

CRITERIOS DE EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

*Profesor Titular de Universidad de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

I. INTRODUCCIÓN

Los ciudadanos apelan hoy a los derechos fundamentales para legitimar sus pretensiones en cualquier ámbito. La libertad constitucional de expresión se esgrime ante las condenas penales por desacato, pero también frente a ciertos despidos laborales, e incluso contra las reconvenciones de los padres a sus hijos por su lenguaje impropio. Se pretende hacer valer el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones frente a los servicios de información del Estado; pero asimismo con respecto a las agencias privadas de investigación, ante cualquier género de vigilancia de los trabajadores por parte de sus empresarios, contra el interés personal del cónyuge o frente al interés público que demanda a veces imperiosamente el conocimiento de ciertos hechos. El derecho a la igualdad se opone a cualquier diferenciación, incluso a las que, en el trato formal entre privados, pudieran basarse en razones de edad o respeto. En algunos de estos casos la razón asiste sin duda a quienes invocan los derechos fundamentales. En otros quizá les asista la ley, aunque su contenido podría estar parcialmente determinado por la Constitución misma. En fin, no pocos supuestos hay de absoluta desorientación personal, que se trata de cubrir con la apelación a un pretendido nuevo código de conducta social.

Nadie discute que los derechos fundamentales efectivamente amparan a los particulares en sus relaciones con los poderes públicos. Sin embargo, es problemática su aplicación a las relaciones que mantienen los particulares entre sí. El

presente estudio¹ pretende abordar algunos aspectos de esta última cuestión, contribuyendo a perfilar el marco para los concretos desarrollos que luego corresponde realizar a cada una de las disciplinas jurídicas que estudian las diversas relaciones surgidas entre los particulares.

Pues, en cualquier caso, se reconoce que esta eficacia de los derechos fundamentales no es homogénea, sino que depende de la concreta relación en la que el derecho opera. Para el matiz existen buenas razones.

En efecto, la llamada *teoría clásica* de los derechos fundamentales tiende a interpretarlos como únicos determinantes de una relación jurídico-pública, como garantía subjetiva frente a acciones del poder público que obstaculizan su ejercicio o lo sancionan. Y, ciertamente, pudo haber momentos en que los derechos valieran únicamente frente a la Administración y en la medida en que la ley no dispusiera lo contrario; funcionarían entonces de manera aceptablemente nítida. Pero incluso frente a los poderes públicos sufren hoy los derechos otras gradaciones de su eficacia, en particular desde que la ley no sólo puede limitarlos, sino que también ha de respetar su contenido esencial. Lo pone de manifiesto la persistencia de normas legales dirigidas a sancionar comportamientos en principio tutelados por un derecho fundamental, y cuya aplicación la propia Constitución tolera, pero dentro de ciertos (y no del todo precisos) límites; el ejemplo quizá más socorrido lo proporciona el tipo penal de las injurias. Por lo demás, no sólo es distinta la eficacia de los derechos frente a cada uno de los poderes públicos²: cada derecho tiene además su propia y peculiar eficacia.

Pues bien, pese a tanta complejidad, las relaciones de un particular con los poderes públicos siguen conformando un sector relativamente simple dentro del vasto círculo de relaciones jurídicas en las que el privado se desenvuelve. Dada la rica variedad de éstas, no habría por qué suponer en todas ellas una homogeneidad de contenido de los derechos fundamentales. La relativización de los derechos fundamentales en el tráfico privado es así exigida para dotar de eficacia a cada derecho en relaciones no sólo determinadas por él; procede de la necesaria inserción del derecho fundamental en su contexto. Por eso, «con afirmar que un derecho fundamental limita también a los particulares no está, ni mucho menos,

1. Desarrollo en él algunas ideas anticipadas en mi *Introducción* al libro de Konrad Hesse *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (Madrid: Civitas, 1995); me remito a ella para ciertos aspectos del tema que ahora no son tratados, parcialmente enumerados en este apartado introductorio. Un estudio más completo y detallado fue presentado como segundo ejercicio de la oposición a Titular de Universidad celebrada en abril de 1996 en la UNED. He de agradecer al prof. Antonio López Pina, así como a Guillermo Escobar Roca y a Pablo López Pietsch, que generosamente accedieran a comentar aquel trabajo a partir de elaboraciones provisionales, permitiendo así que el texto mejorara en aspectos relevantes. La publicación entretanto de la voluminosa tesis de J. M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid: CEPC-BOE, 1997), permite contrastar los criterios que desde aquí someto a debate con nuestra jurisprudencia constitucional, minuciosamente expuesta en tal obra y cuya cita pormenorizada, justamente por ello, aquí huelga.

2. Cfr. J. GARCÍA TORRES, «Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales», *Poder Judicial* 10.

todo dicho. Esta afirmación constituye el comienzo de los problemas interpretativos y constructivos, en modo alguno su solución»³.

Los problemas, sin embargo, no están sólo en los matices, sino que afectan al propio principio. No es ya que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares sea peculiar y diferenciada; se llega a negar que tal eficacia deba existir. Ahora bien, si estas relaciones no fueran influidas por los derechos reconocidos en la Constitución, su regulación habría de buscarse exclusivamente en la legislación ordinaria. Los derechos ni siquiera operarían en defecto de ley o cuando ésta resulta imprecisa; en tales casos, el juez civil habría de regirse por principios propios de su particular ámbito jurídico, sin base constitucional determinada. En fin, la ley no tendría que salvaguardar derechos fundamentales a la hora de regular las relaciones privadas; el legislador podría, por ejemplo, reducir los derechos del trabajador frente al poder del empresario sin encontrarse con límites constitucionales.

En cualquier caso, las páginas siguientes no se ocuparán de probar que la actual función de la Constitución impone buscar en ella, concretamente en los derechos fundamentales, ciertas reglas esenciales para la configuración jurídica de las relaciones privadas. Las razones históricas y dogmáticas de esa eficacia, que en la realidad indudablemente se produce, han sido ya sobradamente expuestas. Cosa distinta es que, con demasiada frecuencia, sean asumidas en forma acrítica, hasta el extremo de que la reflexión se detiene entonces en una primera afirmación retórica cuya concreta potencia argumental resulta después escasa. Se trivializa así en ocasiones el problema mismo y, de modo particular, sus efectos en la Teoría de la Constitución, que sería capaz de asumir las transformaciones del Estado contemporáneo sin perder su cuño decimonónico. Evidentemente esto resulta incorrecto⁴, pero no procede repetir aquí la correspondiente refutación.

Tampoco se pretende mostrar de nuevo cómo la controversia doctrinal sobre la eficacia *mediata* o *inmediata* admite una composición de perspectivas, en una síntesis que precisamente describe la actual situación jurídica: los derechos fundamentales, en rigor, actúan de manera inmediata como derechos subjetivos, pero sólo limitadamente; la mediación de la ley les permite desarrollar su eficacia, les dota de mayor proyección y amplía sus garantías.

Parece asimismo innecesario insistir, una vez más, en el análisis de la viabilidad del recurso de amparo en estos supuestos. En principio, los derechos fundamentales

3. J. BALLARIN IRIBARREN, p. 292 de su «Recensión» en *REDC* 24 a J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid: Civitas, 1986.

4. Cfr., por todos, P. DE VEGA GARCÍA en «La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social» (publicado en J. CORCUERA ATIENZA y M. A. GARCÍA HERRERA, *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid: Tecnos, 1988) y en «Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)» [*Anuario de Derecho constitucional y parlamentario* 6, 1994, donde se refiere a la *Drittwirkung* como «una vía razonable para asentar el constitucionalismo de la igualdad» «sin negar el constitucionalismo de la libertad» (pp. 55 y s.); y, desde perspectiva bien diferente, E. FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975; cfr. pp. 105 y ss., 225 y ss. («considerando la discrepancia que existe entre el Estado de Derecho, que sólo puede negar su origen burgués mediante el abandono de sí mismo, y el Estado social») y 249 y ss.

podrían tener eficacia en las relaciones entre los particulares aunque las eventuales lesiones no abrieran la vía adicional de tutela que supone el recurso de amparo constitucional; ésta podría quedar reservada para las lesiones de los derechos producidas en las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos. Pero la distinción escrupulosa entre el ámbito de la *Drittwirkung* y el del amparo constitucional, impecable desde el punto de vista de la lógica, termina casi siempre siendo suspendida⁵.

En fin, no cabría comprobar la concreta pregnancia de los derechos fundamentales sobre todos los muy diversos tipos de relaciones sociales; la tarea corresponde a las singulares disciplinas jurídicas que estudian su regulación. El Derecho constitucional no debe pretender la tutela exclusiva de una casuística que necesariamente aparecería abigarrada, guiada a la vez por tópicos que, por proceder de ámbitos jurídicos diversos, resultarían aquí sólo yuxtapuestos, no articulados.

Sí es posible, sin embargo, proponer desde el Derecho constitucional un elenco de criterios fundamentales con la pretensión de orientar la argumentación en la materia, *topoi* que contribuyan a la resolución de conflictos en los que esté implicada la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Éste es el sentido del presente estudio, cuyas sugerencias, por lo tanto, procuran mantenerse abiertas a la discusión, y no ofrecer un panorama cerrado de soluciones dogmáticas.

Pues, en efecto, los tópicos interpretativos en ningún caso pueden procesarse en tales términos. De tal desviación procede el fácil —y recurrente— argumento *ad absurdum*, que sin embargo no aporta precisión alguna en el terreno de lo razonable. De la limitación del poder empresarial por los derechos fundamentales del trabajador, y en concreto por su libertad religiosa, no se sigue que el trabajador tenga derecho a fijar la propia jornada laboral en los términos que mejor convengan a la práctica de sus variables convicciones. Se puede afirmar por ello que no es posible la extensión *ilimitada* de los derechos fundamentales, con todas sus consecuencias eventualmente imaginables, en el Derecho privado, que la invoca-

5. Resulta significativo el planteamiento de T. QUADRA SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid: Civitas, 1981 (cfr. pp. 13 y 19 y ss.), que otorga primacía argumentativa al problema procesal y considera la cuestión sustantiva en la categoría de los *prejuicios*. Y también es metodológicamente razonable la réplica de GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO, que aparentemente se ocupan ante todo de excluir el conocimiento de los problemas de *Drittwirkung* del ámbito del recurso de amparo, y sin embargo en sus «reflexiones finales», que contienen la argumentación más potente, prescinden del problema competencial y se orientan directamente contra la *Drittwirkung*. Al reconocer que los temas de *Drittwirkung* no se resuelven *sin más*, pues presuponen una decisión que sólo puede corresponder al Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución y no a la jurisdicción ordinaria (*op. cit.*, pp. 16 y 143, pero especialmente claro en J. GARCÍA TORRES, *op. cit.* en n. 2), el amparo constitucional se convierte en indispensable presupuesto procesal para que la *Drittwirkung* misma exista: sin él no podría haber decisión del Tribunal Constitucional que la concediera, ni podrían los jueces ordinarios reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. La que llaman «finta alemana» resulta insoslayable, y es así acertada la denuncia de J. M. ROMERO MORENO, que considera la estrategia argumental de GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO a su vez como una «finta» o «técnica de persuasión»: una vez diferenciados los dos problemas, pretenden dejar resueltos ambos a partir del análisis de uno sólo de ellos (cfr. su «Recensión» a la obra de ambos autores publicada por la *RAP* 112, pp. 402 y ss.).

ción de tales derechos no justifica por sí sola *cualquier* modificación unilateral de las condiciones de un contrato (STC 19/1985). Pero estos principios no excluyen la efectiva posibilidad de limitar el poder empresarial en favor de los derechos fundamentales del trabajador. ¿No puede acaso éste, al menos bajo ciertas condiciones, oponer su derecho fundamental a la propia imagen cuando el empresario le ordena exhibir su habilidad en el trabajo con fines de promoción publicitaria del producto (STC 99/1994)?

Este argumento *ad absurdum* (puesto que no es admisible todo lo que debiera derivar del principio, éste mismo queda invalidado, con todas sus consecuencias) lleva a conclusiones radicales no siempre compatibles con la ponderación casi connatural al razonamiento jurídico. La tendencia a plantear en tales términos la controversia en torno a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se comprende al tener en cuenta la conexión entre el sentido de los derechos fundamentales, aquí implicado, y la función de la Constitución, que es objeto de una polémica con alcance no sólo teórico.

En las páginas siguientes, el análisis se diferenciará a partir de dos argumentos tan recurrentes como imprecisos: la autonomía de la voluntad, invocada para contrarrestar la eficacia social de los derechos fundamentales, y las estructuras de poder social, que suelen servir para justificarla. Se impone distinguir, en efecto, entre la eficacia genérica de los derechos fundamentales frente a la también genérica libertad de todos, y una eficacia específica en los casos en que la conducta de quien interviene en el derecho ajeno parece ejercicio de un concreto poder, en particular por gozar de la tutela de otro derecho fundamental. Por eso la *Drittwirkung* se plantea como conflicto ya de derechos fundamentales, ya de uno de estos derechos con la autonomía de la voluntad. Aunque ésta también goza de algún respaldo constitucional, la diferencia subsiste.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La tensión entre derechos fundamentales y autonomía de la voluntad se suele referir a la eficacia de negocios jurídicos en los que el propio titular acepta la limitación del ejercicio de sus derechos; mas no nos detendremos ahora en esta perspectiva, sobre cuyas posibilidades y límites ya nos hemos manifestado en otra ocasión. Es claro, por lo demás, que la simple y genérica libertad personal en ningún caso ampara lesión alguna de derechos ajenos; el deber de respeto a los derechos ajenos, que constituye quizá el supuesto más elemental de *Drittwirkung*, será comentado en primer lugar. Ahora bien, se suelen aducir problemas menos simples como prueba de que la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros impone en general su ponderación con la autonomía de la voluntad. Por ejemplo, ésta se tiene en cuenta especialmente cuando afecta al derecho de los demás a un trato igual, cuya proyección como límite general de la libertad es discutible.

1. Nadie puede libremente matar, invadir el domicilio ajeno, violar el secreto de la correspondencia o interferir la libertad de expresión mediante amenazas o

coacciones. Al menos ciertos derechos de libertad postulan una eficacia frente a todos tutelada por el Estado. Otros derechos, por su peculiar estructura, no operan frente a todos, mas sólo porque no existe la posibilidad de que un particular los afecte. En este ámbito se mencionan el derecho a la nacionalidad, el acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad, la objeción de conciencia al servicio militar, el principio de legalidad penal o el derecho a la tutela judicial efectiva⁶.

Isensee ha desarrollado de modo particularmente sistemático el tratamiento dogmático de la mencionada obligación de tutela que incumbe al Estado por imperativo constitucional⁷. Aquí recordaremos sólo que la decisión legislativa resulta primaria a la hora de traducir los derechos en garantías frente a todos. La protección de los derechos se realiza a través de reglas, instituciones y procedimientos adecuados⁸. Las leyes que regulan tales instituciones y procesos, tanto públicos como privados, deben por ello ser interpretadas de conformidad con los derechos fundamentales. Por esta vía, las exigencias derivadas de los derechos fundamentales se proyectan sobre el resto del ordenamiento jurídico; no es preciso insistir ahora

6. Todos los derechos, sin embargo, *pudieran* tener su *Drittwirkung*, y es preciso investigar derecho por derecho y caso por caso cual es su verdadero alcance (J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ-BLANCO, *op. cit.*, pp. 18, 54 y ss., 102). Cfr. por ejemplo, en torno al último de los derechos citados en el texto, E. ALONSO GARCÍA, «El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los Tribunales», en VV. AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Madrid: Civitas, 1991, pp. 981 y ss. y 1.007 y s.

7. J. ISENSEE, «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», en J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V*, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, pp. 188 y ss.; desde la perspectiva de los «derechos a protección» que resultan de ella, cfr. R. ALEXI, *Teoría general de los derechos fundamentales*, Madrid: CEC, 1993, pp. 435 y ss.

8. Sobre la realización y el aseguramiento de los derechos fundamentales a través de reglas de organización y procedimiento, cfr. muy especialmente K. HESSE, «Significado de los derechos fundamentales», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 101 y ss.; desde la perspectiva de los *derechos a organización y procedimiento*, R. ALEXI, *op. cit.*, pp. 454 y ss.

La protección que dispensa el legislador puede incluir la atribución de derechos subjetivos frente a los particulares o frente a los poderes públicos en favor del titular de la posición jurídico-constitucionalmente fundada. Con mayor generalidad, podría pretenderse incluso que todo el desarrollo normativo articulado en garantía de un derecho fundamental se integra *tendencialmente* en su contenido subjetivo, del mismo modo que la conversión de una norma objetiva en derecho subjetivo es hacedera en general (cfr. L. PAREJO ALONSO, *Crisis y renovación del Derecho Público*, Madrid: CEC, 1991, pp. 70 y s.); sin embargo, esta tesis no puede mantenerse sin límites, aunque sólo sea porque las reglas dispuestas en garantía de la efectividad de un derecho no siempre incorporan el derecho subjetivo a obtenerla en concreto: aunque la adecuada protección de ciertos derechos fundamentales exija la tipificación penal de la correspondiente lesión, tales tipos penales no confieren por sí sólo derechos subjetivos a los eventualmente dañados, pues el fin de la pena no es la retribución, sino la prevención (especial o general). En cualquier caso, estos derechos subjetivos de origen legal parece que ocasionalmente se tienen por incorporados al contenido mismo del derecho constitucionalmente garantizado, no ciertamente a los efectos de su futuro aseguramiento frente al legislador (sobre ello, véase íntegramente el cuidado estudio de M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill, 1996), pero sí, quizá, a los del amparo constitucional. Éste procede entonces no sólo ante la violación del contenido constitucional de los derechos, sino cuando son violados derechos fundamentales cualquiera que sea la configuración normativa de su contenido, en su caso compleja. En este sentido considera J. GARCÍA TORRES la *Drittwirkung* como punto de arranque de derechos-fuente: del reconocimiento constitucional de un derecho fundamental podría derivarse un número relativamente indeterminado de derechos singulares (*op. cit.*, en n. 2, p. 18).

en que ello no convierte al ordenamiento jurídico en su conjunto en concreción o desarrollo de los derechos fundamentales.

Ahora bien, ya desde aquí se manifiesta una dualidad de planos que contribuye a precisar de manera diferenciada el alcance de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. No sólo importa el llamado *titular pasivo* del derecho subjetivo fundamental, sino también el modo en que determinadas instituciones y relaciones complejas quedan afectadas por la presencia de un derecho fundamental. Ballarín aporta ejemplos expresivos que ponen de relieve la importancia de esta distinción⁹. Y, lo que es más importante, observa que esta segunda vertiente no sustituye, sino que *complica* la anterior. En efecto, los particulares no pueden coartar la libertad de sufragio, que opera así como un derecho subjetivo *frente a todos*. Y es cierto que ello no significa, desde luego, que las relaciones jurídicas privadas deban estructurarse necesariamente sobre el derecho de participación, que ni siquiera opera como tal cuando la Constitución impone a ciertas organizaciones una estructura y un funcionamiento democráticos¹⁰. Pero quizá sí exige que se garantice a los trabajadores el ejercicio del derecho de sufragio mediante disposiciones de Derecho laboral. Los ejemplos podrían multiplicarse.

En ausencia de decisión legislativa, como dice Quadra Salcedo, «el juez [...] tendrá que hacer directamente las ponderaciones necesarias», pero «nunca puede sustituir al legislador en aquellas cuestiones en las que es lícito adoptar distintas posiciones, todas ellas igualmente constitucionales»¹¹. Por ello debe optar por la mínima limitación judicial de la genérica libertad compatible con el reconocimiento y la protección suficiente del derecho violado, por ejemplo en forma de acción de nulidad o de responsabilidad.

2. Al principio de igualdad y a la interdicción de la discriminación corresponde una posición peculiar y particularmente confusa en el ámbito de las relaciones entre particulares.

En términos generales, el legislador mismo está vinculado por tales prescripciones, de modo que no puede configurar legalmente la relación matrimonial con una esencial desigualdad entre los cónyuges, ni imponer una desigualdad radical e injustificable en una relación contractual sinalagmática. Las relaciones privadas, que tendencialmente son relaciones entre iguales libremente ordenadas por éstos, postulan una regulación jurídica que respete, garantice y, en su caso, restablezca el equilibrio. Por otro lado, frente a la proliferación de regulaciones diferenciadoras, que con frecuencia obedecen sólo a intereses corporativos, el principio de igualdad introduce una tensión en favor de la generalidad de la ley, que sólo con estricta justificación podrá compensarse. El interés doctrinal que ha recaído sobre tales cuestiones hace innecesario volver aquí sobre ellas.

9. J. BALLARIN IRIBARREN, *op. cit.*, pp. 291 y ss.

10. Cfr. mi trabajo «Democracia en los partidos y derechos de los afiliados (nota sobre la STC 56/1995)», en J. ASENSI SABATER (Coord.), *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 347 y ss.

11. T. QUADRA-SALCEDO, *op. cit.*, p. 66.

En cualquier caso, tales consideraciones no agotan los problemas reales, que acostumbran a plantearse cuando el concreto ejercicio de la autonomía de la voluntad reconocida por la ley afecta a criterios de *igualdad distributiva*¹². Al efecto, Quadra Salcedo sugiere que, cuando la ley se limita a atribuir una facultad cuyo ejercicio puede resultar discriminatorio, la misma ley puede imponer a su titular el respeto al principio de igualdad¹³.

Y, efectivamente, la ley u otra norma pueden imponer a los particulares la obligación de un trato igual, como muestra por ejemplo la STC 34/1984, aunque quizá no en todos los casos. Pero además, con apoyo textual en las SSTC 177/1988 y 108/1989, puede discutirse la necesidad incondicionada de la interposición del legislador, al menos frente a la más específica prohibición de discriminar¹⁴.

Así, ni siquiera la ley puede proyectar sobre la genérica libertad de los particulares la prohibición de discriminación, y mucho menos el principio de igualdad. Cualquier particular puede comprar deliberadamente sólo a las tenderas y no a los tenderos sin necesidad de indemnizar a éstos, o preferir a las personas de uno u otro sexo como amigos. También parece que cualquiera puede rechazar como adquirente de su propiedad o como arrendatario a una persona de determinada religión precisamente por serlo.

Sin embargo, las reglas que condicionan el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, incluso las que derivan de negocios privados en los que por ejemplo se ejerce la facultad de disponer ínsita en el derecho de propiedad, no deben tener efectos discriminatorios, aunque la ley no llegue a prohibirlo expresamente. No parece admisible estipular un derecho de retracto en favor del vendedor de un inmueble que se active sólo en presencia de un tercer adquirente de determinada religión; tampoco cabría condicionar un legado a una conducta discriminatoria del legatario, por ejemplo impidiendo que contraiga matrimonio con persona de otra raza. Tales cláusulas han de considerarse ineficaces. La particular voluntad discriminatoria no puede, pues, convertirse en regla con efectos discriminatorios, y específicamente en regla que se impone a los demás.

Las empresas constituyen organizaciones cuya relación con sus clientes y trabajadores se presume regular; las reglas que rigen su actividad en tales campos no pueden ser discriminatorias. La misma Constitución impide en el ejercicio del derecho al trabajo toda discriminación por razón de sexo, y reconoce el derecho a la libre sindicación, que sólo tiene sentido si incluye una interdicción de la discriminación por motivos sindicales en el seno de la empresa. Por la misma razón, los comercios no pueden utilizar discriminatoriamente su libertad de precios, ni es admisible una discriminación racial en los establecimientos abiertos al público.

12. La distinción en este campo entre igualdad conmutativa e igualdad distributiva, en A. BLECKMANN, «Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte», *DVBl*, 1988, pp. 945 y s.

13. T. QUADRA-SALCEDO, *op. cit.*, p. 57.

14. Sobre la diferencia entre el principio de igualdad y la no discriminación, cfr. M. RODRÍGUEZ PIÑERO y M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid: Tecnos, 1986, pp. 64 y ss. y 156 y ss.; admiten la eficacia frente a terceros de la interdicción de la discriminación en pp. 158 y s., 172 y 260 y ss.; eficacia que debe ser inmediata, dadas las insuficiencias de la cláusula de orden público al efecto (pp. 266 y s.).

En otros casos, al atender al efecto social de las conductas privadas, a la «repercusión social general de la discriminación»¹⁵, podrá apreciarse la tácita presencia de una regla discriminatoria objetiva que se impone sobre las conductas de los particulares. Así, nadie está singularmente obligado a mantener relaciones económicas con los inmigrantes, pero no es admisible que de hecho éstos no encuentren viviendas en alquiler.

Estos supuestos, cuya incidencia es general y más grave, muestran que el control judicial de concretos negocios privados no es suficiente para evitar la discriminación originada por conductas particulares, aunque eventualmente pudiera afectar a procedimientos de adjudicación o de contratación con efectos masivos. Frente a las reglas objetivas de discriminación seguidas tácita y mayoritariamente será ordinariamente más eficaz institucionalizar medidas antidiscriminatorias por parte de los poderes públicos; por ejemplo, el establecimiento de un contingente público de bienes que se ofrezcan en condiciones de igualdad puede eliminar sus efectos, y lo mismo ocurriría con una regulación del contrato de alquiler que primara el igual derecho de todos a disfrutar de una vivienda digna sobre la discrecionalidad del arrendador en la selección de sus arrendatarios. Ello está en manos del legislador, como elemento integrante de su *política de derechos fundamentales*; pero resulta evidente que el desarrollo efectivo de estas políticas no puede considerarse constitucionalmente indiferente¹⁶.

Excepcionalmente, en fin, la ausencia de discriminación se debe confiar a la neutralización recíproca de las capacidades para discriminar, en particular cuando quien lo hace puede invocar al efecto ciertos derechos fundamentales, en su caso vinculados a la libertad ideológica. Difícilmente cabe imponer un riguroso principio de no discriminación ideológica a los medios de comunicación privados, y bajo ciertas condiciones son lícitas las llamadas *empresas ideológicas* o las asociaciones que restringen la admisión con algún género de criterio ideológico. La libre y plural articulación social depende de ello, aunque el Estado sea responsa-

15. Cfr. E. ALONSO GARCÍA, «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», *RAP* 100-102, pp. 90 y ss.

16. En realidad, en el debate teórico actual sobre la llamada *Drittwirkung* lo que un sector de la doctrina cuestiona es la capacidad del poder público para interferir en el vigente orden de las relaciones privadas, negándose incluso que la garantía de los derechos constitucionales sea fundamento suficiente para ello. Estos derechos podrían ser asegurados por el legislador en los términos actuales o bien progresivamente expuestos mediante nuevas desreglamentaciones; pero cualquier medida imperativa que constriña en adelante la autonomía de la voluntad se interpretará como un ataque a los fundamentos autónomos del Derecho privado y como expresión de la indebida eficacia de los derechos fundamentales en relaciones sujetas en principio sólo al dogma de la autonomía privada. Ahora bien, las relaciones entre particulares no son siempre por principio un asunto de interés estrictamente privado, en el cual el Derecho constitucional sólo garantiza la exclusión estatal. Por eso, la eficacia en el ámbito social de los derechos fundamentales supone «restaurar el papel del Estado como único y definitivo definidor del interés general», definición que se produce inicialmente en el nivel constitucional (P. DE VEGA GARCÍA, p. 134 del primero de sus dos trabajos sobre el tema, ya citados). Cfr. A. LÓPEZ PINA «Mercado e interés público en España. A vueltas con la Sociedad Civil», en VV.AA., *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid: Civitas, 1996, así como su «Comentario introductorio al Capítulo III del Título I», en O. ALZAGA VILLAAHIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Madrid: Cortes Generales-Edersa, 1996, pp. 19 y ss.

ble –y, a la postre, dependa– de que se produzcan también procesos eficaces de integración general.

III. RELACIONES ENTRE PARTICULARES Y CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La eficacia de los derechos plantea problemas singulares cuando intenta oponerse a quien ejerce un específico poder social. Tal poder genera argumentos contradictorios, pues al mismo tiempo justifica la intervención en los derechos fundamentales ajenos y refuerza la pretensión de defensa que éstos conceden. Deben identificarse, en primer lugar, los supuestos en los que surge ese poder, aunque la respuesta ha sido ya anticipada, para luego proponer algunos criterios de análisis.

1. La primera y más común aproximación alude a los grupos y organizaciones, cuyo poder en la sociedad actual deja al individuo particularmente indefenso; especialmente al socio, pero también al tercero no incluido en tales agrupaciones que, por diversas circunstancias, entabla relación con ellas a veces necesariamente. Por ello se sugiere incluso negar a tales sujetos colectivos la titularidad de derechos fundamentales, para así debilitar su pretensión de limitar los ajenos. Y ciertamente, aunque la titularidad no individual de los derechos fundamentales es difícilmente descartable en términos absolutos de acuerdo con nuestra Constitución, «la extensión de derechos pensados para los individuos a estos grupos no debería servir para desequilibrar definitivamente la relación»¹⁷.

La constatación de fondo es cierta. También el sujeto poderoso puede no ser propiamente un grupo, sino una persona (el empresario individual, el periodista), aunque efectivamente aparece como beneficiario individual del poder de una determinada organización (por ejemplo, empresarial o periodística). Pero cabe observar asimismo que el poder se ejerce eventualmente no sobre una persona, sino frente a un grupo organizado cuyos derechos deben ser tutelados (los trabajadores sindicados, en el supuesto típico más relevante). El fundamento del poder que aquí se tiene en cuenta, pues, no procede de la mera consideración corporativa. Esta ha de completarse, pero no olvidarse: los derechos deben ser tutelados especialmente en el seno de y frente a las organizaciones y asociaciones, pues éstas pueden afectarlos de manera especial. En la configuración de las sociedades contemporáneas, virtualmente todos los fines públicos y privados están mediatizados por organizaciones, que al mismo tiempo los sirven, los condicionan y los arriesgan.

2. Una segunda aproximación parte de «la orientación a lo ‘público’ de los derechos fundamentales»¹⁸. La llamada *Drittwirkung* se contextualiza así a partir de

17. P. LUCAS MURILLO, «Poderes del Estado y poderes sociales», *Sistema* 118-119, p. 174. Cfr. A. LÓPEZ PINA, «La libertà effettiva, in contrapposizione ai diritti delle identità collettive, quale base per una politica culturale europea», en P. RIDOLA (ed.), *La costituzione europea tra cultura e mercato*, Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1997, pp. 75 y ss.

18. J. BALLARIN IRIBARREN, *op. cit.*, p. 297.

la distinción entre *público* y *privado*. Precisamente tal distinción queda en entredicho en la medida en que los derechos fundamentales ya no proyectan su eficacia sólo frente a los poderes públicos, sino también en las relaciones privadas; y se reconstruye suponiendo que unas relaciones en las que operan los derechos fundamentales no pueden ser estrictamente privadas¹⁹; mediante la apertura, pues, del paradigma Estado-Sociedad a una consideración pública de ciertas relaciones sociales, en particular de las *relaciones especiales de poder* o *de sujeción* surgidas entre particulares.

Esta noción de *poder privado* procura acotar tal eficacia de los derechos fundamentales asimilándola a la que les corresponde en las verdaderas *relaciones especiales de sujeción*. Ahora bien, debe mostrarse la posibilidad de que existan particulares que ejerzan, como tales, un poder en algún sentido semejante al poder público, siquiera sea a estos poderes especiales; y tal analogía debe desarrollarse no sólo en el plano estrictamente sociológico, sino que ha de proceder de la específica argumentación jurídica.

En efecto, como apunta Quadra Salcedo, «si el carácter de los derechos fundamentales se ha desvelado en su relación frente al Estado no es porque no fuesen derechos frente a todos, sino porque el Estado por razón de sus funciones podía encontrar justificaciones para desconocerlos. El derecho a no ser detenido sino en los casos y formas previstos en la ley descansa dialécticamente, y presupone la prohibición total y absoluta de que cualquiera pueda ser detenido por otro; prohibición de la que sólo queda dispensado el Estado o sus delegados por razón de su función de garantizar la seguridad [...] en los casos y en la forma que prevean las leyes. Por tanto, la libertad y seguridad frente al Estado presupone la libertad y seguridad frente a todos»²⁰.

Cabe entonces plantear la posibilidad de que los particulares invoquen en su favor una determinada función que les habilite también para interferir en los derechos ajenos sin que al mismo tiempo les convierta en servidores públicos²¹. La conclusión será que quedan vinculados por los derechos fundamentales aquellos particulares que establecen respecto de otros particulares tal relación de poder y en la medida en que lo ejercen²².

19. P. CRUZ VILLALÓN, «Derechos fundamentales y Derecho privado», en AA.VV., *Academia Sevillana del Notariado*, Madrid: Edersa, 1988, pp. 104 y s., alude a «la comprensión institucional de los derechos fundamentales» como origen del debilitamiento de la contraposición entre Estado y Sociedad. S. VARELA DÍAZ, «La idea de deber constitucional», *REDC* 4, pp. 74 y s. y 88, rechazaba la vinculación de los particulares por la Constitución porque la proyección de ésta sobre la Sociedad y sobre el Estado disuelve las diferencias entre ambas esferas.

20. T. QUADRA-SALCEDO, *op. cit.* pp. 70 y s.

21. Los problemas planteados por el ejercicio de funciones públicas encomendadas a los particulares o por la actuación de las Administraciones Públicas con sometimiento al Derecho privado son ajenos a este estudio.

22. Tal criterio es la base de las soluciones diferenciadas que propone J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 1989, pp. 469 y ss. Pero cfr. sobre todo G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino: G. Giappichelli, 1967, pp. 72 y ss., así como 82 y s. y 86, para la diferenciación de estas situaciones y el desarrollo minucioso de las condiciones jurídicas de la analogía.

Para identificar simplifícadamente y a título de ejemplo ciertos casos en los que esta relación surge, puede recordarse que la revolución liberal escindió el poder hasta entonces unitario, y distinguió las potestades públicas de ciertos derechos subjetivos que, cubiertos por el dogma de una igualdad formal y sólo aparente, eventualmente también conceden poder sobre las personas; porque, pese a la brillante fórmula de Kirchhof, sólo relativamente es cierto que un derecho fundamental «nunca brinda dominación sobre otro ser libre»²³. Por ello no basta asegurarse contra el poder específicamente público, sino que es preciso garantizar los derechos frente a sus otras especies, por ejemplo frente al poder económico o ideológico. Estos son los supuestos sociológicos a los que apelan ordinariamente las teorías de la *Drittwirkung*.

El poder ideológico tiene carácter difuso en la medida en que a todos corresponden el don de la palabra, instrumento primordial de dominación, y las libertades de expresión e información; pero se institucionaliza en particular²⁴ a través de los medios de difusión, cuya influencia social difícilmente podría sobrevalorarse. La Constitución misma se encarga de precisar límites de tal poder; pues, en efecto, dichas libertades no amparan la supresión de derechos ajenos. Existe una cierta tensión entre los derechos de la persona y el valor de la privacidad, de un lado, y las libertades de expresión e información y la formación de una opinión pública libre, de otro; pero ésta no puede operar al margen de aquélla, que está jurídicamente tutelada. La recta formación de una opinión pública libre, institución a cuyo servicio se ordenan la libertades citadas y las garantías de que la Constitución las dota, se rige por el respeto a determinados requisitos organizativos y procedimentales y también a ciertos supuestos materiales, cuales son los que derivan del respeto a los derechos de la persona; carece de sentido pretender el valor absoluto de la libertad de información al margen de todo límite.

El poder económico está del lado del titular de la empresa, que le permite disponer ampliamente sobre la actividad de los trabajadores. Y es un poder que la Constitución recoge en términos peculiares, pues los derechos reconocidos en los artículos 33 y 38 aparecen directamente vinculados a su función social. Dicha función está constitucionalmente prefigurada, por ejemplo en el artículo 40. Pero, en el artículo 33, su determinación última se remite directamente a las leyes, que habrán de concretar el interés general al que alude el artículo 128 de la Constitución; en el artículo 38, la referencia a las exigencias de la economía general y de la planificación también aparece como norma habilitante para la acción del legislador (no sólo el del art. 131), que de acuerdo con la Constitución define el interés general. En este contexto se producen

23. P. KIRCHHOF, «La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales», en A. LÓPEZ PINA (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid: Civitas, 1991, pp. 257 y s.

24. La familia y la escuela, a las que G. LOMBARDI otorga relevancia como estructuras de poder privado (*op. cit.*, pp. 94 y s., 102 y ss. y 108), quizá pudieran ser analizadas asimismo en este contexto. Nuestro desarrollo sólo pretende, como queda dicho, ser ejemplificativo.

quizá los mayores problemas de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, como prueban una bibliografía y una jurisprudencia inabarcables.

3. A partir de estas consideraciones, y como aproximación genérica al fundamento y a la función constitucional de estos poderes privados, podría sugerirse que proceden de ciertos derechos en la medida en que se ejercen al servicio de otros derechos o, más en general, de objetivos constitucionalmente legitimados. Así, la libertad de información sirve al derecho a recibir información y a la formación de una opinión pública libre, la libertad de empresa al derecho al trabajo y a los intereses de la economía general, e incluso el derecho de asociación de las asociaciones sirve al derecho de asociación de los socios y a los propios fines objetivos de la asociación, que encuentran tutela constitucional (en ocasiones específica, por ejemplo en el caso de los partidos políticos, de los sindicatos de trabajadores, de las asociaciones empresariales o de las confesiones religiosas).

Precisamente porque sirven a otros derechos, estas libertades pueden configurarse como poderes y afectar a derechos ajenos; son también derechos frente a particulares. Su ejercicio implica eventualmente limitaciones para otros derechos fundamentales de ciertas personas cuya actividad tiene relevancia pública, de los trabajadores o de los socios. A veces, pues, son limitados los derechos de los mismos sujetos a los que, en el sentido expuesto, se sirve.

En términos generales, el ejercicio de determinados derechos fundamentales, eventualmente institucionalizado de forma parcialmente autónoma (autorregulación de las asociaciones, de las empresas) y al servicio de una función constitucionalmente relevante, puede interferir en el pacífico disfrute de otros derechos constitucionalmente reconocidos, sin que ello resulte necesariamente ilegítimo. Se trata de supuestos en los que la realización de las libertades de unos depende del ejercicio que otros hagan de sus propias libertades; y el legítimo predominio objetivo de estos últimos les permite también imponer su voluntad.

Ahora bien, existe una tendencia tal a que prevalezca incondicionadamente la voluntad del más fuerte, que la garantía del respeto de éste a los derechos fundamentales de los demás, incluso por encima de la capacidad dispositiva de sus titulares, se constituye en condición de la supervivencia de la dignidad de todos. «No puede haber real autonomía de la voluntad sin profundo respeto y protección de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, precisamente para evitar la insuperable primacía de la autonomía de la voluntad del más fuerte»²⁵. Es lo que, frente a la común contraposición de derechos fundamentales, podría considerarse su *efecto recíproco*.

Por eso, el poder privado que se desarrolla frente a otros particulares a partir de ciertos derechos de autonomía adquiere función y consecuencias públicas, análogas a las propias de las relaciones de sujeción especial. El *espacio público*, al

25. J. M. ROMERO MORENO, *op. cit.*, pp. 402 y 406.

que antes nos referíamos como ámbito de esta peculiar eficacia de los derechos fundamentales, resulta así del ejercicio de ciertos derechos orientado al cumplimiento de tareas vinculadas a determinados objetivos constitucionalmente legitimados. Pero ello no implica que estas relaciones puedan incluirse sin matices en los moldes del clásico Derecho público: los derechos se ejercen siempre, y quizá sobre todo, en interés de su titular. Precisamente por ello su funcionalización tiene límites, y sólo limitadamente puede asimilarse el poder que conceden los derechos a las potestades públicas.

4. En definitiva, lo que existe detrás de los poderes sociales, desde el punto de vista jurídico, son derechos fundamentales, y el problema de los poderes sociales vinculados por los derechos fundamentales se plantea jurídicamente como conflicto de derechos. La conversión del derecho en poder se identifica con la justificación constitucional de la intervención en el derecho ajeno.

La noción de poder, ligada a la dimensión institucional del derecho, permite comprender mejor algunas particularidades de, por ejemplo, la proyección de la libertad sindical sobre la organización de las empresas; ese poder empresarial es el que resulta organizado, limitado y funcionalizado por las leyes que desarrollan la libertad sindical. Y, sobre todo, orienta la investigación; pues, frente a la aparente equivalencia de los derechos en conflicto, siempre hay un derecho al menos que confiere poder, y puede ocurrir que el segundo derecho sea acreedor de una tutela específica en todos los casos en que la intromisión no pueda considerarse constitucionalmente fundada, siempre que no concurra la razón material que justifica las restricciones del derecho fundamental.

En unos supuestos, el simple ejercicio de la libertad propia ocasiona la lesión del derecho ajeno. En la medida en que aquel ejercicio sea legítimo, la tutela pre-dispuesta en favor de este derecho no podrá operar. Pero la misma vulnerabilidad de este derecho *débil* invita a reforzar tal tutela para todos los supuestos en que la intromisión haya de considerarse, en sentido amplio, *desproporcionada*; hacer esto último ya corresponde a la ley. Ello supone que el legislador se mueve dentro de un campo tensado por principios en contradicción, que forzosamente debe ponderar. Ocurre, por ejemplo, con la protección dispensada a los derechos al honor y a la intimidad, cuya singular tutela penal o civil debe ceder cuando concurre la causa de justificación, constitucionalmente fundada, del ejercicio legítimo de la libertad de información.

Pero el conflicto de derechos se plantea de modo particular cuando el poder se plasma en la posibilidad de imponer sanciones (en algunos casos la ruptura unilateral de una relación jurídica, como ocurre con el despido disciplinario); y, antes aún, cuando el poder consiste en la posibilidad de fijar reglas o impartir órdenes eventualmente limitativas del ejercicio de un derecho fundamental, cuyo incumplimiento determina tales sanciones. Parece evidente que, al menos si el poder privado dispone de una potestad sancionatoria, los derechos fundamentales pueden limitar dicha potestad en términos formalmente similares a los que definen su eficacia frente a la de los poderes públicos. Se deben tener en cuenta a la vez la posibilidad de limitación de los derechos y su necesaria garantía. En

ello reside la similitud, ya aludida²⁶, de esta específica *Drittwirkung* con la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones especiales de sujeción, en las que una institución pública, en la medida en que lo exija el servicio de sus fines, puede limitar en términos inusuales los derechos de quienes están vinculados a ella, mas éstos reciben una particular compensación en forma de garantías específicas²⁷.

Ello permite comprender, por ejemplo, la razón constitucional de los límites de los derechos del trabajador frente al poder de dirección y de sanción del empresario, al mismo tiempo que la razón específica de las garantías que los protegen, y la complejidad de las valoraciones necesarias: «la relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él» (STC 99/1994). Esta relación, la laboral, es quizá la mejor estudiada. Su radical desigualdad justifica la aparición del principio interpretativo *pro operario*, que bien podría servir de modelo en este tipo de conflictos. El análisis de la jurisprudencia constitucional permite contraponer la afirmación general de la máxima eficacia de los derechos fundamentales a una «casuística terriblemente enrevesada [...] de una sutileza extrema», cuya valoración de conjunto no es, a juicio de Pedrajas Moreno, plenamente positiva: «En la dialéctica que se plantea entre las obligaciones privadas derivadas del contrato, que incumben al trabajador, y las limitaciones que para el ejercicio de los derechos fundamentales de éste pueden afectar al empresario, se opta abiertamente por la salvaguarda de las primeras»²⁸.

5. Una depuración dogmática del contenido de la garantía conferida por los derechos fundamentales solventa algunas falsas cuestiones de colisión entre ellos. Permite, por ejemplo, excluir ya inicialmente que la libertad de empresa ampare algunas imposiciones radicalmente arbitrarias, o que la libertad de información dé cobertura a ciertas lesiones de la intimidad absolutamente injustificables. Pero no siempre resulta exacto suponer que al menos uno de los sujetos implicados actúa fuera del ámbito tutelado por los derechos fundamentales; será entonces necesario identificar los criterios objetivos que podrán hacer admisible y proporcionada la limitación de los derechos subjetivos en cada caso, convirtiendo ocasionalmente en *legítimo* el ejercicio de un derecho pese a la lesión del derecho ajeno.

26. Cfr., por lo demás, G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Madrid: CEC, 1993, pp. 366 y ss.

27. Cfr. W. LOSCHELDER, «Grundrechte im Sonderstatus», en J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V*, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, pp. 806 y ss.

28. Sobre los derechos fundamentales en el seno de las relaciones de trabajo, incluyendo un resumen de los planteamientos generales sobre la *Drittwirkung*, cfr. A. PEDRAJAS MORENO, *Despido y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 1992; la cita procede de pp. 87 y ss.

Se suele afirmar con carácter general que la limitación de los derechos fundamentales en estos supuestos se justifica con la renuncia a los mismos por parte de su titular. Ahora bien, como ya hemos manifestado en otra ocasión, la posibilidad misma de la renuncia es problemática cuando se inserta en una relación de poder que con ella queda peculiarmente reforzada, o que hace suponer que no es voluntaria. Por eso debe considerarse recíprocamente la limitación por los derechos fundamentales del contrato de trabajo e incluso de los convenios colectivos, cuyo origen pactado no se puede desconocer y cuya vinculación a la Constitución, por tanto, tampoco es igual a la de las demás fuentes del Derecho.

Pero lo cierto es que, aunque la renuncia permita relativizar la tutela conferida por ciertos derechos fundamentales desde el supuesto de una *intromisión aceptada*, tampoco resulta imprescindible para legitimar toda restricción de los derechos en el ámbito social. Aun cuando la entrada en el campo de acción del poder privado sea voluntaria, algo que no siempre sucede, los derechos por ejemplo del trabajador quedan finalmente sujetos a limitaciones cuyo contenido concreto no procede de la voluntad de su titular. Cuando el hecho o la decisión limitativos del derecho o la sanción por su ejercicio resulten funcionales a los fines que justifican la concesión del poder privado, puede ser indiferente que la renuncia al derecho se haya producido o no. Así cabe afirmar que la libertad de expresión del trabajador puede ser condicionada por «una regla general de observancia en el tráfico» (STC 88/1985): la relación específica en la que se inserta el ejercicio del derecho determina la funcionalidad de sus límites. La complejidad y diversidad de estos conflictos impone buscar en cada concreta situación la razón material que justifica las restricciones del derecho fundamental.

En la práctica, ello supone realizar un examen sobre la constitucionalidad de la intervención en el derecho fundamental similar al que se sugiere para valorar el clásico *Eingriff, mutatis mutandis*, pues el fundamento último ya no está en la reserva de ley, sino en otro derecho fundamental²⁹. Los criterios de este juicio, ya codificados, se aplican de hecho con distinto rigor al legislador, a la Administración y al juez. Nos permitimos aventurar que, en los casos aquí tratados, el modelo más próximo habría de ser el correspondiente al control del legislador, cuya libertad de configuración es preservada de modo particular³⁰. El elemento de libertad

29. Destaca los aspectos diferenciales W. RÜFNER, «Grundrechtsadresaten», en J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V*, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, pp. 556 y s. Atendiendo a ellos, M. MEDINA GUERRERO (*op. cit.*, pp. 79 y ss y 98 y ss.), entiende que no es aplicable a los conflictos surgidos en las relaciones entre particulares la rigurosa doctrina sobre la limitación de los derechos fundamentales; en tales relaciones debería aplicarse la denominada concepción estricta sobre el contenido de los derechos fundamentales, que conduce a entender que éstos en realidad resultan aquí *delimitados* por el ordenamiento en términos tales que procede excluir directamente su operatividad en cuanto derechos constitucionales. De su obra, en efecto, se desprende la tesis de que toda proyección de los derechos fundamentales en el ámbito privado, así como los demás aspectos de la dimensión objetiva de los derechos que liga a la llamada *vinculación positiva* del legislador a los mismos, les dotan todo lo más de un *contenido adicional* que excede el *contenido constitucionalmente protegido* o contenido total (desde el punto de vista constitucional, y por oposición al *contenido esencial*) de los derechos.

30. Véase de nuevo M. MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, pp. 136 y ss.

presente en el ejercicio de los derechos fundamentales también merece especial consideración, aunque éstos se hayan desarrollado como poderes al servicio de fines constitucionales.

El caso del despido por negarse un trabajador en contacto con el público a afeitarse la barba, en ejercicio del derecho a la propia imagen, es paradigmático. La STC 170/1987 acude a una simple costumbre o uso local para fundamentar la orden del empresario, no porque la costumbre limite el ejercicio de un derecho fundamental, sino porque la existencia de dicho uso acredita que el poder del empresario se ha ejercido en términos que generalmente se consideran adecuados al contexto de la relación. Lo decisivo para legitimar la decisión de quien tiene el poder es, pues, que la orden no comporta simplemente la restricción arbitraria del derecho fundamental. El ejemplo resulta extremo, pues con seguridad debería probarse alguna funcionalidad para tal costumbre antes de tenerla por adecuada a la relación laboral en cuestión; tampoco la costumbre puede imponer límites a los derechos que desconozcan su contenido esencial. En la fórmula de Böckenförde, no debería estar abierta la posibilidad de «poner en juego arbitrariamente la superioridad económica y social del poder, sino únicamente en atención a fines que sean compatibles con los principios de libertad de los derechos fundamentales»³¹.

Desde esta perspectiva ha de merecer distinta valoración la STC 99/1994. El Tribunal Constitucional no cuestiona la estricta *legalidad* de la orden empresarial cuyo incumplimiento determinó el despido; pero sí plantea la virtualidad de los derechos fundamentales para legitimar la negativa del trabajador a obedecer la orden recibida. Reconoce el Tribunal Constitucional que los derechos fundamentales del trabajador son modulados por su inserción en una organización empresarial, pero «en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE)». Se acepta, pues, la «necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra», mas éstos son apreciados «estrictamente».

Pues bien, la citada sentencia comienza descartando que el contrato de trabajo, interpretado «conforme a las exigencias de la buena fe», implique «la limitación del derecho fundamental para el cumplimiento y la satisfacción del interés que llevó a las partes a contratar»; no era, pues, «la propia voluntad del trabajador —expresada al celebrar el contrato— la que legitimaba las [restricciones] que pudieran exigírsele en el futuro».

Pero, descartada en este caso la operatividad de la renuncia para habilitar la interferencia en los derechos fundamentales del trabajador, al efecto tampoco

«bastaría con la sola afirmación del interés empresarial [...] Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el

31. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos fundamentales*, Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 91.

ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de suerte que se hace preciso acreditar –por parte de quien pretende aquel efecto– que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra».

Habría de ponerse

«de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador –y no otro, o de otra manera– cumpliera la orden dada, en los términos en que se le dio, dadas las circunstancias concurrentes en el caso y en la empresa concreta [...] Es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial».

Tan rigurosas exigencias, probablemente formuladas en términos adecuados al caso concreto, terminan en la concesión del amparo solicitado, pues no habían sido valoradas por la jurisdicción ordinaria.

6. Todas estas consideraciones apuntan a la idea de proporcionalidad como criterio de solución de los conflictos entre derechos fundamentales, y a la optimización de todos los bienes en conflicto. El equilibrio, sin embargo, no siempre se produce en cada supuesto particular, sino en la estructura genérica de las relaciones objetivas entre los bienes en conflicto; como derechos subjetivos particulares resulta a veces imposible llegar a esa maximación. En un caso el injuriante será condenado, y en otros la protección de la intimidad de ciertas personas será relativizada de acuerdo con diversos factores, en particular el derecho de todos a recibir información; pero en general se debe preservar tanto el sentido objetivo de la libertad de información como el valor de la intimidad en la configuración de las relaciones sociales, hoy sujeta a particulares riesgos. Lo mismo ocurre con los derechos y libertades del trabajador y el derecho del empresario a dirigir la propia empresa.

Los términos de ese equilibrio deben ser fijados por el legislador, de modo que su decisión no resulte injustificada o desproporcionada. Tarea específica de la ley es definir la proyección institucional del derecho-poder, e identificar los criterios objetivos generales que hacen admisible y proporcionada la intervención en los derechos fundamentales ajenos. Pero especialmente debe la ley establecer las garantías materiales, procedimentales y organizativas correspondientes a los derechos limitables; con una «política legislativa [...] claramente compensatoria de la inferioridad de hecho» frente a los poderes sociales³². Por ello se habla de una fun-

32. Cfr. P. LUCAS MURILLO, *op. cit.*, p. 176.

33. J. M. ROMERO MORENO, *op. cit.*, p. 405, aprovechando la terminología de la obra de J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ-BLANCO que recensionan, pp. 140 y ss.

ción de *troquel* de los derechos en determinadas relaciones privadas, función que corresponde desarrollar a la ley³³.

La propia Constitución, al imponer a determinadas organizaciones una «estructura interna y funcionamiento [...] democráticos», no sólo reconoce a los socios unos derechos y atribuciones para conseguir y asegurar su participación en ellas; también, y entre otras cosas, establece una garantía objetiva para los derechos fundamentales de los socios en el seno de las mismas. La ley, por su parte, regula el *ius variandi* del empresario y su poder sancionador, pero al mismo tiempo previene ciertas garantías, por ejemplo en forma de consultas a los representantes de los trabajadores. También, por supuesto, se pueden disponer normas penales frente a quien ejerce un derecho en violación de otro; se tipifica como delito una conducta que en principio constituye ejercicio de la libertad de información en cuanto interfiere ilegítimamente en el derecho al honor y la intimidad.

El defecto de garantías predisuestas por la ley, la tutela judicial del derecho eventualmente violado se agota con las medidas singulares que reconocen su alcance y restauran su ejercicio en el caso concreto. Al juez no le corresponde proyectar sobre las relaciones laborales garantías estructurales que preserven la intimidad o la libertad sindical; y sólo excepcionalmente impondrá el juez a los particulares la eventual faceta prestacional de un derecho fundamental sin previa decisión legislativa al respecto. Ello no excluye plenamente que el juez ordinario o el Tribunal Constitucional puedan establecer garantías generales en la medida en que se consideren imprescindibles para la tutela del derecho fundamental; la función de la jurisdicción en la materia, sin embargo, sigue siendo sólo la de *broquel*³⁴. Por ello, si la ley resulta particularmente incompleta, regula el supuesto mediante cláusulas generales o repite simplemente el listado de derechos constitucionales, no se limita a deferir a los jueces su propia responsabilidad, sino que deja vacante una específica tarea en la que es insustituible.

34. J. M. ROMERO MORENO, *loc. cit.*