

LA HORIZONTALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

INMACULADA VIVAS TESÓN
Prof.^a. Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

En la actualidad, se recurre a menudo a la «privatización» de espacios y derechos o «reserva del derecho de admisión» para lograr mantener, con una sedicente legitimidad, discriminaciones por razón de sexo o nacionalidad, conculcándose, así, el art. 14 CE, que proclama la igualdad de todas las personas. Piénsese en el caso de la inadmisión de varias mujeres, hijas de pescadores, para ingresar en la secularmente masculina Comunidad de Pescadores de El Palmar de la Albufera de Valencia o en los frecuentes supuestos en los cuales se veda la entrada en determinados locales a homosexuales o inmigrantes. Lo privado se erige, estratégicamente, en muro o barrera infranqueable para toda reivindicación paritaria.

Tras tales situaciones se encuentra la interesante y difícil cuestión de la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y, más concretamente, si su titular está protegido únicamente frente a la injerencias del poder político (relación de subordinación), o también frente a vulnera-

ciones –naturalmente, no constitutivas de ilícito penal¹– por parte de otros titulares de derechos fundamentales (relación de coordinación).

Es la sobradamente conocida, según la terminología alemana, *Drittwirkung der Grundrechte*² o, si se prefiere, *eficacia horizontal de los derechos fundamentales*.

Concretamente, los derechos fundamentales ¿son aplicables en las relaciones entre particulares?; el respeto a dichos derechos constitucionalmente

1 En cuyo caso el problema viene resuelto por el Derecho Penal.

2 La tesis de la *Drittwirkung* fue elaborada por el iuslaboralista NIPPERDEY: *Grundrechte und Privatrecht*, Monaco, 1961 y aceptada por el Tribunal Federal de Trabajo de la República Federal Alemana en 1954. En la doctrina alemana, vid. RAISER: *Il compito del Diritto Privato*, trad. it. de M. Graziadei, Milano, 1990; HESSE: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad. e introduc. de Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 1995 y VON MÜNCH: «Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania», en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, (Salvador, coord.), Madrid, 1997, págs. 30 y ss. y bibliografía que allí se recoge.

En la doctrina española cabe destacar, entre otros, QUADRA SALCEDO: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales*, Madrid, 1981; GARCÍA TORRES/GIMÉNEZ BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986; CRUZ VILLALÓN: «Derechos fundamentales y Derecho Privado», en *Academia Sevillana del Notariado*, 1988, págs. 97 y ss.; LÓPEZ AGUILAR: *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, 1990; ALFARO AGUILA-REAL: «Autonomía privada y derechos fundamentales», en *ADC*, 1993, págs. 57-122; ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; DE VEGA: «Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 1994, págs. 41-56 y «La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte», en *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional, Libro Homenaje al Profesor Gumersindo Trujillo*, coord. Por Aguiar de Luque, 2005, págs. 801-822; LÓPEZ Y LÓPEZ: «Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular», en *Quaderni Fiorentini*, 1996, págs. 434 y ss.; BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, 1997, y «Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares», en *Teoría y realidad constitucional*, 2006, págs. 147-198 y «Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público», en *Derecho Constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (coord. por Joaquín Urías Martínez, Manuel Carrasco Durán, Manuel José Terol Becerra, Francisco Javier Pérez Royo), Vol. 1, 2006, págs. 819-842; SALVADOR CODERCH (coord.): «Asociaciones, democracia y Drittwirkung», en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada* (Salvador, coord.), Madrid, 1997, págs. 55 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE: «El derecho fundamental a la no discriminación en las relaciones *inter privatos* (su incidencia en la disciplina del error matrimonial)», en *Aranzadi Civil*, 1997, II, págs. 69 y ss. y *El error en el matrimonio*, Bolonia, 1997, págs. 257 y ss.; NARANJO DE LA CRUZ: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

reconocidos ¿funciona como un límite a la autonomía privada y, por tanto, como una restricción de la libertad de actuación de los particulares?³.

Como se sospechará, una respuesta a la *Drittwirkung* no resulta nada fácil: frente a una posición contraria a la virtualidad de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado existe otra favorable en la que algunos se inclinan por la horizontalidad directa sin necesidad de mediar ninguna norma interpuesta, en tanto que otros consideran que los derechos fundamentales informan el concreto contenido de las cláusulas y conceptos generales del Derecho Privado, como la buena fe, moral, buenas costumbres u orden público (arts. 7.1, 1255 y 1258 C.c.), conceptos jurídicos abiertos e indeterminados que le permiten adaptarse adecuadamente a los continuos cambios de nuestra frenética sociedad.

Sin poder entrar en mayor detalle, en aras de la brevedad requerida, puede decirse que, en las distintas experiencias comparadas, se acepta una cierta operatividad de los derechos fundamentales en el ámbito privado⁴, si bien la aplicación de los derechos fundamentales entre los particulares es más matizada, dada la prevalencia en él del principio de autonomía de la voluntad y libertad negocial, que en la esfera de lo público⁵.

En nuestra opinión, la superioridad normativa de la Constitución y su efecto de irradiación en todo el Ordenamiento jurídico, así como los valores

3 LÓPEZ Y LÓPEZ: «La autonomía privada», en *Derecho Civil. Parte General*, cit., págs. 558-559, plantea las siguientes hipótesis: en relación al principio de igualdad *ex art. 14 CE*, ¿pueden los estatutos de una asociación deportiva (privada, por definición: art. 35.2 C.c.) establecer que no podrán formar parte de ella los individuos pertenecientes a una determinada etnia?; una persona que se dedique al suministro de bienes y servicios, ¿carece de las posibilidades de establecer con sus clientes el precio y las condiciones de los mismos, una vez que los haya fijado con el primero, porque todos los siguientes tienen el derecho (constitucional) a ser tratados de manera igual?; ¿puede un profesional negarse a prestar sus servicios, o todos tiene derecho a ellos, por aplicación del principio de igualdad? En relación al derecho fundamental a la libertad de expresión, ¿puede un empleado de una empresa ampararse en él para hacer propaganda negativa de los productos de la misma? o ¿el derecho a la libertad ideológica permite a un profesor de un centro privado enfocar su enseñanza en contra radicalmente del ideario de dicho centro?.

4 En Suiza, el artículo 35 de la Constitución federal de 18 de abril de 1999 ha acogido la tesis de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales. El precepto lleva por título «Réalisation des droits fondamentaux», y dispone:

«1. Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique.
2. Quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.

3. Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux».

5 STC 177/1988, de 10 de octubre (RTC 1988, 177).

superiores de libertad, justicia e igualdad –formal y material– del Estado social y democrático de Derecho hacen inevitable la existencia de algún grado de horizontalidad en los litigios interindividuales.

Cierto es que el art. 53 CE establece: «*los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos*», olvidándose, como puede verse, de los ciudadanos, a los que sí contempla, en cambio, en su art. 9.1⁶.

Sin embargo, a pesar de la omisión, nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 177/1988, de 10 de octubre, considera: «*ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (RTC 1984\18) (fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C. E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas».*

Parece que el art. 53.1 lo que quiere insistir es en la vinculación con lo que son los principales destinatarios de los derechos fundamentales que son los poderes públicos, y, en particular, fijar la vinculación del Parlamento al contenido constitucional de los derechos fundamentales, pero ello no implica exclusión de los particulares. Prueba de ello que, aparte del art. 9.1, existen

6 Para FREIXES SANJUAN: *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, 1992, pág. 113, el art. 9.1 CE podría ser el precepto consagrador, en nuestro Ordenamiento Jurídico, de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

otros preceptos en la Constitución de los cuales se deduce que los particulares están sujetos también a los derechos fundamentales, como, verbigracia, el art. 10.1 CE, el art. 20.4 cuando habla de los límites de la libertad de expresión, el art. 32.1 en relación con el matrimonio o el 35.1 en relación con el derecho de trabajo.

El Tribunal Constitucional, haciéndose eco de la doctrina proclamada por el Alto Tribunal alemán sobre el doble carácter de los derechos fundamentales en su conocida Sentencia de 1958, considera que los derechos fundamentales adquieren una doble dimensión, objetiva y subjetiva. Son, desde luego, derechos subjetivos de naturaleza reaccional que garantizan a cada uno de los ciudadanos, individualmente considerados, un status jurídico de libertad en su ámbito particular de existencia, pero son, también, elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad, en cuanto ésta se configura como un marco de convivencia humana, justa y pacífica que integra la propia configuración del Estado como social y democrático de derecho. Las libertades y derechos fundamentales actúan como límites materiales que la dignidad humana impone al poder público y a la colectividad en general. El papel funcional como límites de lo decidible, se manifiesta, por tanto, en las relaciones del ciudadano con el Estado y de aquellos entre sí. De ahí, su indiscutible eficacia horizontal en las relaciones entre particulares, cuyos actos, negociales o no, con repercusión para terceros no podrán desconocer nunca su contenido esencial⁷.

Aceptada, pues, una cierta virtualidad de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados*, el Tribunal Constitucional ha señalado, en relación al ámbito laboral –el cual fue, precisamente, el que dio origen, en Alemania, a la doctrina de la *Drittwirkung*–, que los derechos fundamentales no son ilimitados⁸, razón por la cual el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos vengán establecidos⁹. En particular, todos los derechos han de ejercerse de acuerdo con los dictados de la buena fe (arts. 7.1 y 1258 C.c. y arts. 5 a), 20.2 y 54.2 d) E.T.).

Así las cosas, la buena fe es un límite al ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, de modo que la jurisprudencia

7 Entre otras, SSTC. 25/1981, de 14 de julio, 101/1983, de 18 de noviembre, 18/1984, de 7 de febrero.

8 STC 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985, 88).

9 SSTC 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988, 6) y 126/1990, de 5 de julio (RTC 1990, 126).

cia constitucional¹⁰ exige al trabajador, aun disponiendo de libertad para ejercer sus derechos fundamentales, el ejercicio según la buena fe de los derechos fundamentales y, en especial, de las libertades de expresión e información que reconocen los artículos 20.1 a) y d) CE.

Puede resultar llamativo que la buena fe adquiera, de este extraño modo, rango constitucional, aunque, si nos paramos a pensar más detenidamente, quizás la rareza no sea tal, pues se ubica en el Título Preliminar del Código civil.

Es evidente que los derechos fundamentales no operan, por igual, en cualquier relación *inter privados*, de ahí que la *Drittwirkung* sólo puede encontrar una solución puramente casuística, precisándose, caso a caso y bajo las específicas circunstancias, la ponderación de los conflictos de derechos e intereses que subyacen en la horizontalidad conforme a un *juicio de razonabilidad*¹¹.

En los conflictos horizontales, el juez debe respetar, con sumo cuidado, la libertad individual, evitando una invasión desmesurada del principio de autonomía privada, libertad contractual y, en definitiva, del Derecho Privado, de ahí que la doctrina de la *Drittwirkung* deba reservarse, rigurosamente, a supuestos de grave infracción de derechos fundamentales que, agrediendo, razonablemente, valores esenciales y mínimos de la convivencia social, supongan un atentado al orden público¹².

Recordemos el caso citado al iniciar estas páginas de la Comunidad de Pescadores de El Palmar, en el que se producía una colisión entre el principio de igualdad y el derecho de asociación: se produjo una vulneración del principio de igualdad al excluir a cinco mujeres, hijas de pescadores, que solicitaron infructuosamente su ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar en las mismas condiciones que los hijos de pescadores.

10 SSTC 120/1983, de 15 de diciembre (RTC 1983, 120); 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985, 88); 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988, 6); 4/1996, de 16 de enero (RTC 1996, 4); 106/1996, de 12 de junio (RTC 1996, 106); 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204); 1/1998, de 12 de enero (RTC 1998, 1); 197/1998, de 13 de octubre (RTC 1998, 197); 90/1999, de 26 de mayo (RTC 1999, 90); 241/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 241); 20/2002, de 28 de enero y 213/2002, de 11 de noviembre [RTC 2002, 20 y 213] .

11 V. CARRASCO PERERA: «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en REDC, 1984 y MARTÍNEZ TAPIA: *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, 2000.

12 V. LÓPEZ Y LÓPEZ: «Estado social...», cit., pág. 439.

Interpuesta demanda ante Juzgado de Primera Instancia Número Uno de los de Valencia, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, ésta fue estimada. Recurrída en apelación por la Comunidad de Pescadores, la AP de Valencia, en su Sentencia de 24 de abril de 1999, desestimó el recurso, confirmando la sentencia de instancia: «*El sexto y último motivo del recurso en el que se pretende amparar la demanda es en el derecho de asociación en su vertiente negativa, de no asociarse, en cuanto que como Comunidad de Pescadores no puede serle impuesta la admisión de ningún socio y en punto a ello cabe decir que es jurisprudencia constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 218/1988, de 22 de noviembre y auto 2/1993 de 11 de enero), la que declara que el derecho de asociación reconocido en el artículo 22.1 de la Constitución, en su contenido esencial comprende tanto el derecho a asociarse como el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo, de ahí que si bien los tribunales deben respetar el derecho fundamental de autoorganización de las asociaciones, al ser esta faceta de dotarse de su propia normativa, uno de los aspectos de dicho derecho fundamental de asociación, no lo es menos que tal facultad no significa que dentro de la asociaciones existan zonas que hayan de quedar exentas de control judicial, puesto que es ese derecho, en cualquier caso, el que se ha de ejercitar dentro del marco de la Constitución, lo que quiere decir que aunque las normas aplicables por el Juez, habrán de ser en primer término las contenidas en los estatutos de la asociación, ello lo será siempre que no fuesen contrarias a la Constitución y a la Ley, por lo que, en consecuencia, no se podrá so pretexto del derecho de autorregulación de la asociación, permitir que coexistan situaciones que vayan contra la norma constitucional y en concreto contra el derecho fundamental del artículo 14 que consagra el principio de igualdad de las personas y de la no discriminación por razón de sexo, procediendo, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia» (FJ 5º).*

Interpuesto recurso de casación por la Comunidad de Pescadores, fundado, entre otros motivos, en la infracción por inaplicación del derecho fundamental de asociación reconocido y amparado en el art. 22 CE, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 de febrero de 2001¹³, declaró no haber lugar

13 RJ 2001, 544.

al mismo al considerar que el factor sexo había sido el elemento determinante de la discriminación laboral a que habían sido sometidas las cinco actrices.

Muy recientemente, el Tribunal Supremo, en una Sentencia de 13 de julio de 2007, ha tenido de nuevo ocasión de pronunciarse sobre la fiscalización judicial de un caso de eficacia horizontal de los derechos fundamentales en relación a la denegación, por parte del Comité de Admisión de una asociación deportiva, de la solicitud de ingreso como socio de un particular interesado en disfrutar de los derechos derivados de tal condición.

En su F. J. 5º, tras advertir que, ante un cruce de derechos fundamentales, es ardua tarea la determinación del alcance de uno y otro y el grado de fiscalización y de control atribuido al respecto a los tribunales, trae a colación la doctrina constitucional y jurisprudencial de la «base razonable» para concluir que *«la negativa a la admisión como socio (en relación con la persona física presentada para el ejercicio de los derechos de tal, de quien no es posible desvincular a la persona jurídica solicitante de la condición) no contradice los Estatutos de la Asociación, por cuanto éstos exigen la aprobación unánime del Comité de Admisión. La decisión de este Comité se apoya en una «base» que hay que considerar objetivamente «razonable», sin que corresponda al control judicial ninguna otra consideración subjetiva. La asociación demandada es «puramente privada», porque por su finalidad –práctica de golf– no es de las que cabe atribuirle posición de predominio, representación de intereses sociales por vías institucionales, o de intereses profesionales económicos, culturales o sociales de especial trascendencia, o de utilidad pública (art. 32 LODA). Y, por otro lado, sin necesidad de ninguna otra consideración, no existe ninguna base para deducir que se le produce un perjuicio significativo al Sr. Gonzalo, pues el exigible no cabe referirlo al hecho de poder mantener relaciones sociales en la urbanización. Y, finalmente, no cabe estimar que el Comité de Admisión actuó arbitrariamente y por represalia, pues ha decidido con base en los Estatutos y en una causa cuya entidad subjetiva, dadas las circunstancias expuestas, no es posible fiscalizar en el ámbito judicial».*

Para finalizar, tan sólo me queda aludir a los casos de inadmisión en establecimientos de ocio abiertos al público, lamentablemente en aumento al compás de la creciente xenofobia y homofobia que respiramos en nuestras ciudades, los cuales vienen solventándose, en la práctica, mediante la imposición, por parte de la Administración, de sanciones económicas a aquellos lo-

cales que incumplan la normativa correspondiente reguladora del derecho de admisión de personas en tales establecimientos, que suelen oscilar, en Andalucía¹⁴, entre los 600 y 1200 euros. Pero, ¿realmente a golpe de multa puede alcanzarse la igualdad/no discriminación?

14 Decreto 10/2003, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de la Admisión de Personas en los Establecimientos de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas.