). «Las leyes... que prohíben la discriminación racial o sexual tienen su origen, al menos en parte, en la idea de que las preferencias racistas o sexistas son el producto de deseos distorsionados —sentimientos movidos sólo por el interés, por parte de los beneficiados por la discriminación y preferencias adaptativas por parte de las víctimas— y el papel que corresponde al Estado es modificar tales preferencias (*ibidem* p. 1154-55).

acuerdo implique la imposición de valores distintos a los del contratante por parte del ordenamiento (146). Es decir, sólo cabrá negar la validez del acuerdo cuando la restricción sea irracional «dados los valores de las personas en cuestión» de forma que podamos afirmar que si hubiera actuado racionalmente (de acuerdo con su sistema de valores) habría mostrado su acuerdo respecto a la prohibición a la renuncia (147). Para decidir si se está imponiendo o no al contratante un sistema de valores determinado, puede ser de utilidad examinar si existen razones para pensar que la mayoría (al prohibir la renuncia al derecho) no está tratando de imponer una forma de vida a la minoría sino «vincularse a sí misma». Si es así, podremos afirmar que el sujeto, *ex ante* habría aceptado la restricción a su libertad de actuación. Así podrían explicarse los supuestos de abuso de los estados de necesidad ajenos. También nos parece aceptable, para los supuestos más extremos, el criterio de la «externalidad moral», es decir, la prohibición establecida con la finalidad de impedir conductas que, aún consentidas por el afectado directamente, afectan a los terceros que «sufren» con la existencia de tales situaciones en la sociedad (contratos de esclavitud, etc.) (148).

4. Debe tenerse en cuenta que para proteger al sujeto que renuncia a sus derechos hay una pluralidad de opciones a disposición del legislador más o menos «agresivas» para la autonomía privada. No sólo la intervención ha de justificarse, también el *grado* de intervención ha de tener buenas razones a su favor. Esta valoración se traduce, a nuestro juicio, en dos grupos de consecuencias para las obligaciones con-

(146) v. GARZÓN, *Doxa*, 5 (1988) pp. 161-163, serían los supuestos, por ejemplo del suicida, el héroe o el amante del riesgo; D. SCOCCIA, «Paternalism and Respect for Autonomy» *Ethics* 100 (1990) pp. 318-334, p. 320.

(147) SCOCCIA, *Ethics*, 100 (1990) p. 326. De hecho, la idea de consentimiento hipotético es la sugerida por algunos autores muy relevantes (Dworkin, «Paternalism» y «Paternalism: Second Thoughts» en R. Sartorius *comp. Paternalism*, 1983, apud, GARZÓN, *Doxa* 5 (1988) p. 164-165. Este segundo requisito viene exigido por el respeto a la dignidad del contratante que renuncia al derecho, impedirle disponer de su derecho sin argumentar suficientemente que *ex ante* él mismo habría dado su consentimiento a la prohibición implica, por parte del Estado, tratar al individuo como alguien «inferior» v. GARZÓN, *Doxa*, 5 (1988) pp. 161-163 señalando que lo que caracteriza a los supuestos de «autopaternalismo» es, precisamente, la ausencia de relación de subordinación que hemos criticado; KLEINIG, *Paternalism*, p. 38 apud, NICHEL, *Law and Philosophy*, 4 (1985) p. 116.; v. también, las observaciones críticas de M. ATIENZA, «Discutamos sobre paternalismo» *Doxa*, 5 (1988) 203 ss. donde señala que, efectivamente, el problema más difícil es determinar cuándo el sujeto protegido habría dado su consentimiento *ex ante*.

(148) La justificación de la «externalidad» de tales contratos se hallaría en que «infringen» el derecho del tercero a vivir en una sociedad de personas libres (v. J. FEINBERG «Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida» *Anuario de Derechos Humanos*, 7 (1990/91) p. 61 ss. p. 72 en relación con la enseñanza obligatoria y el derecho a la educación.

tractuales que impliquen limitación o renuncia a los derechos fundamentales:

a) en negar la validez del contrato cuando lo atentatorio para la dignidad (y lo que provoca la «externalidad moral») sea la existencia de acuerdos semejantes (venta de la propia vida, contratos de esclavitud, consentimiento para mutilaciones graves).

b) en negar la ejecutoriedad forzosa de la obligación cuando lo atentatorio para la dignidad humana no sea el pacto, sino que su ejecución *in natura* se imponga coactivamente con auxilio estatal por la desproporción entre el interés del afectado y el interés del acreedor. Nada tiene de atentatorio contra la dignidad humana que alguien se comprometa, a cambio de dinero, a hablar bien de la energía nuclear o de la política norteamericana (renuncia temporal a la libertad de expresión). Lo que resulta incompatible con la dignidad humana es obligar al sujeto que tras un cambio ideológico considera intolerable tal fuente energética o tal política a cumplir el acuerdo en sus propios términos. No puede impedirse a alguien que se deje insultar o vejar a cambio de dinero. Lo que resulta intolerable es que se obligue coactivamente a esa persona a realizar tal actividad (a cumplir la obligación) cuando, con posterioridad a la asunción de la obligación, ha cambiado de opinión.

Entre estos dos tipos de consecuencias extremas, podrá moverse el legislador y, en su caso, el juez (art. 6.3 CC). Así, el grado de ineficacia de la obligación podrá matizarse y las consecuencias jurídicas pueden ir desde la imposición de sanciones hasta la inejecutabilidad de un contrato (por aplicación de la regla sobre los contratos con causa ilícita [art. 1305 II; 1306 CC]) pasando por la renuncia de un derecho de «arrepentimiento» con indemnización del interés negativo (v. art. 3.3 LO 1/82 de 5.5); la anulabilidad, la reducción o nulidad parcial (149). La opción por una otra medida debe tomarse valorando equilibradamente el interés de la contraparte en el cumplimiento del contrato y el máximo respeto posible a la libre decisión individual por un lado y, por otro, la mínima protección debida al derecho fundamental de la contraparte.

a) En algunos casos, bastará con aplicar la doctrina de la reducción conservadora de la validez, admitiendo el pacto en una versión más reducida. Así, por ejemplo, en vinculaciones excesivamente largas (contrarias a la libertad de actuación o a la libertad de profesión en el caso de prohibiciones de competencia) u onerosas (150). La limitación de la libertad —libremente consentida— sólo será objetable en la medida en que sea *excesiva* (151).

(149) *Contra*, aparentemente, J.J. MARÍN LÓPEZ, *Revista de Trabajo*, 98 (1990) p. 63; sobre lo que se expone a continuación, v. especialmente, CANARÍS, AcP 184 (1984), pp. 232 ss.

(150) Sobre el mecanismo de la reducción conservadora de la validez como forma de aplicación de la técnica de nulidad parcial, v. ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 403 y ss.

(151) V. con matices, CANARIS, JuS 1989 p. 165, quien admite la nulidad total para los casos de prohibiciones de competencia (por tanto, limitaciones del libre ejer-

b) En otros casos, lo más adecuado será negar el auxilio estatal para la ejecución del contrato *in natura*, sin prejuzgar por ello la existencia de una obligación válida cuyo incumplimiento genera consecuencias para el incumplidor. Así, por ejemplo, un pacto entre dos cónyuges contenido en el convenio regulador de separación por el que acuerdan que el marido se trasladará a vivir a otra ciudad. La regulación no es nula por ser contraria al art. 19 I CE, puesto que se trata de un acuerdo privado; tampoco parece que pueda considerarse contrario al orden público constitucional, por cuanto limitaciones a la libre fijación de la residencia son frecuentes y vienen justificadas por las más diversas razones (152). Ahora bien, tampoco cabe duda de que la mujer no podrá exigir que la policía obligue a su marido a trasladarse de residencia, ni de que la mujer podría solicitar una indemnización de daños y perjuicios (153); igualmente, en el caso de un personaje famoso que se obliga a «hablar bien» de una película e incumple tal contrato; no se le podrá obligar a decir lo que no piensa, pero sí que habrá de pagar una indemnización por incumplimiento contractual, en caso de dolo o culpa, o una pena contractual si así se hubiera pactado. El planteamiento puede extenderse al supuesto del escritor que no escribe el libro prometido (154). En realidad, esta suele ser la solución correcta en los casos en los que la prestación del deudor constituye una actividad «personalísima» (es decir, que afecta notablemente a sus derechos fundamentales) de forma que el uso de la coacción estatal para garantizar su cumplimiento *in natura* resulta desproporcionada en relación con la protección del interés del acreedor (155).

c) Por último, en muchos casos, es el propio legislador el que determina las consecuencias jurídicas de la renuncia, por lo que la norma correspondiente es ley especial frente a la regla general del art. 6.3 CC. Así, por ejemplo, en el caso del art. 2.3. LO 1/82 de 5.5 de protección del honor, no hay intromisión ilegítima en el honor o la intimidad de alguien si es consentida por este, pero el consentimiento «será revocable en cualquier momento pero habrá de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

cicio de la profesión u oficio) «ilimitadas» justificándolo en una finalidad preventiva. Si el que impone la prohibición ilimitada en el tiempo y en el espacio de competencia sabe que, en el peor de los casos, el juez se limitará a reducirla, no tiene incentivo alguno para delimitarla adecuadamente en el contrato. Para una crítica de tal argumento, por ser incongruente con el respeto de la autonomía privada, v. ALFARO, *Condiciones generales*, p. 419 ss.

(152) El ejemplo está extraído de la jurisprudencia alemana, v. CANARIS, AcP 184 (1984) p. 232.

(153) Declarar el acuerdo nulo, como hizo el BGH alemán es considerado por CANARIS, JuS 1989 p. 164, como excesivamente limitativo de la libertad de pactos de los cónyuges.

(154) v. CANARIS, JuS 1989 p. 165.

(155) V. además, otros ejemplos en CANARIS, AcP 184 (1984) p. 233 y más analíticamente en CANARIS, JuS 1989 p. 164; sobre la regla *nemo ad factum praecise cogi potest*, y su presencia en nuestro Derecho v. ampliamente, F. CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Cádiz, 1989, pp. 117 y ss., pp. 141 y ss.

VII. LÍMITES A LA LIBERTAD DE CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO CONSECUENCIA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL PROBLEMA DE LA NEGATIVA A CONTRATAR. CONCLUSIÓN

1. Los casos expuestos en los apartados anteriores no son, a pesar de su importancia, los que con mayor frecuencia aparecen en las resoluciones judiciales de conflictos entre particulares en los que se hallan implicados derechos fundamentales. En la práctica, tiene mayor trascendencia la cuestión de *los límites a la libertad de contratar (Abschlussfreiheit)*, es decir, en qué medida puede obligarse a un particular a celebrar un contrato con otro particular fundando tal obligación en que la negativa a contratar provoca un daño al que reclama la celebración del contrato que no tiene (constitucionalmente) por qué soportar (156). No obstante y, como hemos venido sosteniendo, los criterios de valoración son idénticos a los expuestos en relación con la validez de los pactos contractuales, lo que es de gran utilidad en la concreción de los límites a la autonomía privada en este ámbito.

2. La obligación de contratar es una institución bien conocida en el Derecho privado actual como un instrumento utilizado, entre otras funciones, para hacer frente a situaciones en las que no existe competencia efectiva en un mercado determinado lo que impide el correcto funcionamiento de la libertad contractual (157). La obligación de contratar cumple así, funciones similares a las que cumple la determinación imperativa del contenido del contrato en el caso de la libertad de pactos. Obsérvese, no obstante, que en los casos que aquí discutimos no se trata de garantizar el acceso a determinados bienes o servicios a todos los ciudadanos ni de corregir un defectuoso funcionamiento del mercado. Aquí nos interesa examinar en qué medida el ejercicio de un derecho (a contratar con quien quiera) de una persona provoca un «daño anticonstitucional» a otra. Consecuentemente, si partimos de la función de los derechos fundamentales como mandatos de protección al Estado, la cláusula general que ha de ser concretada parece ser (no el art. 6.2 ni el art. 1255 CC sino) la del art. 7.2 CC que prohíbe el *abuso de derecho* o el ejercicio antisocial del mismo (158) porque, en efecto,

(156) La expresión «celebrar un contrato» debe entenderse en un sentido amplio e incluir no sólo los contratos a los que se refiere el art. 1261 CC sino también, la admisión en una asociación o el acceso a las prestaciones proporcionadas por una fundación en condiciones de igualdad con los demás individuos.

(157) V. *supra* V.4; sobre la obligación de contratar, v., especialmente, KILLIAN, AcP 180 (1980) pp. 47-83 sobre la función económica de tal institución; sobre los aspectos dogmáticos, v. F. BYDLINSKI «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges» AcP 180 (1980) p. 2-46.

(158) El ejercicio antisocial (anticonstitucional) del derecho explica mejor estos supuestos que el orden público constitucional (art. 1255 CC), cláusula utilizada habi-

se trata de decidir en qué medida el ejercicio del derecho a (no) contratar se torna «antisocial» (*rectius* «anticonstitucional») por afectar a bienes constitucionales del que sufre la negativa y consecuentemente cuándo dicha negativa a contratar ha de dar lugar a la correspondiente indemnización del daño y «a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso» tal como dispone dicho precepto (159).

3. Para concretar la cláusula general del art. 7.2 CC es necesario determinar, previamente, qué derecho fundamental del rechazado puede verse afectado por una negativa a contratar. A nuestro juicio, parece evidente que el único derecho de la persona rechazada que se ve afectado *con independencia de la posibilidad de obtener el bien o servicio de un competidor* (160), es su derecho a no ser sometido a un tratamiento vejatorio o degradante (ni por parte del Estado art. 15 CE ni) por parte de otro particular (por el deber del Estado de proteger la dignidad humana art. 10.1 CE). La razón es evidente. En relación con el bien objeto del contrato, es razonable exigir al rechazado que se dirija a otro particular si uno no quiere servirle. Pero en nuestro ordenamiento no es aceptable una negativa a contratar que atente contra la dignidad de la persona, sencillamente, porque no puede recuperarse dicha dignidad dirigiéndose a otro competidor. Por lo tanto, puede afirmarse que supone un *ejercicio anticonstitucional del derecho a (no) contratar la negativa a contratar que signifique tratar vejatoriamente a otro*

tualmente por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, así, por ejemplo por E. ALONSO GARCÍA, RAP 100-102, 1983 pp. 87-89; STC 108/89 de 8.6 (BOE 4.7) (Ponente Rubio LLorente) «el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público pero no a los sujetos privados *cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional* como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE»; en sentido similar, aunque algo más ambigua, la STC 171/89 19.10 BOE 7.11; también ambigua, STC 177/88 de 10.10. Además, con el recurso al art. 7.2 CC se evita igualmente la objeción de RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 267 que afirman que el art. 1255 CC no es aplicable ni a la negativa a contratar ni a las relaciones extracontractuales.

(159) Entre otras, eventualmente, la de obligar al demandado a celebrar el contrato en las condiciones habituales. En este sentido, el art. 7.2 CC constituye un supuesto específico de responsabilidad extracontractual. Obsérvese, no obstante, que la trascendencia de recurrir a otra cláusula general no estriba en los criterios de valoración (orden público en ambos casos) sino en las consecuencias jurídicas.

(160) Este es un aspecto que debe tenerse siempre presente. Si el que se niega a contratar es un monopolista o los miembros de un cártel, el rechazado puede verse privado de su derecho al ejercicio de una profesión u oficio —en la medida en que nadie le contrate para trabajar—; o el derecho a la libre expresión de las ideas, en la medida en que se le niegue el acceso (contractual) a *todos* los medios de comunicación (*boicot*) etc. Tales derechos, sin embargo, no se ven en absoluto afectados, porque un empresario o un medio de comunicación se nieguen a contratar. El derecho o la libertad quedan garantizados por la posibilidad de dirigirse a la competencia, v. ALFARO, *Condiciones generales*, p. 60 ss.

particular, tratarle «como si no fuera un ser humano» (161). Trataremos de justificar, a continuación, que este planteamiento no sólo es congruente con un análisis económico de la discriminación (*infra* 4-5) sino que, además, proporciona criterios practicables para la solución de los supuestos problemáticos (*infra* 6).

4. El análisis económico de la discriminación (y de las normas antidiscriminatorias, como es, en este sentido el art. 7.2 CC) está especialmente justificado porque puede proporcionar criterios para determinar cuándo la discriminación debe considerarse vejatoria y, por tanto, inconstitucional. Se admite generalizadamente que la discriminación por razones de raza o sexo es ineficiente económicamente por cuanto *reduce el número de intercambios en una sociedad*, esto es, dejan de celebrarse contratos beneficiosos para ambas partes que de no existir tales sentimientos se celebrarían (162). Se discute, sin embargo, si las *normas que prohíben la discriminación* —como sería el caso del art. 7.2 CC en la concreción que aquí estamos dando a la cláusula general que contiene— son eficientes desde el punto de vista económico o no.

a) Desde la perspectiva tradicional, el comportamiento discriminatorio es debido a un «gusto» irracional de los blancos por no asociarse con negros (gitanos o árabes) o con mujeres.

La teoría económica más extendida sobre la discriminación (163) afirma, en efecto, que el contacto con otra raza impone al racista/discriminador un coste extramonetario (un *displacer*) lo que se traduce en una reducción del número de intercambios voluntarios entre blancos y negros (hombres y mujeres) ya que los primeros que sean racistas sólo contratarán con negros cuando el beneficio que esperan del contrato supere los costes genéricos (es decir, los que se producen con independencia de la raza del cocontratante) más el coste (no monetario) de contratar con un negro. Por tanto, el sentimiento racista reduce los intercambios y, consiguientemente, el bienestar social (reducción de

(161) En la medida en que corresponde a los poderes públicos impedir la vejación, la permisividad estatal supone obligar al que sufre el trato vejatorio a que se abstenga de utilizar las vías jurídicas para suprimir la vejación; v. QUINN, 64 *Cal. L. Rev.* 1976 pp. 160-161.

(162) «Los ingresos de muchos blancos serán menores de lo que serían si no tuvieran tal gusto por discriminar. Pierden la oportunidad de realizar intercambios ventajosos si, por ejemplo, se niegan a vender sus casas a negros que están dispuestos a pagar precios más altos que los que están dispuestos a pagar compradores blancos», R. POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge-Londres, 1983, p. 352.

(163) Debida a G. Becker, *The Economics of Discrimination*, 1957 (non vidi), un resumen de su argumentación puede verse en R. POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge/Londres, 1983 pp. 351 ss. La exposición de la doctrina de Becker la hemos tomado de Mc ADAMS, «Relative Preferences» *Yale L. J.* 102 (1992) p. 1 ss., p. 92 ss. Posner proporciona otras explicaciones de la discriminación sexual en R. POSNER, «An Economic Analysis of Sex Discrimination Laws» *U. Chi. L. Rev.* 56 (1989) p. 1311 ss., pp. 1317 ss. pero entre ellas no se encuentra la discriminación como forma de producir status para el varón discriminador.

la riqueza derivada de los contratos no celebrados). Esta pérdida perjudica a blancos y negros, pero especialmente a los negros por cuanto que, al ser una minoría, los intercambios con blancos representan para los negros una mayor proporción de todos los posibles intercambios beneficiosos que los contratos con negros significan para los blancos. Por lo tanto, el mercado tenderá a hacer desaparecer la discriminación porque el empresario —por ejemplo— sin sentimientos racistas no sufrirá el coste de no contratar a negros cuyo trabajo resulte más eficiente para la empresa que el de un blanco (164). De este modelo, Posner deduce, no obstante, que las normas que prohíben la discriminación no son eficientes. La justificación consiste en que si la preferencia del blanco por la discriminación es una preferencia como cualquier otra, una norma que impida su satisfacción no puede ser eficiente. Si la no discriminación fuera eficiente, es decir, no discriminar provocara un aumento de la riqueza, los empleadores blancos y los trabajadores negros llegarían a un acuerdo con independencia de la existencia de una prohibición legal de discriminación (Teorema de Coase). Así, supongamos que un empleador que contrata blancos a 100 \$ al día valora el tener contacto con negros como un coste de 10 \$ al día. Si, no obstante, contratar a negros fuera eficiente, el negro se ofrecería como mano de obra a algo menos de 90 \$ al día de forma que el empleador le preferiría a un trabajador blanco *ceteris paribus*. Si eso no ocurre, es porque los negros están ganando en otro lugar más de 90 \$. Si es así, una norma antidiscriminatoria obligaría al empleador a contratar a aquellos negros que ganan menos de lo que el empleador pierde contratándolos. Por tanto, normas antidiscriminatorias obligan a celebrar acuerdos que no se celebran voluntariamente porque no aumentan la riqueza neta común (165).

(164) Suponiendo la existencia de equilibrio competitivo (es decir, igual productividad media de los distintos grupos raciales; racionalidad de los trabajadores; maximización de beneficios por parte de los empresarios y competencia en el mercado de productos), el mercado expulsaría a los empleadores que discriminaran v. M.J. KATZ, «The Economics of Discrimination: The Three Fallacies of Croson» *Yale L. J.* 100 (1991) p. 1033 ss., p. 1036 ss. quien señala (p. 1038) que, consecuentemente, la discriminación racial podrá persistir en mercados donde la competencia no sea suficiente, pero también en mercados altamente competitivos como consecuencia de la «discriminación pasada» que elevan los costes del empresario negro (p. 1040 ss.). El mercado laboral tendría tal característica al existir salario mínimo, lo que provoca que exista un desempleo estructural dentro del cual el empresario racista puede elegir sin sufrir el castigo del mercado.

(165) Al margen de estos argumentos, Posner ha señalado en repetidas ocasiones que las normas antidiscriminación en el ámbito laboral implican, además, muy importantes costes de administración (en forma de pleitos etc.) que, en todo caso, deben tenerse en cuenta al discutir la eficiencia de la ley, v. R. POSNER, «The Efficiency and the Efficacy of Title VII» *U. Penn. L. Rev.* 136 (1987) p. 513 ss.; para la crítica a la posición de Posner, v. J.J. DONOHUE III, «Is Title VII Efficient?» *U. Penn. L. Rev.* 134 (1986) p. 1411 ss. (una norma antidiscriminatoria acelera la expulsión del mercado de los ineficientes discriminadores) y, del mismo autor, «Further Thoughts On Employment Discrimination Legislation: A Reply to Judge Posner», *U. Penn. L. Rev.* 136 (1987) p. 523 (afirmando que la norma antidiscriminatoria puede haber sido eficaz en elevar los salarios de los negros y que los beneficios superan los costes de su aplicación) y en relación con la discriminación sexual, el mismo autor, «Prohibiting Sex Discrimination in the Workplace: An Economic Perspective», *U. Chi. L. R.* 56 (1989) p. 1347-1348 (otros argumentos a favor de la eficiencia de las normas antidiscriminación: aumento de la autoestima y productividad de las mujeres como consecuencia de la igualdad de oportunidades).

b) Frente a esta explicación, Mc Adams ha propuesto recientemente otra basada en la distinción debida a G. Becker, entre «goods» y «commodities». Esta distinción niega que los consumidores obtengan utilidad directamente de los productos que adquieren en el mercado —como explica la teoría económica tradicional— sino que obtienen tal utilidad de las *commodities* que los propios consumidores (o familias) «producen» combinando los bienes con algo del tiempo libre del propio consumidor (o familia). La discriminación sería, de acuerdo con Mc Adams «un intento (de los blancos) por producir la «commodity» «distinción social» elevando el *status* relativo (es decir, en relación con el de otras razas) de un grupo social particularmente distinguido —el grupo racial al que uno pertenece— (166). Dado que «distinción social» es un bien escaso de tal tipo que el aumento de distinción social de una persona o un grupo exige la disminución de la «distinción social» de otra persona o grupo, una opción para aumentar la propia distinción social es reducir la de otros. Aunque hacer sentirse inferior a cualquier otra persona puede elevar en alguna medida el *status* propio, «tratar peyorativamente a un miembro de otro grupo es, a menudo, más productivo (genera más *status*) porque permite disminuir el *status* del grupo entero al que pertenece el individuo discriminado al mismo tiempo que al del individuo mismo (167). Por lo tanto, los blancos discriminadores no están satisfaciendo un eventual «gusto» por no asociarse con negros (168) sino que están «produciendo» (mediante el consumo de «no contratar con negros») distinción social para su grupo a costa de la del grupo de los negros.

El análisis tradicional es, consecuentemente, erróneo. Posner no tiene en cuenta el daño moral que sufre el trabajador negro al aceptar trabajar por un salario inferior al de un blanco, no por la mayor productividad de éste sino, simplemente, por el color de su piel. Desde este punto de vista, señala Mc Adams, si a un trabajador negro que gana actualmente 75 \$ al día se le ofre-

(166) Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 95.

(167) Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 95.

(168) Como explica McAdams, este «gusto» no es sociológicamente cierto, porque los blancos no desean evitar el contacto con otras razas, sino que pretenden excluir *determinado tipo de contactos* con otras razas, justo los contactos que implican reconocer a los de otras razas igualdad de *status*, lo cual es especialmente evidente en el caso de la discriminación sexual. Lo que los hombres no desean es que las mujeres ocupen puestos que indican el *status* social más elevado McADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 97-98. Además, esta interpretación, explica mejor las conclusiones empíricas del propio Becker (las hemos tomado de D.C. NORTH/R.L. MILLER *El análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etc.*, México 1985 p. 161): por ejemplo, que haya más discriminación en la educación, es decir, en un ámbito creador de *status* por excelencia; que sea mayor la discriminación para los que buscan un empleo permanente (frente a un empleo temporal), siendo así que el empleo permanente crea más distinción social para el empleado que el temporal o que sea mayor la discriminación para los negros más educados, precisamente los que sienten la diferencia de *status* como más intolerable, porque no tienen «preferencias adaptadas». (v. *supra*, nota 144).

ciera el trabajo del ejemplo por 90 \$ no aceptaría porque la pérdida de status que supondría aceptar un trato discriminatorio superaría los 15 \$ de aumento de salario. Una norma que prohíba al empleador discriminar por razón de raza en la contratación de trabajadores permitiría al negro ganar 25 \$ (en cuanto que pasaría a cobrar 100) y haría perder al blanco sólo 10 \$ (el coste de contratar a un negro) con lo que habría una ganancia neta de 15 \$ (169).

5. La cuestión más difícil de resolver es si las normas antidiscriminación están justificadas por la existencia de un fallo en el mercado. Desde la perspectiva aquí aceptada, (la competencia por status) la intervención estatal para suprimirla mediante su prohibición estaría justificada, desde el punto de vista económico porque la competencia por *status* es «un juego suma cero» esto es, un juego en el que (a) nadie puede ser colocado en una posición mejor sin colocar a alguien en una posición peor a la previa, por lo que no son Pareto-eficientes y (b) el acuerdo entre las partes no es posible, porque «no se puede obtener status pagando por él» (170).

Esto sucede en muchos supuestos de competencia por satisfacer *preferencias relativas*. Por preferencias relativas se entienden los deseos de un sujeto que no son independientes de los deseos de los demás individuos. Dentro de éstas, las de carácter negativo, esto es, el deseo de sobrepasar o alcanzar el nivel de consumo de un bien (material o inmaterial, como prestigio) de otros (171) provoca decisiones de consumo irracionales cuando se dan dos circunstancias. Primera, que la satisfacción de las preferencias de una de las personas implique necesariamente la insatisfacción de las de otras (172). Segunda, que la satisfacción de las preferencias en conflicto se esté haciendo a costa de dejar insatisfechas preferencias absolutas y, lógicamente, siempre que no sea posible un acuerdo entre las partes para evitar el derroche.

El ejemplo más claro es la competencia por satisfacer el deseo de *ser más alto* que los demás mediante el consumo de la hormona del

(169) Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 101.

(170) En el ejemplo, un trabajador negro no puede tratar de conseguir la igualdad con los blancos (siendo contratado por el blanco) «sobornando» al empleador blanco mediante su oferta de aceptar un salario menor, sin perder status al hacerlo (al aceptar un salario inferior por un trabajo igual al de un blanco). Por lo tanto, se trata de dos preferencias incompatibles en cuanto no pueden satisfacerse simultáneamente: el deseo de los blancos de un status superior y el deseo de los negros de igualdad de status y la lucha por conseguir ambas, un juego suma cero. El daño social es el conjunto de contratos que dejan de celebrarse por razones racistas. Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, 101-102; DONOHUE, *U Chi. L. Rev.* 56 (1989) p. 1352.

(171) Sobre el concepto, v. ampliamente, Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 1 ss.

(172) Es decir, que ni siquiera en un mundo donde no hubiera escasez podrían satisfacerse simultáneamente ambos deseos. Tal ocurre cuando las preferencias son «ordinales», es decir, lo que el individuo desea no es consumir una cantidad, sino ocupar una posición determinada en el «ranking» correspondiente. En la medida en que sólo puede haber un primero en el ranking, en un mundo sin necesidad, no podría satisfacerse simultáneamente el deseo de dos personas de figurar como primeros en el ranking v. Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 48 ss.

crecimiento (173). Tal preferencia no puede satisfacerse aumentando la talla de todas las personas porque sólo se satisface por referencia a la talla de los demás, de forma que un aumento global de la talla humana no aumenta el bienestar total sino que sólo lo redistribuye. La batalla es un juego «suma cero» e invertir recursos en la misma (aumentando el consumo de hormonas del crecimiento) es socialmente indeseable. Se trata de un supuesto de decisión individual irracional de los descritos en el dilema del prisionero. Las cuatro decisiones posibles son (1) que nuestro hijo consuma la hormona y el otro niño no; (2) que ninguno de los dos niños consuma la hormona; (3) que ambos consuman la hormona y (4) que el otro niño consuma la hormona y el nuestro no. La decisión «dominante» será que ambos hijos consuman la hormona (3), porque de este modo ambas familias tienen una posibilidad de evitar la situación 4 y tienen una oportunidad respecto a la situación 1. Dicha elección, sin embargo, es irracional desde el punto de vista social: ambos padres estarían gastando dinero en la hormona y ninguno de ellos conseguirá lo que pretendía (que su hijo «sea más alto»). Incluso aunque una de las dos familias ganase, se habrían despilfarrado los recursos invertidos por la familia perdedora más la mayor parte de los invertidos por la familia ganadora, ya que si aquélla no hubiera invertido nada, hubiera bastado el consumo de una cantidad mínima para que la familia ganadora ganase igualmente la competición. Lógicamente, si el acuerdo entre ambas hubiera sido posible, la primera familia hubiera pagado a la segunda para que ésta no consumiese la hormona pero en los supuestos de «producción de status» a través del consumo de bienes que generan dicho status, los costes de transacción impiden normalmente el acuerdo (174). Consecuentemente, está justificado que el Estado regule imperativamente el consumo de la hormona del crecimiento (175). Trasladando el razonamiento al caso de la discriminación racial, Mac Adams reconoce que si el beneficio de discriminar para los blancos es superior al perjuicio que para los negros supone no alcanzar la igualdad de status, la ley que prohíba la discriminación no sería eficiente en el sentido de que los blancos podrían «pagar» el daño sufrido (en forma de contratos perdidos) y todavía quedaría algo, con lo que habría un aumento global de la riqueza. Esta objeción se comprende fácilmente comparando el supuesto con el del consumo de la hormona del crecimiento. Frente a la actuación productora de status del blanco (mediante una negativa a contratar a negros en condiciones de igualdad respecto a blancos) los negros no pueden responder con una medida recíproca e idéntica, puesto que a diferencia de aquél caso, el mantenimiento del *status quo* beneficia a los blancos y

(173) El ejemplo es de Posner, (POSNER, *Economic Analysis of Law* 3ª ed. pp. 11-12) y lo tomamos en la versión y análisis de Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 54 ss.

(174) V. ampliamente, Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, pp. 63 ss.

(175) Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, 101-102.

perjudica a los negros, por lo que un juego *suma cero* beneficia a los que lo inician en posición ventajosa (a la familia del niño más alto). Por lo tanto, una norma que prohíba la discriminación es necesariamente redistributiva a favor de los negros y de las mujeres (176). El problema no se plantea, lógicamente, para aquellos que consideren la «preferencia por discriminar» de los blancos como un valor que no debe incluirse en la valoración de si un estado de cosas es superior a otro respecto del bienestar social, de forma que la insatisfacción de los discriminadores (pérdida de status) no supondría una pérdida social (177); tampoco plantea problema alguno para los que admitan, con Rawls, la necesidad de igualdad en relación con bienes como la salud o la dignidad.

A nuestro juicio, sin embargo, podría justificarse la eficiencia de las normas antidiscriminatorias incluso desde la perspectiva que considera igualmente valiosas todas las preferencias, incluidas las de los discriminadores. En nuestra opinión, el blanco racista o machista de tonta, frente al rechazado, una posición similar a la de un monopolista. El rechazado carece de una «alternativa razonablemente disponible» para recuperar la pérdida de «status» que la negativa a contratar¹⁷⁶ vejatoria ha provocado. La razón se encuentra en que aún cuando otro blanco trate con dignidad al rechazado, la «commodity» proporcionada por éste segundo no es perfectamente sustitutiva de la que hubiera obtenido el rechazado si no lo hubiera sido (178). Por lo tanto, está justificado desde el análisis habitual de las situaciones de monopolio la imposición de una obligación de contratar en las condiciones habituales.

6. Lógicamente, esta conducta discriminatoria realizada con la finalidad de mantener o aumentar el status del grupo solo logra sus objetivos cuando es realizada por el grupo dominante como una forma de mantener la posición relativa del grupo en la sociedad. De forma que es lógico afirmar, como aquí se ha hecho, que la discriminación sólo debe prohibirse cuando resulta contraria a la dignidad del discriminado, es decir, cuando la efectúa el miembro del grupo dominante respecto del miembro del grupo de status inferior en la

(176) Es poco probable, sin embargo, que la ganancia para los blancos derivada de la discriminación supere al daño que sufren los discriminados como consecuencia de la falta de igualdad. La razón se encuentra en que en la medida en que los comportamientos racistas no estén extendidos entre los blancos, dicho comportamiento daña no sólo a los negros (a la minoría) sino también a los blancos («moralismo») que sufren ante la presencia de discriminación en la sociedad en la que viven. El carácter irracional del status que se persigue con la competición aumenta dicha probabilidad.

(177) V., en relación con el Derecho Penal y la inclusión del beneficio que para el delincuente supone cometer el delito, K. DAU-SCHMIDT, «An Economic Analysis of the Criminal Law as a Preference-Shaping Policy» *Duke L. J.* 1990, p. 1 ss., pp. 11-12.

(178) Del segundo, el rechazado obtiene el bien («good») pero no un aumento de *status* que equilibre la pérdida anterior.

sociedad y cuando no existen, para el discriminado, alternativas razonablemente disponibles para obtener el mismo status que se obtendría de haber celebrado el contrato con el discriminador. Este planteamiento supone, igualmente, rechazar que el fundamento de la obligación de contratar en este ámbito sea el carácter vinculante del principio de igualdad o no discriminación (art. 14 CE) en las relaciones entre particulares (179). Tal postura debe ser rechazada vigorosamente por cuanto conduce a consecuencias erróneas. Lo que sucede es que el riesgo de tratamiento vejatorio al que hemos aludido se actualiza especialmente en relación con la *negativa a contratar discriminatoria* (en particular por razón de sexo y raza), *por la especial conexión que el derecho a la igualdad tiene con la dignidad humana* (180), pero esto no significa que una negativa a contratar sea ilícita por ser discriminatoria. La negativa es ilícita porque atenta contra la dignidad de otro particular, de manera que *discriminaciones (en la selección del cocontratante) que no sean vejatorias son perfectamente lícitas*. Veamos algunos ejemplos.

(179) En el sentido del texto, BYDLINSKI, AcP 180 (1980) p. 32-33 con más indicaciones y CANARIS AcP 184 (1984) p. 235; y en la jurisprudencia constitucional, STC 108/89 de 8.6 (BOE 4.7) (Ponente Rubio LLorente); *contra*, RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 270 afirmando que la prohibición de discriminación vincula también a los particulares («está expresada en términos rotundos... y esos términos autorizarían a entender introducida en la categoría de derechos que parcialmente despliegan su eficacia en las relaciones privadas también a esa prohibición, porque no está adjetivada por su procedencia y es rechazable comoquiera que surja y quienquiera que la ponga en práctica, poderes públicos o particulares»). El argumento literal que aducen estos autores no sólo no autoriza tal conclusión sino que habla en contra de tal eficacia entre particulares, en cuanto que se prohíben las discriminaciones *legales*, es decir, contenidas en normas jurídicas, lo que, lógicamente, excluye a los particulares que no crean normas jurídicas; RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Principio de igualdad*, p. 1089 y 1092 y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 171-172 aunque subrayan la conexión entre la prohibición de la discriminación y la garantía del respeto a la dignidad humana. No aceptamos, sin embargo, la distinción entre prohibición de trato desigual y prohibición de discriminación (que lleva a ésta última autora a calificar la doctrina del TC como «unilateral» o «bilateral» pp. 222 ss. mezclando la legitimidad de la «discriminación positiva» con la distinción entre igualdad y discriminación pp. 225-228) y que le lleva a distinciones heterogéneas, p. ej. p. 219 entre discriminaciones referidas al ejercicio de derechos fundamentales (que equipara a supuestos de desigualdad) y «las referidas a condiciones inherentes al hombre, que le acompañan desde su nacimiento y sobre las que apenas tiene libertad de opción». Como es evidente, las primeras son discriminaciones y las segundas son diferencias entre seres humanos; igualmente *contra*, MOLINA, RTSS, 3 (1991) p. 78 nota 38 acusando a la sentencia citada de poco «imaginativa». Frente a las formulaciones que este autor aplaude según las cuales el principio de igualdad vincularía a los particulares «en términos mucho más atenuados y condicionados» TCT 20.2.87) la de la STC 108/89 tiene la ventaja de que establece con suficiente precisión (con las ventajas consiguientes para la seguridad jurídica) el ámbito del juego de la igualdad en las relaciones entre particulares.

(180) CANARIS, AcP 184 (1984) p. 235; HENKIN, 110 *U. Pa. L. Rev* 1962 p. 491.

a) Es dentro de este marco donde deben tratarse los requisitos de *admisión a asociaciones* en general (181). La cuestión consiste en decidir si las asociaciones pueden ser discriminatorias en la admisión de miembros. La ley de asociaciones no contiene norma alguna al respecto y, por lo tanto, se trata exclusivamente de delimitar el mínimo de protección frente a la discriminación que la Constitución impone a los poderes públicos, no de determinar cuál sería la regulación legal de la cuestión más deseable (182). En la valoración debe tenerse en cuenta que forma parte del contenido esencial del derecho de asociación la posibilidad de autoorganizarse como tenga por conveniente y la de seleccionar a los socios (art. 22 CE). Para resolver la cuestión adecuadamente, habrá que distinguir en función del significado que quepa atribuir a la negativa discriminatoria. El mínimo de protección de la dignidad humana exigido por la Constitución obliga a los poderes públicos a impedir las exclusiones que signifiquen una afrenta para la dignidad del excluido (183). Así, nos parece que no puede considerarse inconstitucional un artículo de los estatutos de una asociación para la práctica del polo que limite la entrada a la misma a los que sean nobles. Obsérvese que no puede afirmarse que alguien se ve herido en su «dignidad» porque no se le admita en un club de polo que en sus estatutos exige ser hidalgo para pertenecer (184). Del mismo modo, a nuestro

(181) En la doctrina norteamericana se considera que, dado que no hay *State action* en la discriminación, ésta sólo queda prohibida si —y sólo si— está prohibida por una norma legal» W. BUSS, «Discrimination by Private Clubs» *Wash. U. L.Q.* 67 (1989) p. 815 ss., p. 822. A nuestro juicio, y como se deduce del texto, el conflicto en estos casos no es el que existe entre «el interés en ser tratado igualmente y el interés en ser libre para elegir las propias relaciones personales» (*ibidem*, p. 816).

(182) Un problema diferente es si el legislador puede prohibir a las asociaciones que discriminen en la admisión de miembros. No podemos entrar ahora en la discusión, pero nos parece que una prohibición absoluta afectaría al contenido esencial del derecho de asociación en lo que se refiere al derecho a elegir a los socios. En la jurisprudencia norteamericana tiende a distinguirse entre *intimate association*, protegida por el derecho a la intimidad de los socios, lo que impediría cualquier intervención estatal y asociaciones en general, respecto de las cuales no habría inconveniente en aceptar la validez de una prohibición general de discriminar por razón de sexo; v., al respecto, ampliamente, BUSS, *Washington U. L. Q.* 67 (1989) pp. 815 ss., p. 838 ss.

(183) V. BUSS, *Washington U.L.Q.* 67(1989) p. 842: «protección de los grupos excluidos frente a la estigmatización y a la indignidad que resulta de la exclusión... la exclusión es menos insultante cuando es la norma en lugar de la excepción, y cuando son menos los escogidos que los excluidos y cuando... el criterio de selección es estricto y coherente como por ejemplo, personas de origen irlandés en lugar de amplio y poco preciso como cristianos blancos». Téngase en cuenta, en todo caso, que el autor se refiere a los supuestos en los que está *justificado* que el legislador intervenga prohibiendo la discriminación, mientras que, a nuestro juicio, y con nuestro sistema constitucional, en estos supuestos es *obligatorio* para los poderes públicos impedir la discriminación.

(184) Así, también, STC 27/82 de 24.5 BOE 9.6 «y siendo un hecho lícito el ser noble no puede tampoco considerarse vejatorio ni contrario a derecho el que con efectos limitados a determinadas relaciones jurídicas privadas se exija la prueba de uno mismo es noble (por ejemplo para ser miembro de un club o de una asociación deportiva privada)». Por tanto, la crítica de GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales* pp. 114-115 (reiterada por GARCÍA TORRES, REDC 22[1988] p. 232 nota 17) en el sentido de que tal afirmación no es generalizable (¿«*Quid* si el ingreso en el club o asociación deportiva estuviera sujeto a una prueba de pureza racial o

juicio, no puede considerarse inconstitucional *en todo caso* la existencia de asociaciones sólo para hombres. Por ejemplo, nos parece que no son inconstitucionales asociaciones exclusivamente masculinas tales como las sociedades gastronómicas tradicionales del País Vasco. La negativa a admitir a una mujer en una sociedad dedicada a la gastronomía no implica *ningún juicio de valor peyorativo* acerca de la (menor) dignidad de la rechazada, como no lo implica la negativa de admisión de un plebeyo en un club de polo para nobles. Las mujeres pueden «responder» a la discriminación (y obtener el status correspondiente) mediante la creación de una asociación femenina similar. Al contrario, sin embargo, la negativa a admitir miembros exclusivamente por razón de la raza del solicitante deben considerarse abusivas por contrarias al orden público. La negativa por razones raciales sólo puede interpretarse como una manifestación racista, salvo que se trate, naturalmente, de una asociación de personas de la raza generalmente discriminada (185). La persona rechazada por razones de raza no tiene alternativa disponible para recuperar el status del que ha sido privado al ser rechazado, puesto que crear una asociación con miembros sólo de su raza no les proporciona el status correspondiente —igualdad— sino que, al contrario, confirma el *status* discriminatorio («equal but separate»).

b) Es en este marco en el que debe enjuiciarse el caso de la fundación Cardenal Albornoz que ofrece becas en el Colegio de San Clemente de los Españoles en Bolonia a «varones católicos». A nuestro juicio, tal cláusula plantea problemas graves de validez (186). Problemas que, a nuestro juicio, no derivan del principio de igualdad, ni del hecho de que nuestra Constitución reconozca el derecho a fundar sólo «para *finés de interés general*» (art. 37.1)

de procedencia étnica, territorial o social o de profesión de determinada religión, o de determinada adscripción política?) no es de recibo. El Tribunal Constitucional es impecablemente correcto. *Obsérvese que afirma que no puede considerarse vejatorio*, (es decir, como una afrenta a la dignidad humana), la negativa a la entrada en la asociación. Sin embargo, si la negativa se funda en una discriminación racial, la dignidad humana si se ve afectada y, consiguientemente, como se afirma en el texto, se han traspasado los límites del art. 7.2 CC. Para un análisis detallado de la sentencia citada, v. A. HERNÁNDEZ-GIL, *La preferencia del varón en la sucesión nobiliaria después de la Constitución*, Madrid, 1992, *passim*, especialmente p. 142 ss. donde se rechaza el carácter discriminatorio de la preferencia con el argumento de que el título nobiliario no afecta en absoluto al ejercicio o titularidad de derechos fundamentales. Si el (inexistente) *status* de noble no es discriminatorio, no puede serlo la forma de acceder al mismo.

(185) V. BUSS, *Washington U.L.Q.* 67(1989) p. 852. En este sentido, debe recordarse que la legislación norteamericana que protege a los trabajadores frente a la discriminación, permite a una empresa pequeña (menos de 15 empleados) ser excepcionalmente machista pero no le permite ser racista en la selección de sus empleados, v. al respecto, J. DONOHUE, «Prohibiting Sex Discrimination in the Workplace: An Economic Perspective», *U. Chi. L. Rev.* 56 (1989) pp. 1342-43.

(186) Cabría discutir tal afirmación sobre la base de la libertad ideológica o de educación, en la medida en que se afirmase que la «coeducación» o la educación segregada por sexos son producto de una opción sobre modelos educativos. Pero el argumento no es muy sólido. La Iglesia Católica ha extendido la coeducación por todos sus centros de enseñanza superior en el mundo, luego en el caso de Bolonia no puede verse mas que una reliquia histórica.

(187) sino del hecho de que el Estado otorgue beneficios públicos a dicha institución como el reconocimiento de los títulos de doctor obtenidos por los colegiales en la Universidad de Bolonia. Desde el punto de vista aquí examinado es probable que pueda negarse que el Estado esté obligado a impedir la discriminación. Dado que existen muchas alternativas equivalentes a dicha institución (estudio en universidades extranjeras de prestigio, becas, etc.) para las mujeres que desean obtener un status similar al que proporciona el Colegio, la negativa no parece vejatoria para las solicitantes de sexo femenino. A nuestro juicio, el requisito de la profesión de fe católica tampoco es inconstitucional. El Estado puede no sólo tolerar sino favorecer a instituciones cuyos miembros sean sólo católicos. En tal caso, la libertad religiosa protege suficientemente la validez de la cláusula. Consecuentemente, la única consecuencia trascendente derivada del sometimiento de los poderes públicos a los mandatos constitucionales es la prohibición al Estado de otorgar privilegios a una institución que discrimina a las mujeres, pero no, declarar ilícita la fundación.

El supuesto de una fundación creada para dar becas a gitanos permite comprobar que no es tanto el carácter discriminatorio como el carácter *vejatorio* de la discriminación lo que hace ilícita la negativa a contratar o a «prestar» de un particular. A nuestro juicio, no cabe ninguna duda de que una fundación que prevea como actividad en sus estatutos proporcionar becas de estudios a personas de raza gitana no sólo es perfectamente lícita sino que cumple los requisitos del art. 37.1 CE (188). Ningún «payo» puede sentirse vejado en su dignidad porque se le deniegue la beca ofrecida por la fundación.

c) El supuesto de acceso a locales públicos, que ha sido expuesto ya, expresa igualmente esta valoración. La comparación del caso de un marroquí al que se le niega acceso a una discoteca por su raza con el decidido en la STC 73/85 de 14.6 BOE 17.7 en el que la demandante alegó discriminación porque no se le permitió la entrada en un casino (al parecer, porque figuraba en una lista con personas que tenían prohibido el acceso a tales locales) refleja bien por qué en el primer caso debe otorgarse el amparo y en el segundo no. La actuación del titular de la discoteca es, según hemos visto, contraria al art. 7.2 CC precisamente porque ha impedido la entrada a alguien en un local público *por su raza*, lo que supone una afrenta a la dignidad humana del afectado que el ordenamiento no puede amparar. En el segundo caso, se impidió la entrada a la demandante por razones que, aunque no quedan claramente reflejadas, no tenían nada que ver con su raza o sexo. Por lo tanto, *en todo caso*, la negativa a permitir la entrada no era un acto contrario al art. 7.2. CC (189): no puede afirmarse que a alguien le hayan tratado «como si no fuera un ser humano» por tal negativa.

(187) Por fines de interés general ha de entenderse fines de interés de toda la sociedad o, dicho de otro modo, fines que puedan ser objeto de fomento por parte de la Administración pública (Pantaleón). El fin de la fundación es educativo.

(188) En nuestro país, no debe caber duda de que es un fin de interés general promover la formación educativa de un sector marginalizado como los gitanos.

(189) El Tribunal alega que los casinos no son entidades respecto de las cuales pueda predicarse un derecho ilimitado de libre acceso. A nuestro juicio, no es ese el problema. Si a una persona no se le permite la entrada en un casino por su sexo o raza, el supuesto es idéntico al de cualquier otro establecimiento abierto al público.

7. Los criterios expuestos hasta aquí permiten señalar en qué circunstancias es más probable que un comportamiento discriminatorio atente contra la dignidad del discriminado y sea, por tanto, abusivo.

a) Así, hay mayor probabilidad de vejación cuando el criterio de discriminación (en el que se funda la negativa) es inmodificable o muy difícilmente modificable por el sujeto afectado por la negativa a contratar de forma que no puede evitar la discriminación «renunciando contractualmente» a ser negro, mujer, homosexual, etc.

De hecho, las negativas a contratar plantean problemas jurídicos graves cuando se refieren a este tipo de cualidades como la raza, el sexo o la religión. Respecto de las modificables, el afectado se limita a aceptar que se comportará de la forma querida por el «discriminador» para así poder obtener el bien o servicio, de forma que el problema se traslada a determinar la nulidad de la cláusula contractual correspondiente. Así, por ejemplo, el color de la piel como causa de una negativa a contratar no puede convertirse en una cláusula contractual. («No contrato con negros» / «el arrendatario se compromete a no volverse negro»). Por el contrario, el soltero que desee el piso en arrendamiento firmará la cláusula que le prohíbe contraer matrimonio durante la vigencia del arrendamiento.

b) Tienden a ser vejatorias las discriminaciones que se basan en circunstancias utilizadas históricamente para determinar el *status jurídico* de las personas. Este criterio nos parece el de mayor trascendencia. En la medida en que históricamente la raza o el sexo han sido utilizados para determinar un desigual *status* jurídico de los individuos frente al Estado, parece encajar perfectamente en la consideración del art. 10.1 CE como un mandato de protección a los poderes públicos de la dignidad humana, que garanticen protección frente a discriminaciones por particulares fundadas en razones similares.

c) Una tercera circunstancia que favorece la afirmación del carácter vejatorio de la negativa de contratar consiste en el carácter *observable* de la discriminación (190). La razón se encuentra en que sólo en el caso de que la discriminación sea observable, pública, puede producir el efecto deseado por el discriminador: producir *status* para el grupo del discriminador mediante la vejación del miembro del otro grupo social. Como veremos, el derecho a la intimidad proporciona cobertura a actuaciones discriminatorias, cobertura que no se extiende, lógicamente, a las actuaciones públicas.

(190) P. ej. por la preexistencia de una *invitación pública a ofrecer* de carácter genérico por parte del que se niega a contratar, cuyo contenido o cuya aplicación sea discriminatoria; v. en sentido parecido, aunque menos preciso, R. BERCOVITZ, «Principio de igualdad y Derecho privado», ADC 1990, p. 424-425 que considera inconstitucional la discriminación con «trascendencia social» o que sea «manifiesta» o la realizada dolosamente; v. también, ALONSO, *Interpretación*, p. 376 y RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, p. 262; ENNECERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil I-1*, p 103: «tratamiento discriminatorio en el marco de un grupo de personas con idénticos intereses».

El caso más patente es el del acceso a locales públicos, por cuanto la apertura de un establecimiento al público implica una renuncia expresa a seleccionar la clientela sobre bases individuales, aún cuando no quepa afirmar que hay ya obligación de contratar por el mero hecho de la apertura. Lo que hace vejatoria la negativa es «que todo el mundo sabe» que, en principio, se acepta contratar con cualquiera, por lo que la negativa no justificada sólo puede ser interpretada como un acto de desprecio o minusvaloración, justamente, la finalidad pretendida por el discriminador.

d) A los efectos de calificar como vejatoria una negativa a contratar es irrelevante la alegación, por parte del que se niega a contratar, de obligaciones contractuales en tal sentido. Los pactos por los que alguien se obliga a tratar discriminatoriamente a los miembros de una raza o sexo han de considerarse como nulos (art. 1275 CC) y a su alegación se opone la regla *turpitudinem suam allegans, non auditur*.

Esta es la «lección» que puede extraerse, para nuestro Derecho, del importantísimo caso norteamericano *Shelley v. Kraemer* (191). Se trataba de una compraventa de viviendas en la que los compradores eran negros. Otros vecinos del inmueble intentaron que no se diese posesión de los pisos a los negros alegando una cláusula de un contrato firmada por casi todos los propietarios del mismo en la que se establecía que las viviendas no podrían venderse a personas que no fueran blancos. Este tipo de acuerdos era una cláusula de estilo que vino a sustituir a las normas municipales que dividían las zonas residenciales en función de la raza y que fueron declaradas nulas (192). El Tribunal Supremo norteamericano se planteó si la infracción de los derechos fundamentales era imputable exclusivamente a los particulares o también al tribunal que aplicó el acuerdo a lo que dió una respuesta afirmativa (193), es decir, si había habido *State action* en la discriminación (v. *supra* II.3). Dada la ineficacia real de las prohibiciones de disponer por contrato en nuestro Derecho (194), no cabe discutir sobre la transmisión de propiedad a los compradores negros.

(191) Sobre la importancia política de la decisión, v. el número especial de la *Washington University Law Quarterly*, 67 (1989) pp. 673 ss.; esp. F.A. ALLEN, «Remembering *Shelley v. Kraemer*: of Public and Private Worlds» pp. 709 ss.

(192) ALLEN, *Wash. U. L. Q.*, 67 (1989) pp. 716 ss., el 80% de las casas de Chicago incluía una cláusula semejante; este tipo de normas provocó que la inmigración negra a grandes ciudades se encontrara sin alojamiento y debiera concentrarse en las zonas donde tales acuerdos no existían lo que ocasionó que, por ejemplo, en Baltimore, el 20% de la población viviera en el 2% de las casas.

(193) El TS americano hizo una verdadera «finta» por cuanto dijo que el contrato era válido pero dijo también que los jueces no podían imponer su ejecución. La doctrina que comenta esta sentencia es extensísima y frecuentemente, crítica; v. entre muchos, Comment, 44 *Calif. L. Rev.* (1956) pp. 718, 733; específicamente, HENKIN, 110 *U. Pa. L. Rev.* 110 (1962), p. 473 ss.; QUINN, 64 *Cal. L. Rev.* 1976, p. 156 ss.; LOCKHART y otros, *Constitutional Law*⁶ p. 1432-1433; otros afirman que atribuye un significado demasiado amplio a la doctrina de la *State action*, STRICKLAND, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 18 (1991) pp. 602 ss.; v. también, la citada *supra* II.3.

(194) V., por todos, A. CAÑIZARES, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», ADC 1991, p. 1453 ss.

8. Fuera de los supuestos anteriores, los particulares pueden discriminar lícitamente a otros particulares a la hora de seleccionar con quién celebran contratos o mantienen, genéricamente, relaciones. Esta afirmación es coherente con un sistema de Derecho Privado en el que rige el principio de la no necesidad de justificación de las decisiones autónomoprivadas y engarza perfectamente en un sistema de derechos fundamentales como el de nuestra Constitución además de ser coherente con el fundamento de la prohibición aquí propuesto. En efecto, en la medida en que el derecho a que el Estado no intervenga tenga un valor preponderante, como sucede singularmente en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad, no queda otro remedio que admitir la existencia de un «derecho a ser racista». La solución contraria socavaría los fundamentos de la protección constitucional de los más esenciales derechos fundamentales. Como señala la doctrina norteamericana «frente a la demanda de trato igualitario existen importantes derechos de libertad e intimidad que gozan de protección constitucional sustantiva. Entre ellos, un ámbito de libertad protegido para discriminar al que la Constitución da mayor valor» (195). Nadie puede hacer nada contra alguien que se niegue a dejar entrar en su casa a gentes de otras razas por el simple hecho de que sean de otras razas. Es más, si se produce la infracción (entrando en la casa sin autorización del titular), la discriminación es irrelevante para considerar ilegal la actuación del infractor.

9. Al margen de este límite genérico a la autonomía privada, la vinculación de los poderes públicos al art. 14 CE limita también, aunque de modo indirecto, la libertad de los particulares para discriminar a otros particulares respecto a la celebración de contratos. En la medida en que gran parte de las actividades privadas se ven estimuladas o dirigidas por poderes públicos, existe una obligación del Estado de imponer a los particulares que reciben ventajas públicas en cualquier forma que no discriminen *respecto al disfrute de dichas ventajas* (196).

La comparación entre la asociación de «nobles» del ejemplo anterior y un «club deportivo» permite aclarar la cuestión. Si una asociación deportiva desea obtener el *status* de club deportivo (con el correspondiente acceso a subvenciones estatales, etc.), sus estatutos no pueden discriminar (art. 14.2 RD 177/81 de 16.1 que desarrolla la ley 13/80 del deporte), por lo que la asociación de nobles mencionada no podría alcanzar el *status* de club deportivo (197).

(195) HENKIN, *U. Pa. L. Rev.*, 110 (1962) p. 487; v. también, BLACK, *Harvard L. Rev.* 69 (1967) p. 101; BUSS, *Washington U. L. Q.* 67 (1989) p. 817 y 822 con indicaciones de la jurisprudencia constitucional.

(196) El examen de la *state action* norteamericana proporciona interesantes aportaciones sobre este particular, v. referencias *supra* notas 36-37. Naturalmente, recibir ayudas públicas no convierte al particular en un poder público.

(197) v. ALONSO GARCÍA, *RAP*, 100-102 (1983) p. 85.

VIII. CONCLUSIONES

1. Existe amplio acuerdo respecto a que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales implica consecuencias diferentes para poderes públicos y para los particulares: carácter vinculante para los poderes públicos (art. 53.1 CE) y garantía de una cierta vigencia social en el sentido genérico de que los particulares deben gozar de algún tipo de protección en el ejercicio de sus derechos fundamentales frente a su no reconocimiento por parte de otros particulares.

2. La afirmación de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales no tiene apoyo normativo; altera las competencias del legislador y del poder judicial; es valorativamente contradictoria con los principios constitucionales y metodológicamente incapaz de explicar los problemas que en el ámbito privado plantea el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.

3. La vigencia social de los derechos fundamentales debe ser producto de la mediación estatal. Esta mediación viene delimitada, por un lado, por la obligación de intervención que para los poderes públicos se deduce del carácter de mandatos de protección de los derechos fundamentales. Por otro, por la obligación de respetar el ámbito privado de libertad que deriva del carácter de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención.

4. En esta labor, corresponde al legislador establecer el nivel de vigencia social de los derechos fundamentales exigido por la Constitución mediante la promulgación de normas de Derecho Privado que respondan a una valoración equilibrada entre los dos límites expuestos en el apartado anterior. A los jueces corresponde idéntica labor en la interpretación de las normas, tarea que tiene especial importancia en la interpretación de las cláusulas generales así como en el control de la constitucionalidad de los usos y en la labor de desarrollo judicial del Derecho. Al Tribunal Constitucional corresponde fiscalizar estas actividades estableciendo, en cada caso, si la falta de protección o el exceso de intervención es imputable al legislador (a normas legales inconstitucionales) o a los jueces (a interpretaciones inconstitucionales de normas constitucionalmente admisibles).

5. En relación con la *libertad contractual* en sentido estricto (libertad de pactos, *Gestaltungsfreiheit*) los derechos fundamentales plantean un problema de límites a la renunciabilidad de los derechos por contrato (concreción de los arts. 6.2 y 1255 CC). Si bien es constitucionalmente admisible limitar los derechos propios por contrato (e inconstitucional la prohibición legal de hacerlo) los derechos fundamentales están fuera del comercio y no caben renunciaciones a la titularidad de los mismos. En relación con la *libertad para contratar o no* y para elegir al cocontratante (*Abschlussfreiheit*), los derechos fundamentales plantean un problema de ejercicio abusivo —anticonstitucional— de un derecho (art. 7.2 CC). Hay abuso de derecho en una negativa a con-

tratar cuando ésta implica un trato vejatorio para el rechazado. En ambos casos, pues, los límites a la autonomía privada como consecuencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales deriva del mandato de protección de la dignidad humana que, dirigido a los poderes públicos contiene el art. 10 CE.