



Derechos Fundamentales y Derecho Privado: ¿una relación de subordinación o complementariedad?*

Olha O. Cherednychenko**

Con este artículo inauguramos esta nueva sección dedicada al estudio de la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Ordinario. A grandes rasgos, pretendemos poner sobre relieve que éstas no constituyen áreas aisladas del Derecho, sino que, como lo entiende la doctrina jurídica contemporánea, mantienen una relación entre sí cuya extensión está por ser determinada.

Particularmente, en el presente trabajo se buscará dar respuesta a las siguientes preguntas. ¿El Derecho Privado y los Derechos Fundamentales son compartimentos estancos o guardan relación entre sí? ¿Está el Derecho Privado subordinado a los Derechos fundamentales o son complementarios entre sí? ¿Qué han dicho la doctrina y tribunales europeos al respecto?

La autora, cuya tesis doctoral versa sobre esta misma materia, nos da una respuesta a las preguntas planteadas basándose principalmente en las experiencias alemana, inglesa y holandesa, a través del prisma de los conceptos de efecto horizontal directo e indirecto de los Derechos Fundamentales.

* Este artículo fue originalmente publicado bajo el título "Fundamental rights and private law: a relationship of subordination or complementarity?". En: Utrecht Law Review 2. Volumen 3. Diciembre de 2007. (<http://www.utrechtlawreview.org>). La traducción ha estado a cargo de Patricio Ato del Avellanal Carrera, estudiante de Derecho de la PUCP y miembro de la Comisión de Proyección Académica de Themis. La misma ha sido revisada por Inti Vidal y Oscar Súmar, estando las notas del editor a cargo de este último. Agradecemos a la autora por habernos autorizado su traducción y publicación, la misma que se hace con respeto a las normas de la Utrecht Law Review.

** Olha O. Cherednychenko, Ph.D por la universidad de Utrecht, es profesora en Derecho Privado en la Universidad Libre de Amsterdam.



1. INTRODUCCIÓN

Originalmente, los Derechos Fundamentales, es decir, derechos humanos encarnados en tratados internacionales de derechos humanos y derechos constitucionales guardados en constituciones nacionales; y el Derecho Privado fueron considerados como muy lejanos debido a la aguda distinción entre los Derechos Público y Privado. Es por esto que por mucho tiempo el Derecho Privado fue considerado inmune a los efectos de Derechos Fundamentales, siendo su función limitada a ser una garantía contra el ojo vigilante del Estado. Sin embargo, recientemente, en muchos sistemas jurídicos europeos, y particularmente en el derecho alemán, los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado han comenzado a converger con una velocidad inusitada. La influencia creciente de Derechos Fundamentales en las relaciones entre los agentes privados bajo el Derecho Privado, es decir, el efecto horizontal de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado, el cual puede ser rastreado ahora en muchos sistemas jurídicos; nos hace posible hablar de la tendencia a la constitucionalización del Derecho Privado¹ y claramente nos muestra que ya no existe aislamiento entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado². Es por eso que el tema ya no es *si es*

-
- 1 El término "constitucionalización" en particular ha sido usado ampliamente por académicos holandeses. Véase por ejemplo GROSHEIDE, F. W. "Constitutionalising van het burgerlijk recht?". *Contracteren*. 2001. p. 48; SMITS, J. M. "Constitutionalising van het Vermogensrecht. *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*. 2003, p. 1; CHEREDNYCHENKO, O. "The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?". En: *Electronic Journal of Comparative Law* 8. 2004. (<http://www.ejcl.org/81/art81-3.html>); LINDENBERGH, S. "The Constitutionalisation of Private Law in the Netherlands". En: BARKHUYSEN, T. y LINDENBERGH, S. (editores), *Constitutionalisation of Private Law*. 2006. p. 97. Sin embargo, en otros sistemas judiciales, muchos autores también han señalado el creciente impacto de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado en general y en particular en el Derecho Contractual, usando ocasionalmente el término "constitucionalización". En el caso alemán véase, por ejemplo, STARCK, C. "Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court" y HELDRICH, A y G.M. REHM. "importing Constitutional Values through Blanket Clauses". En: FRIEDMANN, D. y D. BARAK-EREZ (editores). *Human Rights in Private Law*. 2001. pp. 97 y 113; BRÜGGEMEIER, G. "Constitutionalisation of Private Law –The German Perspective". En: BARKHUYSEN y LINDENBERGH. *Supra*, p. 59. En el caso de Inglaterra, véase, por ejemplo: BEALE, H. y N. PITTAM. "The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law". En: FRIEDMANN y BARAK-EREZ. *Supra*, p. 131; MacQUEEN, L.M. "Delict, Contract, and the Bill of Rights: a Perspective from the United Kingdom". En: *Edinburg Law Review*. 2004. p. 359.
 - 2 Si bien, hasta recientemente, la tendencia a la constitucionalización del Derecho Privado se ha manifestado primariamente dentro de sistemas jurídicos domésticos, el Derecho Privado, particularmente el Derecho Contractual, potencialmente puede también ser afectado de manera considerable por Derechos Fundamentales como resultado de la jurisprudencia de la European Court of Human Rights y la European Court of Justice. Sobre el particular, ver: CHEREDNYCHENKO, O. "Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights?". En: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2002. p. 195 y CHEREDNYCHENKO, O. "EU Fundamental Rights, EC Freedoms and Private Law". En: *European Review of Private Law*. 2006. p. 23, con referencias adicionales. Es también improbable que el Derecho Contractual europeo escape de la influencia de los Derechos Fundamentales de la UE. Para un análisis del potencial para la constitucionalización del Derecho Contractual europeo, ver, por ejemplo, HESSELINK, M. W. "The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law". En: HESSELINK, M. W. y otros. (editores). *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*. 2003, p. 119; COLOMBI CIACCHI, A. "The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice". En: *European Review of Contract Law*. 2006. p. 167; CHEREDNYCHENKO, O. "Fundamental Rights and Contract Law". En: *European Review of Contract Law*. 2006. p. 489.

que los Derechos Fundamentales puedan tener un impacto en relaciones entre particulares regidas por el Derecho Privado, sino *hasta que punto* esto pueda ocurrir³. En otras palabras, el tema no es *si es que*, sino *cómo* es que los Derechos Fundamentales se relacionan con el Derecho Privado y la respuesta a esta pregunta es la que determinará el futuro del Derecho Privado.

Este artículo considerará cómo es que los Derechos Fundamentales (pueden afectar o) afectan a las relaciones entre agentes privados bajo el Derecho Privado y qué consecuencias tiene este efecto en la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado. Es por esto que el objetivo principal de este artículo es establecer cómo es que los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado (pueden relacionarse o) se relacionan entre sí actualmente en los distintos sistemas jurídicos. El análisis se centrará en el Derecho alemán, holandés e inglés. La elección de estos sistemas jurídicos se explica por el hecho de que mientras en Alemania la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado es en gran parte determinada por el tribunal constitucional, en Holanda y en Inglaterra, dada la falta de este tipo de tribunal, estos temas recaen en la competencia de cortes ordinarias.

Se demostrará que, dependiendo del alcance del efecto de los Derechos Humanos entre particulares bajo el Derecho Privado, la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado en estos sistemas jurídicos tienden a tomar la forma de la subordinación del Derecho Privado a los Derechos Fundamentales o de la complementariedad entre ambos. La calificación de la relación entre Derechos Fundamentales y el Derecho Privado en términos de subordinación o complementariedad se usará por consiguiente para ilustrar las diferencias hasta el punto de ver cuáles Derechos Fundamentales afectan la relaciones entre agentes privados en los distintos sistemas jurídicos. A pesar de que la línea entre la relación de subordinación y aquella de complementariedad no ha sido siempre clara y la distinción entre las dos es más una cuestión de énfasis que una división estricta, sin embargo es útil para evaluar el impacto de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado. Como se puede suponer, la forma en la cual los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado se relacionan entre sí, en sistemas jurídicos nacionales, pueda también ser influenciada significativamente por cuerpos supervisores internacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Justicia. Debido a la falta de espacio, de cualquier forma, los aspectos europeos de la constitucionalización del Derecho Privado quedan fuera del análisis de este artículo⁴.

En relación a lo anterior, este ensayo definirá, en primer lugar, la relación entre subordinación y complementariedad en la sección 2. Sobre la base de estas definiciones, en las secciones siguientes, 3 y 4, se discutirá la naturaleza de las relaciones entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado en Alemania, Holanda e Inglaterra, tal como se ha desarrollado en la

3 Para un estudio global del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Contractual, ver CHEREDNYCHENKO, O. "Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions". 2007.

4 Sobre el impacto de los Derechos Humanos guardado en la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE celebrada en Niza sobre la relación entre Derechos Fundamentales y el Derecho Privado en sistemas jurídicos nacionales, ver: CHEREDNYCHENKO (2007), *supra* nota 3, Capítulo 4.

jurisprudencia de los tribunales nacionales. Siguiendo el curso de este análisis, quedará claro que las etiquetas utilizadas para describir la forma en que los Derechos Fundamentales puedan afectar a las relaciones entre particulares en virtud al Derecho Privado, tales como el efecto horizontal “directo” e “indirecto”, en la práctica no siempre reflejan con exactitud el alcance de este efecto en un sistema jurídico. Es por eso que en la Sección 5 se sostendrá que hay una necesidad de mayor diferenciación entre los tipos de efecto horizontal de los Derechos Fundamentales en las líneas de distinción entre la relación de subordinación o la de complementariedad entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado. Como se concluirá en la sección 6, hacer aquella diferenciación es absolutamente necesario ya que en la actualidad la tarea principal es determinar el grado deseable de constitucionalización (de un campo particular) del Derecho Privado. Respecto a esto, la cuestión fundamental que hay que resolver es qué campo del Derecho determina sustancialmente el resultado de la controversia entre los agentes privados: los Derechos Fundamentales o el Derecho Privado.

2. LA RELACIÓN “SUBORDINACIÓN / COMPLEMENTARIEDAD” DEFINIDA

Se afirma que dependiendo de la magnitud del efecto de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre los particulares bajo el Derecho Privado, la relación entre los Derechos Fundamentales y Derecho Privado tiende a tomar la forma sea de la subordinación del Derecho Privado a los Derechos Fundamentales o la complementariedad entre los dos. En el presente contexto, los términos “subordinación” y “complementariedad”, como indicaciones de las dos diferentes formas de relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado, se utilizarán en el siguiente sentido.

En virtud de la subordinación del Derecho Privado a los Derechos Fundamentales, entiendo la situación en donde las relaciones entre los agentes privados ya no son sustancialmente regidas de manera exclusiva por el Derecho Privado como una categoría conceptual distinta, sino por los Derechos Fundamentales consagrados en las constituciones nacionales o de otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos, es decir, normas sobre Derechos Fundamentales. Los Derechos Fundamentales tienen un efecto vinculante directo sobre los particulares, y los Derechos Fundamentales tienen un impacto inmediato en el Derecho Privado. Son los Derechos Fundamentales los que determinan las relaciones entre los agentes privados y el rol del Derecho Privado se limita a proporcionar herramientas para su efecto en un ámbito privado. El Derecho Privado existente no es sólo interpretado a la luz de de los Derechos Fundamentales, sino que es sustituido por la nueva normativa derivada de los Derechos Fundamentales. En este modelo, el hecho de que los Derechos Fundamentales sean acomodados en la lógica del Derecho Privado no siempre es suficiente para satisfacer el requisito de la compatibilidad con los Derechos Fundamentales, porque, el que la conducta de los particulares sea compatible con los Derechos Fundamentales no es más sustancialmente determinado por el Derecho Privado, sino por los Derechos Fundamentales mismos. Así, los Derechos Fundamentales no sólo *influyen* en el Derecho Privado. Estos *rigen* el Derecho Privado, con lo cual gozan de prioridad sobre los valores del Derecho Privado. En este sentido, la subordinación del Derecho Privado a los Derechos Fundamentales no significa, en el contexto actual, que en una jerarquía de normas el Derecho Privado

está formalmente subordinado a los Derechos Fundamentales, siendo estos la norma de mayor jerarquía. Este hecho es indiscutible. Lo que esto significa es que los Derechos Fundamentales ejercen un control total sobre el Derecho Privado debilitando su capacidad para regular las relaciones entre particulares sobre la base de su propia teoría y convirtiéndolo en un instrumento para la promoción de los Derechos Fundamentales. Por ejemplo, en las controversias del Derecho Contractual, esto implica que la autonomía privada pueda ser limitada directamente sobre la base de los Derechos Fundamentales sin que el Derecho Contractual tenga la posibilidad de tener un impacto sustancial en el resultado de la controversia.

En contraste, la complementariedad entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado implica que si bien los Derechos Fundamentales gozan de una posición superior en la jerarquía de las normas, esto no conduce a la sustitución del Derecho Privado por los Derechos Fundamentales como el Derecho que rige las relaciones entre agentes privados. El Derecho Privado no pierde su capacidad de regular las relaciones entre particulares de acuerdo a su propia lógica, conservando su autonomía. Los particulares no están obligados por los Derechos Fundamentales, y sus relaciones son formal y sustancialmente regidas por las normas del Derecho Privado. En este modelo, los Derechos Fundamentales sólo *influyen* en el Derecho Privado y es éste el que determina cómo los valores que los constituyen han de tener cabida dentro de de sí. En otras palabras, los Derechos Fundamentales afectan al Derecho Privado y el Derecho Privado afecta la manera que los Derechos Fundamentales lo afectan. Dependiendo de si es que los tribunales de Derecho Privado están obligados por el deber de desarrollar el Derecho Privado de una manera compatible con los Derechos Fundamentales o no, uno puede distinguir dos formas en que la relación de complementariedad entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado puede desarrollarse. Por un lado, puede surgir del uso de los Derechos Fundamentales por cortes que apliquen el Derecho Privado, como fuente de inspiración del Derecho Privado de contenido abierto, aunque no exista *obligación* explícita alguna en este sentido. En este caso, es posible hablar de una *complementariedad espontánea* entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado, derivada principalmente de la necesidad de los tribunales de Derecho Privado por tener una fuente de inspiración a la hora de concretar el significado de normas abiertas e indefinidas. La principal característica de este tipo de complementariedad es que los tribunales tienen discreción en cuanto a si se debe o no tener consistentemente en cuenta a los Derechos Fundamentales en la solución de las controversias entre agentes privados. Por otra parte, si los tribunales están *obligados* a desarrollar el Derecho Privado de una manera que sea compatible con los valores consagrados en los Derechos Fundamentales y alojarlos en el Derecho Privado, uno puede hablar de una relación de *complementariedad obligatoria* entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado. En este caso, el Derecho Privado sólo es considerado compatible con los Derechos Fundamentales si se toma en cuenta el impacto de los valores consagrados en los Derechos Fundamentales y los absorbe en sí mismo. Cómo es que esto debe de hacerse, es algo que le corresponde determinarlo principalmente al Derecho Privado. Los creadores del Derecho Privado, tanto el legislador como los tribunales, gozan de un amplio margen de discreción en cuanto a cómo integrar los Derechos Fundamentales en la creación del Derecho Privado.

En el corazón de la distinción entre la subordinación del Derecho Privado a los Derechos Fundamentales y la complementariedad entre los dos radica, en consecuencia, la cuestión de qué ámbito del Derecho determina sustancialmente el resultado de una controversia entre particulares: los Derechos Fundamentales o el Derecho Privado. Lo que los modelos de subordinación y complementariedad implican en la práctica se aclarará en las siguientes secciones en donde la jurisprudencia de los tribunales alemanes, holandeses e ingleses se discutirá a través del prisma de estos modelos.

3. HACIA LA SUBORDINACIÓN DEL DERECHO PRIVADO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA EXPERIENCIA ALEMANA

No sería una exageración decir que la constitucionalización del Derecho Privado en Europa ha alcanzado actualmente su estado más avanzado en Alemania, en donde la forma en que se lleva a cabo este proceso ha sido determinada por el Tribunal Constitucional Federal. La esencia del enfoque alemán a la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado se puede resumir de la siguiente manera⁵.

En primer lugar, desde el famoso caso *Lüth*⁶, decidido por el Tribunal Constitucional alemán hace casi medio siglo, los derechos fundamentales consagrados en la Constitución alemana (Grundgesetz) se consideran no sólo como defensas individuales contra el Estado, sino también como un “sistema objetivo de valores”, que debe aplicarse a todo el conjunto del ordenamiento jurídico, dirigiendo e informando la legislación, los actos administrativos y las decisiones judiciales.

En segundo lugar, puesto que la Constitución contiene un “sistema objetivo de valores” para todo el orden jurídico, el Derecho Privado, evidentemente, tampoco puede escapar de la influencia de los valores subyacentes a los derechos constitucionales: en el marco de la doctrina del caso *Lüth*, ninguna regla del Derecho Privado puede entrar en conflicto con estos valores, y todas esas reglas deben ser construidas de una manera que permitan conservar los valores de éstos. Los valores consagrados en la Constitución son los mismos para todo el orden jurídico y, por tanto, deberían ser respetados tanto en una relación de Derecho Público, entre un individuo y el Estado, como en una relación de Derecho Privado, entre particulares. Estos influyen en el Estado y la sociedad, el Derecho Público y el Privado, cualquiera que sea la línea que se pretenda trazar entre éstos.

En tercer lugar, la consecuencia lógica de este razonamiento es que los derechos constitucionales *deben* tener efectos en el Derecho Privado y la cuestión más polémica es *cómo* debe tenerla. La doctrina jurídica alemana y su práctica ofrecen tres conceptos que se pueden utilizar para este fin.

A) El efecto horizontal directo

Antes del caso *Lüth*, el destacado estudioso alemán Nipperdey defendió la idea de que los

5 Para más detalles sobre la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado en el Derecho alemán, ver: CHEREDNYCHENKO (2007), *supra* nota 3, p. 3.2.

6 BVerfG 15, Enero 1958, BVerfGE 7, p. 198 (*Lüth*).

derechos constitucionales deberían aplicarse no sólo contra el Estado, sino que también deberían ser de aplicación directa en las relaciones de Derecho Privado —al menos en el caso de los derechos constitucionales más importantes⁷. Esta teoría ha llegado a ser conocida como la “teoría del efecto directo sobre terceros” (*Lehre der unmittelbaren Drittwirkung*). La consecuencia de este enfoque es que algunos derechos constitucionales deben ser vinculantes para individuos y grupos privados de una manera aproximada a la forma y extensión en que son vinculantes para el gobierno. Así, la legalidad de las transacciones por particulares y otros actos se convierten en dependientes directamente de las cláusulas de los derechos básicos y, si su violación se produjese, el papel del Derecho Privado establecido está solamente limitado a la prestación de las consecuencias de la ilegalidad, tales como la invalidez o los daños⁸. Por consiguiente, la idea de efecto horizontal directo implica que un agente privado tiene, en un proceso contra otro particular, legitimidad, sea para demandar o para defenderse, basada directamente en un derecho constitucional, que prima sobre una regla de Derecho Privado, que de otra manera sería la aplicable. Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán no adoptó la teoría de Nipperdey, ni en *Lüth*, ni en su jurisprudencia posterior y no garantizó efecto directo a los derechos constitucionales en controversias entre particulares regidas por el Derecho Privado. En lugar de ello, recurrió a conceptos tales como “efecto horizontal indirecto” y “el deber estatal de proteger los derechos constitucionales”, conceptos que se considerarán a continuación.

B) El efecto horizontal indirecto

El concepto más utilizado, introducido en el caso *Lüth* y todavía seguido en la práctica, es la idea del efecto horizontal indirecto de los derechos constitucionales. En contraste con el efecto horizontal directo, en este caso, una demanda o una defensa se basa en una disposición del Código Civil, la cual no es automáticamente anulada por el Derecho Constitucional en cuestión, pero que sólo puede interpretarse a la luz del mismo. Según el Tribunal Constitucional en *Lüth*, se irradia un cierto contenido desde el Derecho Constitucional hacia el Derecho Privado y afecta a la interpretación de las actuales normas del Derecho Privado⁹. Sobre el caso de una controversia entre particulares sobre los derechos y deberes que derivan de las normas de conducta, influenciada por los Derechos Fundamentales, la Corte enfatizó que: “permanece, tanto sustantiva como procesalmente, como una disputa de derecho privado”¹⁰. Así, aunque la interpretación del Derecho Privado debe de estar en concordancia con el Derecho Público consagrado en la Constitución, no por eso deja de ser Derecho Privado interpretado y aplicado a las relaciones entre particulares. Las más adecuadas para la realización de tal influencia son las cláusulas generales del Código Civil, como la sección 826 concerniente a las buenas

7 Ver, por ejemplo, NIPPERDEY, H. C. “Die Würde des Menschen”. En: BETTERMANN, K. A. y NIPPERDEY, H. C. (editores.). *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und praxis der Grundrechte*. Parte II. 1954. p. 748 y ss.; ENNECCERUS, L. y NIPPERDEY, H. C. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. Parte I/1. 1959. pp. 92 y ss.

8 Comparar con ENNECCERUS y NIPPERDEY (1959), *supra* nota 7, p. 95.

9 *Lüth*, *supra* nota 6, p. 205.

10 *Lüth*, *supra* nota 6, p. 205, (traducción en base a la del autor).

costumbres, las cuales son consideradas *entradas* a través de las cuáles, los valores constitucionales pueden tener acceso a la esfera del Derecho Privado. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Constitucional Federal ha adoptado lo que ahora se conoce como la “teoría del efecto indirecto sobre terceros” (*Lehre der mittelbaren Drittwirkung*), que fue defendida por Dürig en respuesta a la teoría del efecto directo propuesta por Nipperdey¹¹. La principal preocupación de Dürig, la cual le llevó a rechazar la idea del efecto directo de los derechos constitucionales en el Derecho Privado, y optar por una solución intermedia, la cual vio en la idea del efecto indirecto, fue la preocupación por la preservación del principio de la autonomía privada y la independencia del Derecho Privado¹².

C) Deber estatal de proteger los Derechos Constitucionales

Después de muchos años de conceder el efecto horizontal únicamente sobre la base del concepto de efecto horizontal indirecto adoptado en *Lüth*, en el caso *Handelsvertreter*¹³, discutido en mayor detalle posteriormente, el Tribunal Constitucional alemán introdujo el concepto de “deberes estatales para proteger los derechos constitucionales” (“*grundrechtliche Schutzpflichten*”) el cual sólo se ha aplicado anteriormente en el contexto del Derecho Público en el Derecho Privado. De esta manera, el Tribunal Constitucional siguió “la teoría de los deberes estatales para proteger los Derechos Constitucionales”, la cual había sido desarrollada primeramente por Canaris, quien vio en ella una nueva base jurídica para el efecto de los derechos constitucionales en el Derecho Privado¹⁴. El Tribunal, sin embargo, no rechazó formalmente la teoría del efecto indirecto. Más bien, optó por el uso complementario de ambos, el antiguo y el nuevo fundamento, para efectos de dar cumplimiento a los derechos constitucionales en el Derecho Privado.

La función de protección de los derechos constitucionales (*Schutzgebotsfunktion der Grundrechte*), que impone al Estado el deber de proteger los derechos constitucionales, o, en otras palabras, obligaciones *positivas*, difiere de la clásica función de los Derechos Constitucionales como garantías contra el Estado (*der Eingriffsverbotsfunktion Grundrechte*), que prohíbe toda intrusión por parte del Estado en los derechos constitucionales y, por tanto, impone obligaciones *negativas* a éste. Mientras que el segundo propósito presupone la obligación del Estado de abstenerse de una acción, el primero, por el contrario, impone al Estado la obligación de actuar cuando los derechos constitucionales de una persona son violados por otro individuo (no por el propio Estado). Consecuentemente, el asunto que constituye el núcleo sobre la protección a los ciudadanos, no es si las autoridades públicas han violado activamente los Derechos Constitucionales de los particulares, sino si, fracasando al actuar, permiten a los *agentes*

11 DÜRIG, G. “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”. En: MAUNZ, T. (editor). *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*. 1956. p. 157.

12 Ibid. pp. 183 y ss.

13 BVerfG 7, 1990, BVerfGE 81, 242 (*Handelsvertreter*).

14 CANARIS, C. -W. “Grundrechte und Privatrecht”. 1984 *Archiv für die civilistische Praxis*. p. 201; y, particularmente, las páginas 210 y siguientes y 225 y siguientes. Véase también; CANARIS, C. -W. *Grundrechte und Privatrecht*. 1999.

privados que violen los Derechos Constitucionales de otros particulares. El objetivo principal de esta tarea es, pues, el deber de proteger a los individuos de unos contra otros¹⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán contiene los ejemplos más representativos de los efectos de largo alcance de los derechos constitucionales en las relaciones entre agentes privados, particularmente en virtud al Derecho Contractual. Así, por ejemplo, en su sentencia del caso *Handelsvertreter*¹⁶ en 1990, el Tribunal Constitucional esencialmente invalidó una cláusula de no competencia en un contrato entre un agente comercial y su principal por considerar que era contraria al Derecho Constitucional del agente a la libertad de ejercicio de la profesión, garantizado por el artículo 12 (1) de la Ley Fundamental. Según esta cláusula, el agente estaba prohibido de trabajar en cualquier puesto de trabajo de cualquiera de los competidores principales, por los dos años siguientes a la terminación de la relación contractual, y en caso de que la rescisión se lograra por su parte mediante una conducta culpable, él no tendría derecho a indemnización alguna. A pesar de que esta cláusula era compatible con las disposiciones obligatorias del Código de Comercio, establecido por el legislador alemán con vistas a la regulación del conflicto de intereses entre el principal su agente y, particularmente, la protección del agente que a menudo tiene muy poco poder de negociación, el Tribunal Constitucional Federal revocó la decisión del Tribunal Supremo alemán (en asuntos de derecho ordinario) en la que la cláusula en cuestión había sido confirmada y declaró que las disposiciones respectivas del Código de Comercio eran inconstitucionales. En opinión del Tribunal Constitucional, en los casos en que el legislador omite la adopción de normas contractuales imperativas para determinadas zonas de la vida o tipos de contrato, son los tribunales de Derecho Privado los que están obligados a *proteger* los Derechos Constitucionales en situaciones de disparidad contractual, utilizando los medios disponibles en el Derecho Privado.

Otra sentencia revolucionaria la dictó el Tribunal Constitucional en 1993 en el famoso caso *Bürgschaft*¹⁷. En este caso, una hija —que tenía 21 años de edad, no tenía un alto nivel de educación, no era dueña de propiedad alguna y que trabajaba como *empleada no calificada* en una fábrica de pescado por un modesto sueldo— había establecido como garantía para las deudas de su padre a la cantidad de DM 100000 (50000 euros). En esencia, la Corte invalidó el contrato de garantía celebrado por la hija sobre la base de su derecho constitucional a la autonomía privada, que se deriva del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, en relación con el principio del Estado Social de Derecho (artículos 2 (1) y 28 (1) de la Ley Fundamental). Según el Tribunal, en los casos en que una “desigualdad estructural en el poder de negociación” ha dado lugar a un contrato que es excesivamente oneroso para la parte más débil, los tribunales de derecho privado tienen la obligación de proteger el derecho constitucional a la autonomía privada de esta parte, interviniendo en el marco de las cláusulas

15 STARCK, C. “State Duties of Protection and Fundamental Rights”. En: <http://www.puk.ac.za/lawper/2000-1/starck.html>, sección 2.2.

16 HANDELSVERTRETER, *supra* nota 13.

17 BVerfG 19 de octubre de 1993, BVerfGE 89. p. 214 (*Bürgschaft*).

generales (§ 138 (1) y § 242 del Código Civil alemán relativo a las buenas costumbres y la buena fe, respectivamente).

Además de los agentes comerciales y garantes, la protección adicional en el nivel constitucional fue dada también a inquilinos, como resultado de la decisión del Tribunal Constitucional en el caso *Parabolantenne*¹⁸. En este caso, el Tribunal Constitucional obligó a un arrendador permitir a su inquilino de origen turco instalar una nueva antena con el fin de poder recibir los programas de televisión turca. La decisión de los tribunales de Derecho Privado, que confirmaron la negativa del propietario a permitir esa instalación, sobre la base del contrato celebrado entre las partes, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Según el Tribunal, al haber interpretado el artículo 242 del Código Civil sobre la buena fe, el cual era aplicable en este caso, de una manera muy restrictiva, los tribunales de derecho privado habían violado el derecho constitucional a la libertad de información del inquilino, garantizado por el artículo 5 (1) de la Ley Fundamental.

A pesar de la feroz crítica de este enfoque en la doctrina alemana (no sólo de los abogados con experiencia en el Derecho Privado, sino también de aquellos con experiencia en Derecho Público¹⁹), la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional no muestra ningún signo de que el Tribunal se este retractando de esta postura. Por el contrario, dos sentencias espectaculares del 26 de julio de 2005²⁰, en las que el Tribunal declaró inconstitucionales las cláusulas contractuales de seguros de vida, han demostrado su predisposición a interferir más con el Derecho Contractual y supeditar los acuerdos contractuales entre particulares para controlar su compatibilidad con los Derechos Constitucionales. En las sentencias en cuestión, el Tribunal de Justicia declaró *inter alia* que el deber estatal de proteger el Derecho Constitucional de las personas al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 (1) de la Ley Fundamental) y el Derecho Constitucional a la propiedad (artículo 14 (1) de la Ley Fundamental), garantizan que en el caso de la asignación de reclamaciones en los contratos de seguros de vida, los bienes creados con la compañía de seguros mediante el pago de las tasas por el asegurado no serán afectados negativamente en detrimento de los asegurados.

Uno de los rasgos característicos de esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la

18 BVerfG, 9 de febrero de 1994, BVerfG 90, p. 27 (*Parabolantenne*).

19 Ver, por ejemplo, DIEDERICHSEN, U. "Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht –ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre". En: *Archiv für die civilistische Praxis*. 1998. p. 171 y en la pp. 210 y ss.; ROTHHEL, A. 'Verfassungsprivatrecht aus Richterhand? Verfassungsbindung und Gesetzesbindung der Zivilgerichtsbarkeit', 2001 *Juristische Schulung*. p. 424; MEDICUS, D. 'Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht', 1992 *Archiv für die civilistische Praxis*. p. 35, en la p. 54 y ss.; HESSE, K. *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988, p. 24; STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, 1988. § 76 IV. p. 1583.

20 BVerfG NJW 2005. p. 2376. Para una evaluación más positiva de los casos del Tribunal Constitucional Federal, ver, por ejemplo, SIMON, T. "Grundrechtstotalitarismus" oder "Selbstbehauptung des Zivilrechts"?, 2004 *Archiv für die civilistische Praxis*. p. 264; J. Hager, *Grundrechte im nationalen Vertragsrecht*, ponencia presentada en la conferencia anual de la Sociedad Europea de Derecho Contractual en 'Constitutional values and European Contract Law', Berlin, 7-8 Septiembre 2006.

principal función de los Derechos Fundamentales en la resolución de controversias que surgen en virtud del Derecho Contractual. Aunque, en todos los casos mencionados, los Derechos Fundamentales no fueron formalmente aplicados de manera directa a las relaciones entre particulares y fue el Derecho Contractual el que sigue siendo aplicable, en la práctica, el Tribunal Constitucional determinó el resultado del caso a un nivel constitucional, ponderando los Derechos Fundamentales en conflicto involucrados en cada caso, los unos contra los otros. Así, por ejemplo, en el caso *Bürgschaft*, el conflicto surge entre el derecho constitucional de la hija a la autonomía privada, conjuntamente con el principio del Estado Social y el derecho constitucional del banco a la autonomía privada, y la cláusula de buenas costumbres que fue formalmente aplicable en ese caso pero que no pudo cambiar el resultado de esta ponderación²¹. Además, en los casos en que los tribunales de derecho privado creyeron ser *obligados* a proteger los Derechos Constitucionales de ciertos actores e intervenir para este fin en las relaciones contractuales a través de las cláusulas generales, el papel que debe desempeñar el Derecho Contractual, en particular las cláusulas generales, en la determinación de cuándo, en qué condiciones y en qué medida incorporar valores constitucionales en su propia fabricación parece haber sido más bien limitado²². Las normas del Derecho Privado, especialmente las cláusulas generales, se están convirtiendo cada vez más en meros instrumentos para dar efecto a los Derechos Constitucionales entre agentes privados, ya que lo que es constitucional tiende a ser determinado por la Constitución alemana y no por el Derecho Privado influenciado por la Constitución.

Tal jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal plantea la cuestión de si todavía sigue su propia fórmula de la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado, como fue establecida en el caso *Lüth*. Según la teoría del “efecto indirecto” adoptado por el Tribunal en este caso, los derechos constitucionales como valores objetivos sólo están destinados a influir en el Derecho Privado afectando la interpretación de sus normas existentes, mientras que un conflicto entre particulares acerca de los derechos y deberes que se derivan de normas de conducta, así influenciadas por los derechos constitucionales, ha de permanecer “*sustantiva* y procedimentalmente como una controversia del *Derecho Privado*”²³. Este razonamiento parece sugerir que es el Derecho Privado el que determinó el resultado del caso. Sin embargo, parece que, en la práctica, una característica distintiva de la constitucionalización del Derecho Privado, particularmente en el Derecho Contractual, en Alemania, ya no es que el Derecho Privado es influenciado por los Derechos Constitucionales, sino que el Derecho Constitucional tiende a determinar el resultado de las controversias entre las partes contractuales, y el papel del Derecho Privado tiende a ser limitado a implementar este resultado a través suyo.

Como resultado, puede argumentarse que hay una tendencia en el Derecho alemán hacia con-

21 Para más detalles sobre este caso, ver CHEREDNYCHENKO 2007, *supra* nota 3, s. 5.6.2. Comparar con HAGER 2006, *supra* nota 20.

22 Comparar, por ejemplo, ESCHENBACH, J. & NIEBAUM, A.F. ‘Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung’, 1994 *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, p. 1079, en la p. 1081; ZOLLNER, W. ‘Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht’, 1996 *Archiv für die civilistische Praxis*, p. 1 a p. 12.

23 *Lüth*, *supra* nota 6, en la página 205 (traducción en base a la del autor).

vertir al Derecho Privado en un subordinado de la Constitución, lo que implica una creciente relevancia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares bajo el Derecho Privado. Esta tendencia no es una consecuencia del procedimiento constitucional específico existente en Alemania. Tiene que ver con un enfoque sustantivo de la relación entre Derechos Fundamentales y Derecho Privado como tales. La cuestión clave a este respecto es qué cuerpo de normas –sea de Derecho Constitucional o de Derecho Privado– desempeña un papel decisivo en la regulación de las relaciones entre particulares. La existencia de un Tribunal Constitucional en un ordenamiento jurídico particular no conduce, por lo tanto, necesariamente, a la subordinación del Derecho Privado a los Derechos Fundamentales, ya que ese Tribunal puede ser reacio a interferir en el Derecho Privado sobre la base de consideraciones relativas a Derechos Fundamentales. Igualmente, la ausencia de un Tribunal Constitucional no implica, automáticamente, la complementariedad entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado, porque ese Tribunal puede proceder sobre la base de una jerarquía “sustantiva” entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado. Independientemente de la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado en un sistema legal particular, se tiende a tomar la forma de subordinación o complementariedad dependiendo principalmente del enfoque sustantivo seguido por el tribunal nacional, el cual tiene la última palabra sobre ese tema, ya se trate de un tribunal constitucional o el más alto tribunal en cuestiones de Derecho Privado.

4. Hacia la complementariedad entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado

4.1 *La experiencia holandesa*

En Holanda, la cuestión de la aplicabilidad de los Derechos Fundamentales en las relaciones de Derecho Privado entre particulares se ha debatido bajo la denominación de “efecto horizontal”²⁴. La jurisprudencia de los tribunales holandeses, en especial después de la reforma constitucional de 1983²⁵, proporciona pruebas de que los tribunales tienden a considerar la pertinencia de los Derechos Fundamentales contenidos en la Constitución holandesa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos-CEDH en las disputas de Derecho Privado. Una característica notable de la jurisprudencia holandesa, en la que los Derechos Fundamentales están involucrados, es la ausencia de cualquier enfoque dogmático del tema. En contraste con el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Supremo holandés, hasta el momento, no ha hecho ningún pronunciamiento general sobre cómo los Derechos Fundamentales se relacionan

24 Ver, por ejemplo BOESJES, J. “De horizontale werking van grondrechten”. En: *Nederlandse Juristenblad*. 1973. p. 905; BIESHEUVEL, M. B. W. “Horizontale werking van grondrechten”. En: *NJCM-Bulletin*. 1981 p. 147; KOEKKOEK, A. K. “De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht”. En: *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*. 1985. pp. 385, 405, 425; VERHEY, L. F. M. *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*. 1992. Para un análisis más detallado sobre la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado en el Derecho holandés, ver CHEREDNYCHENKO (2007), *supra* nota 3, sección 3.3.

25 En el memorando explicatorio del proyecto de Ley sobre la reforma constitucional el Gobierno holandés reconoció que los Derechos Constitucionales pueden ser aplicados entre agentes privados.

al Derecho Privado en el ordenamiento jurídico holandés ni la forma en qué van a afectar al Derecho Privado. En lugar de ello, se ha concedido efectos a los Derechos Fundamentales de diferentes maneras, sin explicar por qué, en realidad, en un caso particular se prefirió a una forma de efecto horizontal sobre otra²⁶.

Este planteamiento por los tribunales holandeses en relación con el efecto de los Derechos Fundamentales en las disputas del Derecho Privado se ha basado por el hecho de que, según la opinión predominante en la doctrina académica, los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución holandesa no incorporan *todos* los principios fundamentales del Derecho y, por lo tanto, no tienen una posición de monopolio en el ordenamiento jurídico holandés²⁷. Así, por ejemplo, incluso una disposición fundamental como la prohibición de la esclavitud no está positivizada en la Constitución, pero sí en el Código Civil²⁸. La concepción alemana de los Derechos Constitucionales, como un sistema más general de valores para *todo* el orden jurídico, adoptado en *Lüth*, no ha sido aceptada por el ordenamiento jurídico holandés. Según Koekkoek, por ejemplo, es mucho más razonable establecer una distinción entre normas de Derecho Público y Privado y, concordantemente, no hay necesidad de un Derecho Constitucional que abarque todo con carácter indefinido²⁹.

En la actualidad, se puede, en principio, distinguir entre tres categorías de casos relativos a la forma en que los Derechos Fundamentales afectan las relaciones del Derecho Privado en el Derecho holandés: (1) cuando a los Derechos Fundamentales se les concede el efecto horizontal directo, (2) cuando el efecto horizontal indirecto están expresamente concedido, y, finalmente, (3) cuando se concede el efecto horizontal indirecto implícitamente sin que ello sea inequívocamente reconocido³⁰. A continuación se discutirán estas categorías con mayor detalle.

A) El efecto horizontal directo

Si bien son extremadamente raros los casos en los que los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución holandesa y la CEDH hayan concedido un efecto horizontal directo, éstos, sin embargo, existen. Un buen ejemplo del efecto horizontal directo en el contexto del Derecho Contractual se puede encontrar en la reciente decisión del caso *Aidstest II* por la Corte Suprema³¹. La controversia en este caso se planteó a raíz del hecho de que durante el

26 El Gobierno holandés también hizo un intento por distinguir entre las distintas formas de efecto horizontal según el grado de su Intensidad basada en la "escala móvil" elaborado por BOESJES. Ver: Kamerstukken II 1975-1976, 13872, número 3; Boesjes (1973), *supra* nota 24. Sin embargo, difícilmente se puede encontrar la "escala móvil" del Gobierno en la jurisprudencia de los tribunales holandeses.

27 Ver, en particular, BURKENS, M. C. *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel Rect.*, 1989, p. 167 y en las pp. 179 y ss.; VERHEY (1992), *supra* nota 24, p. 24; KOEKKOEK (1985), *supra* nota 24, pp. 405 y ss.

28 BURKENS (1989), *supra* nota 27, pp. 179 y ss.

29 KOEKKOEK (1985), *supra* nota 24, p. 412.

30 Para un análisis de estas categorías, ver también VERHEY (1992), *supra* nota 24, pp. 180 y ss.

31 HR 12 Diciembre 2003, C02/193 HR, *JOL* 2003, p. 652. Para otros casos sobre el efecto horizontal directo, ver por ejemplo, HR 5 Junio 1987, *NJ* 1988, p. 702 y HR 2 Febrero 1990, *NJ* 1991, p. 289 (*Goeree*); HR 18 Junio 1993 *NJ* 1994, p. 347 (*Aids Test I*).

tratamiento médico de sangre de un paciente, el cual pertenecía a un grupo de personas con mayor riesgo de ser infectado con el virus del VIH, había entrado en contacto con la sangre de un dentista. Este último solicitó una orden judicial del paciente a someterse a una prueba de SIDA. En defensa de su negativa a hacerlo, el paciente alegó que la prueba de sangre exigida constituía una violación de su Derecho Constitucional a la integridad física (artículo 11 de la Constitución) y de su Derecho Constitucional a la privacidad (artículo 10 de la Constitución). En su decisión, la cual fue confirmada por la Corte Suprema, el Tribunal Distrital reconoció al paciente su Derecho Constitucional a la integridad corporal. Al mismo tiempo, sostuvo que estos derechos están limitados por las restricciones establecidas por o en virtud de la Ley, la cual se deriva del artículo 6:162 del Código Civil sobre responsabilidad civil, así como del contrato entre las partes. Dado que las partes habían celebrado un contrato de tratamiento médico, en las circunstancias relacionadas al contrato o en virtud de éste, es que ambos tenían un deber de cuidado uno respecto del otro. Por esta razón, según el Tribunal, también después de la terminación del contrato, el paciente podría estar obligado a hacer lo que sea necesario para limitar los daños sufridos por el dentista mientras duraba el tratamiento médico. Después de estas consideraciones, el Tribunal acudió a la ponderación de los intereses contrapuestos de las partes. En su opinión, una infracción relativamente leve del Derecho Constitucional a la integridad corporal del paciente, estaba confrontada, en este caso, con el interés del dentista en saber si es que se le había infectado con el virus del VIH o no. Por lo tanto, al negarse a la prueba de sangre, el Tribunal concluyó, el paciente no había cumplido con sus obligaciones, en virtud del contrato y, así, había actuado ilegalmente frente al dentista.

A primera vista, este planteamiento por los tribunales holandeses constituye un efecto más trascendental de los Derechos Fundamentales entre particulares: los tribunales aplicarán directamente un Derecho Fundamental y examinarán si su restricción puede justificarse sobre la base de la limitación de las cláusulas previstas en la Constitución, o —como en otros casos de este tipo— en la CEDH. Aunque el efecto horizontal directo, tal como es efectivamente aplicado por los tribunales holandeses, sea la forma más trascendental de eficacia horizontal, con las más amplias consecuencias para los agentes privados, ello es, sin embargo, más bien cuestionable, en vista del hecho de que, como se ejemplifica en el caso *Aidstest II*, las limitaciones al ejercicio de los Derechos Fundamentales se encuentran en normas abiertas del Derecho Privado, como una norma general sobre daños o buena fe. Como resultado, a final de cuentas, con el fin de resolver un conflicto entre las partes, los tribunales recurrieron a ponderar los intereses contrapuestos. Para este propósito, ellos trasladan un Derecho Fundamental hacia un interés de Derecho Privado, relacionado con el ejercicio de ese derecho y, después, lo confrontan con otro interés de Derecho puramente Privado o un interés que, al estar protegido por un Derecho Fundamental, ha sido también trasladado al Derecho Privado. Esta parece ser la única forma posible de establecer un equilibrio entre los intereses contrapuestos de las partes, porque un Derecho Fundamental, como tal, no es susceptible de este tipo de ponderación³². En tales circunstancias, no tiene mucho sentido aceptar la forma de efecto horizontal

32 Comparar con BURKENS (1989), *supra* nota 27, p. 186.

más trascendental, por un lado, y por el otro, limitar éste por normas de Derecho Privado, lo cual no conduce a nada más que a un equilibrio de intereses en el Derecho Privado³³.

En este contexto, se sostiene que la forma en que se han concedido por los tribunales holandeses el efecto horizontal directo a los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado, no conduce a la subordinación del Derecho Privado a los Derechos Fundamentales, sino a la relación de complementariedad entre los dos. Los intereses protegidos por los Derechos Fundamentales y los intereses puros del Derecho Privado interactúan unos con otros. A cuál de ellos se le ha dado el mayor peso depende de las circunstancias del caso. Una fuerte presunción en favor del Derecho Fundamental de una de las partes, la cual es inherente al efecto horizontal directo es, pues, considerablemente debilitada por el Derecho Privado, el cual en su rol de cláusula limitadora protege los intereses de la otra parte.

B) El efecto horizontal indirecto explícito

En la mayoría de los casos, en particular en el ámbito del Derecho Contractual, los tribunales holandeses han tendido a dar efecto a los Derechos Fundamentales indirectamente. Lo que significa el “efecto indirecto” de los Derechos Fundamentales en el Derecho holandés puede verse en los siguientes dos ejemplos.

En 1948 el Tribunal de Apelación tuvo que lidiar con una situación en que las partes de un contrato de arrendamiento habían acordado que el contrato sería terminado si el inquilino no hacía suficientes esfuerzos para alcanzar los objetivos de la Iglesia Protestante³⁴. Cuando el inquilino cambió sus creencias religiosas y se convirtió en un Testigo de Jehová, el arrendador (la Iglesia Protestante) rescindió el contrato. Después de una ponderación equitativa de los intereses de ambas partes, el Tribunal de Apelación consideró que la cláusula en cuestión era contraria a las buenas costumbres y al orden público (según el antiguo artículo 3:40 del Código Civil holandés), porque perjudicó seriamente la libertad de religión del inquilino.

En otro caso, decidido por el Tribunal Supremo holandés en 1969, la pregunta a ser respondida era si una cláusula contractual, que prohibía de por vida la enseñanza de ejercicios fisioterapéuticos Mensendieck, si es que fallaba la obtención del diploma, era nula³⁵. Esta pregunta fue respondida afirmativamente por el Tribunal de Apelaciones, que dictaminó que una cláusula de este tipo es de por sí contraria al orden público y a las buenas costumbres. Esta decisión de la Corte de Apelaciones, sin embargo, fue anulada por el Tribunal Supremo. Según este último, al considerar si una cláusula es contraria al orden público y las buenas costumbres, debe tam-

33 Para más detalles en este tema, ver CHEREDNYCHENKO, O. “Verplichting patiënt tot verlenen medewerking aan door (tand)arts verlangd bloedonderzoek?”. En: Noot bij HR 12. 2003, C02/193 HR, JOL 2003, 652, 2004; *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, p. 188, en la pp. 190 y ss.

34 Hof Arnhem 25 de octubre de 1948, NJ 1949, p. 331 (*Protestantse Vereniging/Hoogers*). Ver también Hof Arnhem 15 noviembre 1958, NJ 1959, p. 472 (*Diaconie Dirksland*) y Hof Arnhem 24 de junio de 1958, NJ 1959, p. 473 (*Diaconie Nieuwe Tonge*). Desde la Ley de Arrendamiento de 1958, los problemas que se plantean en este caso ya no son susceptibles de surgir. Sobre esto, vea SMITS 2003, *supra* nota 1, p. 35.

35 HR 31 de octubre de 1969, NJ 1970, p. 57 (*Mensendieck I*). También ver HR 18 de junio de 1971, NJ 1971, p. 407 (*Mensendieck II*). Ver también HR 22 de enero de 1988, NJ 1988, p. 891 (*Maimonides*).

bién tenerse en cuenta los intereses que el contrato persigue, así como la pregunta de si este interés es de tal importancia como para justificar una limitación de la libertad de enseñanza.

Aunque los tribunales no aplicaron directamente los Derechos Fundamentales en ambos ejemplos, sin embargo, se tomaron en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las cláusulas generales de Derecho Privado. Los intereses protegidos por los Derechos Fundamentales, por tanto, no fueron ignorados por los tribunales. Al mismo tiempo, en contraste con los casos en que el efecto horizontal directo fue concedido, los tribunales no parten de la jerarquía formal de los Derechos Fundamentales sobre los intereses de Derecho Privado. Además, la Corte Suprema dejó en claro que los Derechos Fundamentales son sólo uno de los factores que deben considerarse al ponderar los intereses en conflicto de las partes.

C) El efecto horizontal indirecto implícito

Aparte de los casos en los que los tribunales holandeses se refieren inequívocamente a los Derechos Fundamentales al decidir una controversia entre agentes privados, también hay casos que pueden ser considerados relevantes en el contexto de los efectos de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado, aunque no se refirieran expresamente a los Derechos Fundamentales. Un claro ejemplo de este enfoque es proporcionado por el caso *Suikerfeest*³⁶ en el que una trabajadora turca fue despedida sin previo aviso después de que ella no habría acudido a trabajar por la celebración del Ramadán. Trata de un conflicto entre los intereses del empleador por el normal funcionamiento de su negocio y el del empleado por tener la posibilidad de celebrar una festividad religiosa³⁷: la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema llegaron a conclusiones diferentes. El Tribunal de Apelación concedió claramente efecto horizontal indirecto al derecho fundamental a la libertad de religión, sosteniendo que esta libertad implica que, en principio, se les diera derecho a los empleados islámicos a un día de descanso en los días que son sagrados para ellos. Según el tribunal de apelación, sólo es posible apartarse de esta regla en el terreno de las mismas circunstancias que permitan al empleador exigir que sus trabajadores estén presentes en el trabajo, en una fiesta cristiana. Para el Tribunal Supremo, sin embargo, tal conclusión va demasiado lejos. En su opinión, como las fiestas cristianas son reconocidas por la sociedad holandesa en su conjunto, como los días en que uno no tiene que trabajar, independientemente de la religión, no se pueden establecer los feriados islámicos a la par.

En vista de ello, la Corte Suprema formuló otra regla con el siguiente contenido. A falta de disposiciones especiales en el contrato de trabajo, en principio, no puede ser razonablemente exigida la presencia en el trabajo de un empleado que ha pedido permiso de antemano para tomarse un día libre para celebrar una fiesta religiosa, la cual es importante para él, y ha especificado los motivos de esta solicitud. Una desviación de esta norma puede hacerse si es esperable que la ausencia del trabajador en ese día pueda causar graves daños a la operación

36 HR 30 de marzo de 1984, *NJ* 1985, p. 350 (*Turkse werknemster*).

37 Comparar con LABUSCHAGNE, B. "Accommodating Religious Diversity in Employment". En LOENEN, T. y RODRIGUES, P. R. (editores). *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. 1999. p. 135, el cual señala que el tema sobre las vacaciones islámicas es cubierto casi en su totalidad por convenios colectivos laborales.

de la empresa del empleador, si es que éste es o no el caso se determinará sobre la base de las circunstancias del mismo.

Aunque no se hizo referencia por la Corte Suprema al Derecho Fundamental a la libertad de religión enunciado en el artículo 6 de la Constitución y el artículo 9 del CEDH y la regla se expresa en términos puramente del Derecho Privado del viejo artículo 7:677 del El Código Civil sobre “razones de peso” para el despido, el derecho fundamental, evidentemente, influyó en el razonamiento de la Corte y el interés protegido por éste se incluyó en su decisión³⁸. Una vez más, a este interés no se dio absoluta prioridad sobre otros intereses en juego.

En consecuencia, la pertinencia de los argumentos basados en los Derechos Fundamentales de muchas controversias de Derecho Privado decididas por los tribunales holandeses muestra el reconocimiento por parte de los tribunales del hecho de que el sistema judicial holandés no pasa por alto el impacto de los Derechos Fundamentales en las relaciones de Derecho Privado entre particulares. Se cree que muchos de los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución y en el CEDH generalmente llenan de contenido a los principios generales o valores del ordenamiento jurídico holandés. Sin embargo, en contraste con la posición de los Derechos Constitucionales en el Derecho alemán, de los Derechos Fundamentales contenidos en la Constitución holandesa y en el Convenio no se consideran como un sistema objetivo generalizado de valores para todo el orden jurídico. Como resultado de ello, aunque el Derecho Privado holandés sí reconoce muchos valores que también se encuentran en las bases de los Derechos Fundamentales³⁹, los tribunales holandeses no consideran al Derecho Privado como una totalidad que se basa en los valores consagrados en el Derecho Constitucional o en el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos. Por lo tanto, no toda cuestión de Derecho Privado implica una cuestión de Derechos Fundamentales. En efecto, cuando éste es el caso, se determinará por la justicia ordinaria caso por caso.

Las tres categorías de los casos descritos anteriormente demuestran que si bien las técnicas utilizadas por el Tribunal Supremo para la concesión de un efecto a los Derechos Fundamentales en las relaciones de Derecho Privado entre agentes privados son diferentes, todas ellas se reducen a darle a los intereses protegidos por los Derechos Fundamentales un papel como *uno de los factores* que se tienen en cuenta a la hora de resolver una controversia entre agentes privados *en el marco del Derecho Privado y con el debido respeto al Derecho Privado*. Esto no sólo es válido para los casos de los efectos horizontales indirectos explícitos e implícitos, sino también para aquellos casos en los que los tribunales han recurrido formalmente al concepto de efecto horizontal directo. La aplicación de este concepto en la práctica fue significativamente privada de sus implicaciones de largo alcance como resultado del hecho de que la función de las cláusulas

38 Comparar con VERHEY (1992), *supra* nota 24, p. 185. Ver también la nota para este caso por BIESHEUVEL, M. B. W. En: NJCM-Bulletin. 1983. pp. 256 y ss.

39 Comparar con SMITS (2003), *supra* nota 1, p. 161. Ver también la respuesta de Smits a mi pregunta en la discusión sobre su informe preliminar en el encuentro de la Sociedad Holandesa de Derecho Comparado, en *Verslag van het debat over het preadvies “Constitutionalisering van het vermogensrechts”* van SMITS. 2004, p. 120.

limitadoras fue asignada a las normas del Derecho Privado. Así, el efecto horizontal directo en el Derecho holandés tampoco ha dado lugar a la primacía de los Derechos Fundamentales sobre el Derecho Privado, pero en cambio ha vinculado simplemente los Derechos Fundamentales en juego como uno de los intereses que se cuentan a la hora de decidir sobre las controversias del Derecho Privado. En consecuencia, a pesar de la ausencia de cualquier enfoque dogmático sobre la cuestión de cómo los Derechos Fundamentales han de afectar al Derecho Privado, la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado en el ordenamiento jurídico holandés puede caracterizarse en términos de complementariedad entre los dos.

Además, un rasgo característico del ordenamiento jurídico holandés es que, en la mayoría de los casos, la interacción entre los Derechos Fundamentales, en particular los derechos que figuran en la Constitución, y el Derecho Privado, se ha producido espontáneamente, es decir, sin obligación explícita por parte de los tribunales a tomar en cuenta los Derechos Fundamentales a la hora de resolver las controversias entre agentes privados. Al leer las resoluciones judiciales en el ámbito del Derecho Contractual, uno tiene la impresión de que el Tribunal Supremo realmente no consideró los derechos consagrados en la Constitución como normas de mayor jerarquía, que tuvieran que ser compatibles con su decisión respecto a un caso de Derecho Privado. En lugar de ello, se vio a los Derechos Constitucionales como una fuente de inspiración o, en otras palabras, como un medio de asistencia al realizarse la concreción de las normas de textura abierta de Derecho Privado a la luz de los principios generales del Derecho que, en muchos casos, encuentran su sentido en los Derechos Fundamentales⁴⁰. A este respecto, se puede hablar de “complementariedad espontánea” entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado, lo cual en el ordenamiento jurídico holandés se explica por un alto grado de libertad de que gozan los tribunales en cuanto a si, y, en caso afirmativo, cómo, conceder un efecto horizontal a los Derechos Fundamentales. Esta forma de complementariedad puede compararse con “la complementariedad obligatoria”, cuando los tribunales están obligados a desarrollar el Derecho Privado de una manera que sea compatible con los valores consagrados en los Derechos Fundamentales y alojarlos en el Derecho Privado. En la actualidad, sin embargo, con la creciente disposición de los tribunales holandeses para tener en cuenta los Derechos Fundamentales y, por tanto, actuar en consonancia con los valores consagrados en la Constitución y, especialmente, en la CEDH, así como la creciente disposición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a conceder efecto horizontal a los derechos recogidos en la Convención⁴¹, cada vez es más difícil trazar una línea entre la “complementariedad espontánea” y la “complementariedad obligatoria”. Esto es especialmente cierto en relación con los casos en que los tribunales interpretan la legislación nacional, incluyendo la legislación en el ámbito del Derecho Privado, de una manera que sea compatible con los Derechos Humanos que figuran en la CEDH⁴² siendo una razón práctica para esto su disposición a prevenir que Holanda sea llevada ante el Tribunal de Estrasburgo.

40 Comparar con BURKENS (1989), *supra* nota 27, p. 184.

41 Sobre el tema del efecto horizontal en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, ver CHEREDNYCHENKO (2006), *supra* nota 2, p. 195.

42 Ver por ejemplo HR 19 Mayo 1995, NJ 1996, p. 115 (*Sogelease*).

4.2. La experiencia inglesa

La principal peculiaridad de la constitucionalización del Derecho Privado inglés es que se trata de una constitucionalización más europea que británica⁴³. Debido a que Inglaterra no tiene una constitución escrita, y mucho menos un Tribunal Constitucional, todo el debate sobre el efecto de los Derechos Fundamentales entre particulares se ha llevado en relación a los Derechos Fundamentales consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos después de que se incorporaron en la legislación nacional del Reino Unido por el Acta de Derechos Humanos en 1998. La importancia de esta Acta radica, para utilizar las palabras del Libro Blanco que la precedió, en “traer los derechos del Convenio a casa”, haciéndolos aplicables en el derecho interno. Esto significa que los ciudadanos británicos no tendrán que tomar el “largo y lento camino a la Corte de Estrasburgo”⁴⁴, sino que serán capaces de garantizar los derechos del Convenio en sus propios tribunales del Reino Unido. Estos derechos del Convenio, de acuerdo con el Acta de Derechos Humanos, son, y delimitan a, los derechos y libertades establecidos en la Convención Europea⁴⁵, y, por tanto, no son nuevos derechos conferidos a los ciudadanos del Reino Unido por el Acta. La nacionalización de los Derechos Fundamentales contenidos en el CEDH ha dado a la comunidad jurídica europea la oportunidad de escuchar lo que los jueces y los académicos ingleses piensan sobre el efecto de los Derechos Fundamentales entre particulares.

El silencio en el texto de el Acta de Derechos Humanos sobre la cuestión de la aplicabilidad de los Derechos Fundamentales consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos entre particulares y la ausencia de directrices inequívocas y exhaustivas sobre esta cuestión en la historia legislativa del Acta ha provocado un debate a gran escala en la literatura legal en cuanto a, si es que ello ocurre, la manera en que los derechos del Convenio afectan a las relaciones entre particulares regidos por el *common law*. Con algún riesgo de simplificación excesiva, parecen haber cuatro posiciones expresadas en este debate: “ningún efecto”, “efecto horizontal directo”, un “efecto horizontal indirecto fuerte” y un “efecto horizontal indirecto débil”.

A) “Ningún efecto”

De un extremo, hay una opinión introducida por *Sir Richard Buxton* que excluye cualquier efecto del Convenio de derechos entre particulares⁴⁶. Según esta opinión, el mismo Convenio Europeo se aplica solamente en contra del Estado y mientras que el Acta de Derechos Humanos hace que los derechos del Convenio sean exigibles en el Derecho inglés, el contenido de estos derechos no puede haber cambiado en el curso de ese proceso de transmisión. Estos todavía se aplican únicamente en contra del Estado⁴⁷. En opinión de *Sir Richard*, incluso en el

43 Sobre la relación entre Derechos Fundamentales y el Derecho Privado en el Derecho inglés en mayor detalle, ver *CHEREDNYCHENKO* (2007), *supra* nota 3, sección 3.4.

44 *LORD IRVINE of LAIRG*, “The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights”. En: *Public Law*. 1998. p. 221.

45 Sección 1 (1) del Acta de Derechos Humanos de 1998.

46 *BUXTON, R.* “The Human Rights Act and Private Law”. En: *The Law Quarterly Review*. 2000. p. 48.

47 *Ibid.*, en la pp. 51 y ss.

caso de obligaciones positivas, el deber de proteger los derechos del Convenio sigue siendo del Estado, y "(...) eso no puede traducirse en un derecho directo de titularidad del demandante en contra de los otros sujetos"⁴⁸. Es evidente que con la adopción de este enfoque, los derechos fundamentales y el ámbito privado del *common law* en el Reino Unido difícilmente interactúan entre sí y seguirían existiendo en paralelo.

B) El "efecto horizontal directo"

En el otro extremo está la opinión introducida por Wade, que ha sido el principal defensor del "pleno" o "efecto horizontal directo" de los derechos del CEDH en el Reino Unido⁴⁹. Dos fueron los argumentos presentados por él en apoyo de esta posición: uno derivado de la letra de la ley y el otro de su espíritu. Como él ha dicho, el argumento literal es "extremadamente simple"⁵⁰. El artículo 6 del Acta de Derechos Humanos hace que sea ilegal que una autoridad pública actúe de forma incompatible con un derecho del Convenio. La Sección 6 (3) (a) incluye expresamente a juzgados y a tribunales en esta categoría de autoridades públicas. Por lo tanto, cualquier tribunal que decida un caso debe hacerlo de una manera que sea compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aun cuando los agentes ante ésta sean privados. En relación con el espíritu del Acta, Wade responde a la alegación de Buxton de que la misma CEDH es exigible sólo contra los Estados, argumentando que no se desprende lógicamente de ello que el Acta de Derechos Humanos es igualmente limitada⁵¹. Si bien es cierto que el propósito original del Convenio Europea era proteger a las personas de los gobiernos dictatoriales y opresivos, en su opinión, hoy en día se ha desarrollado en el mundo occidental una nueva cultura de los Derechos Humanos como los "Principios generales de justicia", en el que "los ciudadanos pueden esperar legítimamente que sus Derechos Humanos serán respetados por sus vecinos, así como por su gobierno"⁵². En consecuencia, la incorporación de la CEDH debe significar que ahora hay un derecho directo frente a ese otro individuo y que un tribunal del Reino Unido no está en condiciones de hacer "otra cosa que hacer cumplir los derechos del Convenio"⁵³.

El enfoque esbozado por Wade presupone que si el *common law* existente no garantiza una protección adecuada, nuevas formas de acción privada pueden ser inventadas por los tribunales⁵⁴. Así, por ejemplo, si la adjudicación de daños por afectaciones a la vida privada no

48 Ibid., en la p. 53.

49 WADE, H. W. R. "Horizons of Horizontality". En: *The Law Quarterly Review*. 2000. p. 217. Sobre otros exponentes de esta perspectiva en Inglaterra, ver por ejemplo: MORGAN, J. "Privacy, Confidence and Horizontal Effect: "Hello" Trouble". En: *Cambridge Law Journal*. 2003. p. 444 y en p. 473; RAPHAEL, T. "The Problem of Horizontal Effect". En: *European Human Rights Law Review*. 2000. p. 493 y, en particular, en la p. 511.

50 WADE (2000), *supra* nota 49, en la p. 217.

51 Ibid., en la p. 218.

52 Ibid., en la p. 224.

53 Ibid., en la p. 220.

54 Wade mismo no ve ningún significado al hablar de nuevas causas de acciones privadas: Ibid., pp. 221 y ss. Es obvio, sin embargo, que su acercamiento lo presupone. Comparar con PHILLIPSON, G. "The Human Rights Act, "Horizontal Effect" and the Common Law: a Bang or a Whimper?". En: *Modern Law Review*. 1999. p. 824, y en p. 831.

existe en el Derecho inglés, los tribunales simplemente estarían en la obligación de crearlo con el fin de cumplir con las obligaciones que les incumben en virtud del artículo 8 del Convenio que garantiza el respeto de la vida privada. La adopción de ese enfoque significaría una clara subordinación del ámbito privado del *common law* a los Derechos Fundamentales consagrados en el CEDH.

C) El “efecto horizontal indirecto fuerte”

La idea de un “efecto horizontal indirecto fuerte” tiene por objeto lograr un compromiso entre la teoría del “ningún efecto” y el “efecto horizontal directo”. Sin embargo, en el espectro entre estos dos extremos, esta idea se puede colocar más cerca del “efecto horizontal directo” en lugar del “ningún efecto”. La adopción de este enfoque con respecto del Acta de Derechos Humanos fue defendida por Hunt, el cual no lo llama “efecto horizontal indirecto fuerte”, pero sí “Aplicación para todo Derecho”⁵⁵. Este modelo es tomado por Hunt del voto disidente del juez Kreilger en una decisión del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, en *Du Plessis vs. De Klerk*, quien sostuvo que si bien un particular no puede ser demandado por transgredir los Derechos Fundamentales de otro, éste no puede ampararse en el Derecho para defender sus acciones infractoras⁵⁶. A raíz de esta línea de razonamiento, Hunt sostiene que la intención detrás de la inclusión de los juzgados y tribunales en la definición de “autoridades públicas” en el sentido de la sección 6 (1) del Acta es garantizar de que “(...) todas las leyes, que no sean inevitablemente legislación incompatible, han de ser sometidas a los derechos del Convenio, que de esta manera alcanzan la generalización”⁵⁷. De esto se deduce que siendo “poderes públicos”, las cortes y los tribunales tienen la *obligación* de actuar compatiblemente con los derechos del Convenio, incluso a la hora de decidir sobre las controversias entre particulares regidos únicamente por el *common law*. Ese deber se requerirá que los juzgados y tribunales actúen “activamente para modificar o desarrollar el *common law*, a fin de lograr esa compatibilidad”⁵⁸.

La diferencia entre este modelo y el modelo del “efecto horizontal directo” es, sin embargo, que los tribunales no están autorizados a crear causas de acción totalmente nuevas y de esta manera ir más allá de su “legítima función de desarrollo del *common law*”⁵⁹. Sin embargo, esta limitación no altera el hecho de que la idea de un “efecto horizontal indirecto fuerte” parte de la prioridad absoluta de los derechos del Convenio sobre el *common law* y, por tanto, la subordinación del ámbito privado del *common law* a los Derechos Fundamentales. En caso de conflicto entre sí, las consideraciones que no sean del Convenio no pueden primar sobre derechos del Convenio. Como Phillipson señala acertadamente:

55 HUNT, M. “The “Horizontal Effect” of the Human Rights Act”. En: Public Law. 1998. p. 423, y en la p. 434. Para una visión similar, ver también: LESTER, A. & D. PANNICK, “The Impact of the Human Rights Act on Private Law: The Knight’s Move”. En: The Law Quarterly Review. 2000. p. 380, y en la p. 384; BEATSON, J. & S. GROSZ. “Horizontality: a Footnote”. En: The Law Quarterly Review. 2000. p. 385, y en la p. 386.

56 HUNT (1998), *supra* nota 55, en la p. 434.

57 *Ibid.*, pp. 440 y ss.

58 *Ibid.*, (las letras *itálicas* son del autor).

59 HUNT (1998), *supra* nota 55, en la p. 441.

“Los Tribunales, en el marco del modelo de Hunt, simplemente tendrán que dejar de lado las normas pertinentes de adjudicación de daños y los valores que las sustentan y cambiar automáticamente todas sus normas preexistentes de conformidad con lo que sea que el artículo pertinente del Convenio exija. Tal enfoque no puede ser entendido como “desarrollo” del *common law*: uno no “desarrolla” algo cuando lo utiliza exclusivamente como un vehículo totalmente maleable para la promoción de los derechos constitucionales”⁶⁰

La aprobación del modelo del “efecto horizontal indirecto fuerte” puede implicar la subordinación del ámbito contractual del *common law*, en particular, a los derechos del Convenio, puesto que el CEDH no contiene una expresa adhesión a los principios más importantes del Derecho Contractual, como la libertad de contrato y la libertad testamentaria, a los cuales se les ha dado la debida consideración en el desarrollo del *common law*. Por lo tanto, si el derecho a la libertad contractual no se deriva de otras disposiciones generales del Convenio, tales como el derecho a la vida privada y familiar garantizados por el artículo 8, los derechos del Convenio siempre primarán sobre las normas incompatibles del *common law*, y ello implicará la imposibilidad del ámbito contractual del *common law* a desempeñar un papel decisivo en las controversias entre agentes privados⁶¹.

D) El “efecto horizontal indirecto débil”

Por último, existe una opinión ampliamente compartida en la doctrina legal de que los Derechos Fundamentales consagrados en el CEDH podrán / deberán tener un “efecto horizontal indirecto débil”⁶². La diferencia entre este planteamiento y el “efecto horizontal indirecto fuerte” radica en el grado en que los tribunales están vinculados a los derechos del Convenio en un litigio entre privados⁶³. La idea detrás del modelo “efecto horizontal indirecto débil”, que ha sido descrita por Phillipson con gran detalle⁶⁴, es que los tribunales deben aplicar y desarrollar el derecho existente a la luz de los valores y principios que representa la Convención de Derechos⁶⁵. Por lo tanto, el deber de las cortes de actuar de manera compatible con la Convención conlleva, en el ámbito privado, la obligación de desarrollar y aplicar el derecho en referencia a los valores que ésta consagra y, por tanto, no constituye un deber absoluto de alcanzar la conformidad del *common law* con los derechos del Convenio que constituyen el corazón del modelo del “efecto horizontal indirecto fuerte”⁶⁶. En la práctica, esto significa

60 PHILLIPSON (1999), *supra* nota 54, p. 839.

61 Comparar con PHILLIPSON (1999), *supra* nota 54, en la p. 840; LEIGH, I. “Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?”. En: *International and Comparative Law Quarterly*. 1999. p. 57, y en la p. 73.

62 Ver, por ejemplo PHILLIPSON (1999), *supra* nota 55, pp. 843 y ss. y 847 y ss.; BEALE y PITTAM 2001, *supra* note 1, pp. 136 y ss.; LEIGH (1999), *supra* nota 61, en las pp. 82 y ss.

63 MacQUEEN H. L. y BRODIE, D. “Private Rights, Private Law and the Private Domain”. En: Boyle A. y otros (editores). *Human Rights and Scots Law*. 2002, p. 141, y en la p. 154.

64 PHILLIPSON (1999), *supra* nota 54, en la p. 824.

65 *Ibid.*, en la p. 843 (las letras itálicas son del autor).

66 *Ibid.*, en la p. 837 (las letras itálicas son del autor). Sobre la crítica a la distinción entre derechos y valores, ver KMENT, M. “Comparative Analysis of the ‘Horizontal Effect’ of the Human Rights Act”. En: *German Yearbook of International Law*. 2002. p. 363, 390 y ss.

que, en virtud del modelo del “efecto horizontal débil”, los tribunales tendrán la facultad discrecional de intervenir en las relaciones privadas⁶⁷. Los demandantes que busquen invocar derechos del Convenio en los casos que involucren el ámbito privado del *common law* no podrán basarse solo en el derecho en cuestión, sino que tendrán que extender su fundamentación a normas existentes del *common law*; así, los derechos relevantes del Convenio sólo podrán ser invocados como un apoyo de su fundamentación⁶⁸. Como consecuencia de ello, los derechos del Convenio, por lo general, se utilizan para aclarar “los ingredientes de una demanda en particular del *common law*” que son “intrínsecamente amplios y abiertos a una gran variedad de interpretaciones”⁶⁹. Por lo tanto, en contraste con el modelo “fuerte”, en el modelo débil, las consideraciones de la Convención entran en juego a la par con las que no lo son, como por ejemplo, el *common law* y sus normas relativas a daños; y compiten entre sí en vez de prevalecer sobre ellas automáticamente en todos los casos⁷⁰. Esto significa que si este modelo es seguido por los tribunales, la relación entre los Derechos Fundamentales y el ámbito privado del *common law* puede desarrollarse hacia una complementariedad entre los dos.

Aunque los tribunales ingleses (todavía) no han abordado el debate doctrinal sobre cómo los Derechos Fundamentales consagrados en el Convenio han de afectar las relaciones entre particulares en virtud del ámbito privado del *common law*, su jurisprudencia ha arrojado algo de luz sobre la actitud prevaleciente de la judicatura. El mejor ejemplo actual del enfoque adoptado por los tribunales en los casos regidos por el *common law* son aquellos relativos a la protección de la privacidad. Esta área del derecho es particularmente interesante debido a una cierta tensión entre el *common law* y el Derecho de la CEDH. Mientras que el artículo 8 del Convenio contiene explícitamente el derecho al respeto de la vida privada y familiar, tradicionalmente, el *common law* no ha reconocido un derecho general a la privacidad⁷¹. Esto explica por qué el desarrollo judicial de un recurso para la invasión de la vida privada por los medios de comunicación se ha anticipado ansiosamente por muchos comentaristas como uno de los efectos probables más dramáticos y controvertidos sobre la introducción del artículo 8 de la CEDH del Acta de 1998 al Derecho inglés⁷². Además, esta zona también es problemática por el hecho de que el derecho a la libertad de expresión del Convenio, protegido por el artículo 10, también puede estar en conflicto con el *common law*. Así, la forma en que los jueces se han ocupado de casos sobre privacidad después del 2 de octubre de 2000, cuando el Acta de Derechos Humanos entró en vigor, merece una consideración especial. En este contexto,

67 Ibid., p. 843.

68 Ibid., p. 847.

69 Ibid., pp. 843 y ss.

70 Ibid., p. 839.

71 In En 1990 el Tribunal de Apelación declare que no había agravio hacia la privacidad conocido en el Derecho inglés (*Kaye v. Rovertson* [1991] FSR 62). Ver también *Wainwright v. Home Office* [2003] 3 WLR 1137, 4 All ER 969 (HL).

72 Comparar con PHILLIPSON, G. “Judicial Reasoning in Breach of Confidence Cases under the Human Rights Act: Not Taking Privacy Seriously”. En: *European Human Rights Law Review* (Special Issue: Priv). 2002. pp. 1, 2.

el caso *Douglas vs. Hello! Ltd*⁷³ ofrece una buena ilustración de la posición adoptada por los tribunales ingleses en los casos entre particulares en virtud del *common law*.

La controversia surgió, en este caso, entre la estrellas de cine Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones y la revista "Hello!" En noviembre de 2000 las estrellas de cine se casaron en Nueva York. Los derechos exclusivos de las fotografías de su boda habían sido vendidos a la revista "OK!" para que los resultados se publicasen en el Reino Unido. Sin embargo, de alguna manera, fotografías no autorizadas fueron tomadas por otros en la boda y se vendieron al rival de la revista "OK!", "Hello!", para su publicación, inclusive, en el Reino Unido. Como resultado de ello, "Hello!" publicó fotografías no autorizadas el mismo día en el que "OK!" había publicado partes del portafolio de fotografías, plenamente autorizado y aprobado por la pareja, que cubría el evento por las cuales había pagado. Los Douglas y "OK!" solicitaron una medida cautelar contra la publicación de "Hello!". Aunque, en lo particular, la demanda se puso en términos de *breach of confidence*¹, que es una demanda de daños preestablecida en el Derecho inglés. Durante los alegatos, el abogado que representó a la pareja, el señor Tugendhat, dijo que el caso tenía más que ver con la privacidad que con confidencialidad. El Tribunal de Apelación levantó la medida provisional que se había concedido en primera instancia. Esto se hizo, sin embargo, no sobre la base de que no había derecho a la privacidad en Inglaterra ni en el país de Gales. Por el contrario, la medida se levantó sobre la base de una ponderación de la conveniencia de favorecer a la defensa y de la pérdida de la privacidad de los demandantes, ya que podía ser fácilmente compensada después de avanzado el proceso, dado que ya habían comercializado su privacidad mediante la venta de derechos exclusivos para "OK!". En relación con el derecho a la privacidad, es de particular interés el destacado pronunciamiento ofrecido por el L. J. Sedley a favor del reconocimiento del derecho de la privacidad distinto a un derecho a la confidencialidad y, por lo tanto, del efecto horizontal directo de los derechos del Convenio:

"Quisiera concluir, al menos, que el Sr Tugendhat tiene un caso poderosamente argumentable para alegar en el juicio que sus antes mencionados clientes tienen un derecho a la intimidad, el cual es reconocido y, de ser el caso, protegido por el Derecho inglés. Decir esto, es en mi opinión, decir muy poco, y algo que nuestras cortes aún no han dicho, por lo menos con esta etiqueta. Se puede decir, entre otras cosas, que el derecho, basado en la doctrina equitativa de abuso de confianza no es incondicional. (...). Lo que hace el concepto de la privacidad es reconocer, sin embargo, el hecho de que el Derecho tiene que proteger no sólo a aquellas personas de cuya confianza se ha abusado, sino a aquellas que simplemente se encuentran sometidas a una intrusión no deseada en su vida personal. El derecho ya no tiene que construir una relación artificial de la confidencialidad entre el intruso y la víctima: el derecho es capaz

73 *Douglas v. Hello! Ltd* [2001] Q.B. 967, C.A., 2 All ER 289 (etapa interlocutoria); *Douglas v. Hello! Ltd* [2003] WL 18228877 (Ch D), [2003] 3 All E.R. 996 (juicio).

1 Nota del Editor: el concepto no es pasible de ser traducido, pero se refiere a una *tort* (o remedio para la adjudicación de daños ante acciones ilícitas de terceros) que provee el Derecho inglés en los casos de violación de la privacidad de información sujeta a derechos de confidencialidad.

de reconocer la vida privada como un principio jurídico surgido del valor fundamental de la autonomía personal”⁷⁴.

Sin embargo, cuando regresó el caso ante el Tribunal Superior de Justicia de la División de la Cancillería, la revista “Hello!” fue encontrada como responsable hacia la pareja y la revista “OK!” en virtud del derecho de confidencialidad. J. Lindsay, hizo un resumen de los principios generales desarrollados por los tribunales en los casos previos a la vigencia del Acta de Derechos Humanos, los cuales a su juicio, “representan una fusión entre el régimen en vigor de la confianza y de los derechos y obligaciones dimanantes del Acta”⁷⁵ ⁷⁶. Entre estos principios, los tres siguientes son de particular importancia en el contexto actual. En primer lugar, de acuerdo con Lindsay, el alcance de la *breach of confidence* tiene que ser evaluado a la luz de los Derechos Fundamentales conferidos por los artículos 8 y 10 del Convenio; estos derechos se considerarán absorbidos por la acción de *breach of confidence*⁷⁷. En segundo lugar, el artículo 10 (1), el derecho a la libertad de expresión está sujeto no sólo al artículo 8, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, sino también a los derechos reconocidos por la ley en cuanto a la confianza, aún cuando estos últimos no son derechos protegidos por el CEDH. Esto deriva del hecho de que el artículo 10 (1) del Convenio es, por el artículo 10 (2), “sujeto a tales condiciones (...) como las establecidas por ley y que son necesarias en una sociedad democrática (...) para la protección de (...) los derechos de terceros (y) para impedir la divulgación de informaciones confidenciales (...)”⁷⁸. En tercer lugar, no existe “prioridad presunta” de la libertad de expresión cuando se encuentra en conflicto con otro derecho del Convenio o con derechos en virtud del derecho a la confianza⁷⁹.

Aplicando estos principios a los hechos del presente caso, Lindsay ponderó el derecho a la confianza en contra de la libertad de expresión; y la balanza se inclinó a favor del primero. En consecuencia, en virtud de la legislación sobre la confianza, la revista “Hello!” fue tomada como responsable hacia el señor Douglas y la señora Zeta-Jones, así como hacia su revista rival “OK!”. En su sentencia, Lindsay, también tomó el argumento de Sedley en favor del efecto horizontal directo del artículo 8 del Convenio, expresado en la segunda instancia en este caso y le dio la siguiente respuesta:

“El caso de Sedley de un daño general (de la vida privacidad, OOC) depende, en mi lectura de su sentencia, de nuestro derecho que, por lo demás, es insuficiente en relación con la protección y la observancia de los derechos individuales a la vida privada y familiar por no estar a la altura del cumplimiento del Convenio, del Acta de Derechos Humanos y de los requisitos de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Incluso aceptando el atractivo

74 *Douglas v. Hello! Ltd* [2001] Q.B. 967 C.A., 1001.

75 *Douglas v. Hello! Ltd* [2003] WL 18228877 (Ch D), 186.

76 The Los casos referidos por Lindsay son los siguientes: *Douglas v. Hello! Ltd* [2001] Q.B. 967 C.A.; *Venables and Thompson v. News Group Newspapers Ltd.* [2001] 1 All E.R. 908; *A v. B* [2002] 3 W.L.R. 542 C.A. and *Campbell v. MGN Newspapers Ltd* [2002] E.W.C.A. Civ 1373.

77 *Douglas v. Hello! Ltd* [2003] WL 18228877 (Ch D), 186 (i).

78 *Ibid.*, 186 (ii).

79 *Ibid.*, 186 (v).

argumento planteado, no existe ninguna necesidad para la creación de un nuevo derecho en zonas en las que (por ejemplo, a modo de referencia al derecho a la confianza) la protección y la observancia ya están desde ya disponibles, no sólo en teoría, sino en la práctica, incluso en el caso particular. Como he señalado, el señor y a la señora Douglas, han sido protegidos por la legislación sobre confianza, no existiendo laguna relevante en el Derecho inglés que requiera, como en los hechos del caso que tengo ante mí, un debido respeto a la Convención que debería cubrirse”⁸⁰.

La principal razón detrás de esta reticencia a aceptar la opinión de Sedley, es que es mejor dejar el tema de la privacidad al Parlamento, quien puede tener en cuenta los intereses de manera más amplia que las cortes⁸¹. Según Lindsay, los tribunales sólo serán obligados a actuar de conformidad con la ley existente, sea que ésta brinde una adecuada protección, o no⁸².

Este planteamiento por parte de los tribunales también se confirmó en una decisión más reciente de la Cámara de los Lores, en *Campbell vs. MGN Newspapers Ltd.*⁸³ En este caso, la Cámara sostuvo que la acción de *breach of confidence* se podría utilizar para ofrecer un recurso para la “supermodelo” Naomi Campbell con respecto a un artículo y una fotografía publicada en el periódico Daily Mirror exponiendo la falsedad de la negación pública Campbell sobre su adicción a las drogas. Bajo la influencia del artículo 8 de la Convención, el acción de *breach of confidence* se amplió a fin de que la información personal privada fuera protegida. Posteriormente, el derecho a la confianza fue ponderado medido con el derecho a la libertad de expresión, inclinándose la balanza en favor de los primeros.

A partir de la disposición de los tribunales para considerar los argumentos basados en la Convención en las controversias del ámbito privado del *common law*, se puede concluir que la teoría del “ningún efecto”, enfoque adoptado por Buxton, ha sido rechazada. De la misma manera, no se puede encontrar apoyo en la jurisprudencia en favor de la otra perspectiva extrema defendida por Wad, esto es, la teoría del “efecto horizontal directo” de los derechos de la Convención. La persistente renuencia de los tribunales a crear una nueva causa de acción de la demanda al aceptar el derecho general a la privacidad, y su predisposición a dar la protección necesaria a través de los fundamentos proporcionados por el abuso de confianza, muestran que los tribunales no están dispuestos a proceder en dirección de la subordinación del ámbito privado del *common law* a los derechos de la Convención. Lo que los tribunales ya han venido haciendo, y es probable que sigan haciéndolo en el futuro, es desarrollar el actual *common law* a la luz de los derechos de la Convención. Este descubrimiento es apoyado no sólo por el criterio de los tribunales ingleses en la etapa posterior al Acta de Derechos Humanos en casos de intimidad entre particulares en virtud del *common law*, sino también por el enfoque adoptado

80 Ibid., 229 (ii).

81 Ibid., 229 (iii)

82 Ibid., 229 (iii).

83 [2004] UKHL 22; 2 WLR 1232; 2 All ER 995 (HL). Sobre este caso, ver MacQUEEN, H.L. 'Protecting Privacy', 2004 *Edinburgh Law Review*, p. 420.

en los asuntos resueltos antes del Acta de Derechos Humanos y aquellos casos⁸⁴ posteriores a su aprobación, en los que la relación entre particulares se rige por la legislación⁸⁵. En todos estos casos, el deseo de actuar de forma compatible con la Convención iba de la mano con la cautela en la aplicación de los derechos de la Convención y una actitud de deferencia para con el legislador. Aunque todavía no ha surgido ningún caso en el que haya sido imposible extender las normas del common law de forma tal que se les dé cabida a para acomodarlos a un derecho de la Convención, parece ser que los jueces han hecho tácitamente una elección de forma más o menos definitiva a favor de ese enfoque “desarrollado”⁸⁶, y, por tanto, a favor de un “efecto horizontal indirecto”.

Sin embargo, lo que no está del todo claro de la jurisprudencia disponible hasta el momento es qué forma de “efecto horizontal indirecto” prevalecerá: el “fuerte” o el “débil”. Una cuestión fundamental a ser resuelta es si la obligación de los tribunales, en virtud de la sección 6 (1) del Acta de Derechos Humanos, el actuar compatible con la Convención, es satisfecha por el mero hecho de tomar en cuenta los correspondientes derechos de la Convención, tal como ha argumentado Phillipson; o si es que se exige que esos derechos deban anular cualquier o todo principio existente en el *common law*, con el fin de lograr el cumplimiento de la Convención, tal como ha sugerido Hunt. Aunque en la actualidad es demasiado pronto para hacer conclusiones definitivas en este sentido, parece que los tribunales tienden a dar preferencia a la versión más débil de “efecto horizontal indirecto”. El mayor énfasis en el *common law* y su desarrollo a la luz de la Convención, el cual impregna las sentencias de los tribunales como un hilo distintivo, parece proporcionar evidencia de que al *common law* se le permitirá ejercer un impacto sustantivo en la forma en que los derechos de la Convención, o más exactamente, los valores detrás de ellos, estén alojados dentro de ella y, por tanto, no sólo desempeñen un papel formal como un “vehículo de desarrollo de derechos constitucionales”. Al disponer que el derecho a la libertad de expresión no goza de prioridad automática sobre el derecho a la confidencialidad del *common law*, Lindsay, en su sentencia del caso *Douglas v. Hello! Ltd.* deja en claro que los derechos de la Convención no pueden anular automáticamente al *common law*. Más bien, los jueces están obligados a tomarlos en cuenta en el *common law* y con el debido respeto a sus valores⁸⁷. Especialmente en los casos de Derecho Contractual, tal actitud parece ser también más probable que una reestructuración activa del ámbito contractual del *common law*, teniendo en cuenta que la cultura general en el Reino Unido se caracteriza por

84 Ver por ejemplo *Rantzen v. Mirror Group Newspapers* [1994] Q.B. 670; *John v. Mirror Group Newspapers* [1996] 2 All ER 35; *Middlebrook Mushrooms v. TGWU* [1993] I.C.R. 612.

85 Ver por ejemplo, *Ashdown v. Telegraph Group LTD* [2001] All ER 666; *Wilson v. The First County Trust LTD* [2003] 4 All ER 97 (HL); *Copsey v. WBB Devon Clays Ltd* [2005] EWCA Civ 932, [2005] ICR 1789.

86 MORGAN (2003), *supra* nota 49, p. 468.

87 Otros varios dictámenes de los jueces en cuanto a la naturaleza de los derechos de la Convención también puede ser citado en apoyo de esta conclusión. Véase, por ejemplo, *Douglas v. Hello! Ltd.* [2001] Q.B. 967 C.A., 997 (Keene LJ); *Douglas v. Hello! Ltd.* [2001] Q.B. 967 CA, 997 (Phillips MR); *Campbell v. Newspapers MGN Ltd.* [2004] UKHL 22; 2 WLR 1232; 2 Todos ER 995 (HL), [17], [18] (Lord Nicholls) y [49], [50] (Lord Hoffmann).

“el pragmatismo, el escepticismo y incrementalismo”⁸⁸. Esto significa que la siguiente observación de Gearty sobre el planteamiento de los tribunales en el Derecho Penal puede ser aún más cierta en su acercamiento al Derecho Privado: “(A) veces parecía como si la hipótesis funcional hubiese sido que el Acta de Derechos Humanos 1998 debiera interpretarse “en la medida de lo posible” para ser compatible con la legislación preexistente, en lugar de que se al revés”⁸⁹.

Si la hipótesis de que los tribunales ingleses van a favorecer al “efecto horizontal indirecto débil” es correcta, especialmente los conceptos amplios tienen más probabilidades de ser interpretados y aplicados a la luz de los valores de la Convención. Por ejemplo, en el Derecho Contractual esto significaría que los tribunales puedan utilizar la doctrina de “cláusulas implícitas” en el sentido de que cada parte contractual respete los “derechos de la otra, en el sentido del respeto de los valores subyacentes a los derechos de la Convención”. Esa obligación puede ser simplemente supuesta por los tribunales en los contratos, por ejemplo, entre el empleador y el empleado, el arrendador y el arrendatario, el acreedor hipotecario y el hipotecante, el médico y el paciente, los sindicatos y sus miembros⁹⁰. Por otra parte, el concepto “orden público” puede interpretarse de forma tal que se evite que las partes excluyan de sus contratos los deberes de respetar sus Derechos Fundamentales, considerando aquellas cláusulas como nulas⁹¹. Por lo tanto, la adopción del “efecto horizontal indirecto débil” de los Derechos Fundamentales consagrados en el CEDH no significa que el ámbito privado del *common law* será dejados completamente sin cambios. Por el contrario, el ámbito privado del *common law* y los derechos contemplados en la Convención van a interactuar unos con otros y en el curso de la interacción entre los dos derechos, la Convención influirá en el ámbito privado de *common law* sin menoscabo de su valor e independiente.

5. LA NECESIDAD DE UNA MAYOR DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS TIPOS DE EFECTO HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO PRIVADO

El distinguir entre la relación de subordinación y aquella de complementariedad entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado, ha mostrado que las etiquetas utilizadas para describir la forma en que los Derechos Fundamentales pueden afectar las relaciones entre particulares regidos por del Derecho Privado, en la práctica, no siempre reflejan con exactitud el alcance de este efecto en un sistema jurídico. Así pues, como hemos podido ver anterior-

II Nota del editor: se refiere al “gradualismo” como mentalidad política. En otras palabras, su tendencia a actuar moderadamente, sin hacer cambios apresurados.

88 OLIVER, D. “Constitutional Concepts, Sources and Cultures and Their Influence upon Private Law Systems –Codified or Uncodified”, ponencia presentada en el colloquium “Codes and Constitutions”, Florence, 8-9 de octubre de 2004. p. 14.

89 GEARTY, C. “The Human Rights Act and the Criminal Law: an Overview of the Early Case-Law”. En: BOYLE, A. y otros (editores). *Human Rights in Scots Law*. 2002. p. 294.

90 Ver: OLIVER, D. “The Human Rights Act and Public Law/Private Law Divides”. En: *European Human Rights Law Review*. 2000. pp. 343, 352, con otros ejemplos de como el *common law* puede acomodar los valores subyacentes a los derechos de la Convención.

91 *Ibidem*.

mente, el efecto horizontal indirecto de los Derechos Constitucionales en el Derecho alemán puede ser mucho más amplio que el efecto horizontal directo en el Derecho holandés, donde el Derecho Privado se considera como una limitación al ejercicio de los Derechos Fundamentales. Una diferenciación, en particular, muy frecuentemente hecha entre efectos horizontales directos e indirectos de los Derechos Fundamentales puede conducir a error. En el sentido más amplio del término, la diferencia entre los dos radica en el hecho de que, mientras que en el caso del efecto horizontal directo de un particular tiene –en su acción contra otro particular– un derecho o una defensa que se basa directamente en un Derecho Fundamental que prevalece sobre las normas del Derecho Privado, que de otra forma serían aplicables; en el caso del efecto horizontal indirecto, el derecho o la defensa se basan en una regla de Derecho Privado, la cual se interpreta a la luz del Derecho Constitucional en cuestión y de una controversia entre agentes privados sobre los derechos y deberes que se derivan de las normas de conducta a las que están sujetos, y así, influenciada por los Derechos Fundamentales, permanece “*sustantiva* y procedimentalmente, como una controversia de Derecho Privado”⁹². Sin embargo, el problema con esta distinción, o, más exactamente, la forma en que se ha aplicado en la práctica, es que no hace inequívoco qué conjunto de normas determina sustancialmente el resultado de las controversias entre las partes contratantes. Así, por ejemplo, el efecto horizontal indirecto alemán no necesariamente difiere mucho del efecto horizontal directo si en ambos casos la función del Derecho privado en la solución de las controversias entre agentes privados se limita a la aplicación de los resultados de la ponderación entre los Derechos Fundamentales alcanzados a nivel del Derecho Constitucional. Como consecuencia, existe una urgente necesidad de una diferenciación más clara entre los tipos de efecto horizontal que nos permita determinar el tipo de relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado, es decir, si hay subordinación o complementariedad en un sistema jurídico determinado.

A la luz del debate sobre la forma en que los Derechos Fundamentales han de afectar el Derecho Privado, en la doctrina inglesa y alemana, en particular, es admitido que, tanto en la teoría como en la práctica, es necesario establecer una distinción entre las siguientes tres formas de eficacia horizontal en las relaciones entre particulares: el “efecto horizontal directo”, el “efecto horizontal indirecto fuerte” y el “efecto horizontal indirecto débil”.

A) El efecto horizontal directo

El efecto horizontal directo de los Derechos Fundamentales en el derecho privado implica que los particulares estén obligados por los Derechos Fundamentales en aproximadamente la misma forma y en la misma medida que el Estado. En contraste con el Estado, sin embargo, los particulares también pueden invocar Derechos Fundamentales en las relaciones con los otros particulares. En tal caso, una demanda, o una defensa, está basada directamente en un Derecho Fundamental, y, en consecuencia, no hay necesidad de fundamentarla en otras normas, de Derecho Privado. La tarea de los tribunales encargados de la aplicación de Derecho Privado, en los conflictos relacionados con éste, está limitada a la aplicación de los Derechos

⁹² Lüth, *supra* nota 6, en la p. 205 (la traducción y el énfasis son del autor).

Fundamentales directamente, sin la necesidad de apoyarse en el Derecho Privado, a fin de fijar el resultado de una ponderación entre Derechos Fundamentales en las normas existentes de Derecho Privado. Como resultado de ello, por ejemplo, la validez de los contratos pasa a ser directamente dependiente de las cláusulas de los Derechos Fundamentales, y, en caso se haya encontrado una violación, la función del Derecho Contractual se limita a proporcionar las consecuencias de la ilegalidad, tales como la invalidez o los daños. En esencia, por lo tanto, en una controversia de Derecho Privado, ya no son solo las partes las que están vinculadas a un contrato, sino que, como portadores de Derechos Fundamentales, sus acuerdos individuales están sujetos a un *test de compatibilidad* con los Derechos Fundamentales.

En la práctica, el efecto horizontal directo de los Derechos Fundamentales en las disputas de Derecho Privado puede estar en juego, no sólo cuando los Derechos Fundamentales sean explícita y directamente aplicados, sino también en aquellos supuestos en que, al igual que los casos alemanes discutidos en la sección 3, la decisión en un caso en particular supone haber sido alcanzada sobre el marco de las cláusulas generales del Derecho Privado; pero en realidad las cláusulas generales sólo han tenido un significado puramente formal y sin ningún impacto sustantivo en el resultado del caso. En otras palabras, las cláusulas generales simplemente sirven como un pretexto para el logro de un resultado deseable del caso únicamente sobre la base de los Derechos Fundamentales. El efecto horizontal directo, bajo la cubierta del efecto horizontal indirecto a través de las cláusulas generales privadas, es más evidente en los casos donde el significado de las cláusulas generales ya ha sido llenado por los tribunales encargados de aplicar el Derecho Privado en ocasiones anteriores, (*inter alia*) en otras consideraciones que aquellas derivadas de Derechos Fundamentales, como principios éticos-legales o las normas de comercio —que es bastante a menudo el caso en el ámbito del Derecho Contractual. En tales casos, la verdadera cuestión en el caso del efecto horizontal directo no es que se aclare el significado de una cláusula general, sino su subsunción por el nuevo contenido derivado solamente del Derecho Fundamental. Así, por ejemplo, si en un caso particular la norma de la buena fe ya había sido concretadas mediante la derivación de un deber precontractual de informar a la otra parte acerca de los riesgos inherentes a una operación, pero después, en un caso similar, el tribunal no toma en cuenta este hecho al ponderar entre Derechos Fundamentales que están en conflicto entre sí, y arriba al resultado del caso solo sobre la base de los Derechos Fundamentales, uno puede, en mi opinión, hablar acerca de un efecto horizontal directo. En todos estos casos, la adopción del efecto horizontal directo significa, en consecuencia, una clara subordinación del Derecho Privado, y, por consiguiente, de los contratos individuales entre particulares, a los Derechos Fundamentales.

B) El efecto horizontal indirecto fuerte

Junto al efecto horizontal directo, uno también puede distinguir el efecto horizontal indirecto fuerte. Esta forma de efecto horizontal implica que los Derechos Fundamentales no se aplican directamente, y, en teoría, los agentes privados no están vinculados a ellos. Es el Derecho Privado el que se aplica, pero su contenido no es sólo *influenciado* por los Derechos Fundamentales, sino que se *rige* por ellos. En otras palabras, lo que es compatible con los Derechos

Fundamentales, no se determina por el Derecho Privado, sino por los Derechos Fundamentales mismos. La mayor diferencia en comparación con el efecto horizontal directo, sin embargo, es que los argumentos basados en los Derechos Fundamentales deben ser incorporados en el Derecho Privado⁹³.

A pesar de que este tipo de efecto horizontal indirecto presupone un mayor papel para el Derecho Privado en comparación con el que es brindado al Derecho Privado por el efecto horizontal directo, éste lleva indirectamente a que el Derecho Privado sea un vehículo para promover los Derechos Fundamentales y, así, parece llevar al efecto horizontal directo de los Derechos Fundamentales al ámbito del Derecho Privado, tal como un caballo de Troya. Como consecuencia de ello, con el fin de actuar de conformidad con los Derechos Fundamentales, los tribunales encargados de aplicar el Derecho Privado primero tienen que llegar a una decisión en el nivel de los Derechos Fundamentales y, a continuación, ver cómo esta decisión se puede basar en normas de Derecho Privado. Entonces, parece que, de la misma manera que el efecto horizontal directo, el efecto horizontal indirecto fuerte también puede llevar a la subordinación del Derecho Privado a los Derechos Fundamentales, y que la distinción entre ambos no tiene necesariamente que ser notoria en la práctica.

C) El efecto horizontal indirecto débil

Finalmente, es importante distinguir el efecto horizontal indirecto débil. Esta forma de efecto horizontal parte de la relación de complementariedad entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado y de cerca se asemeja a la idea inicial en la teoría alemana del "efecto indirecto" desarrollado por *Dürig*. Como en el caso del efecto horizontal indirecto fuerte, aquí los agentes privados tampoco están vinculados por los Derechos Fundamentales, y es el Derecho Privado el que se aplica a sus relaciones y, por tanto, sirve de base para las decisiones de los tribunales encargados de su aplicación. Así, los demandantes que busquen invocar Derechos Fundamentales relativos al Derecho Privado, no pueden basarse solamente en el Derecho en cuestión, sino que tienen que amplificar su fundamentación en normas de Derecho Privado existentes. Sin embargo, en contraste con el efecto horizontal indirecto fuerte, el débil presupone que el derecho privado sólo es influenciado por los Derechos Fundamentales, mas no gobernado por éstos. Por lo tanto, es el Derecho Privado el que determina cómo y en qué medida los valores consagrados en los Derechos Fundamentales son alojados dentro de ella y, por tanto, es el Derecho Privado, el que sigue siendo decisivo para la solución de controversias entre particulares reguladas por el Derecho Privado.

Bajo este enfoque, una diferencia importante del efecto horizontal indirecto fuerte radica en el sentido del deber de los tribunales, como órganos del Estado, a actuar de una forma que sea compatible con los Derechos Fundamentales. Considerando que en virtud del modelo "fuerte", los tribunales han de alcanzar la absoluta conformidad del Derecho Privado con los instrumentos

93 En la doctrina alemana reciente, bajo el título de "fuerte efecto horizontal indirecto" uno puede ver la perspectiva introducida por Simon, quien defendió el nuevo significado del concepto alemán de "indirecto" efecto horizontal del Derecho Constitucional en el Derecho Privado. Ver, SIMON (2004), *supra* nota 20, pp. 289 y ss.

de los Derechos Fundamentales y para hacerlo primero hay que resolver el caso en el nivel de los Derechos Fundamentales y, a continuación, ver la forma de transponer los resultados a los que se había llegado en este nivel en el Derecho Privado. El deber de los tribunales de actuar de forma compatible con los Derechos Fundamentales bajo el modelo “débil” significa el deber de desarrollar y aplicar el Derecho Privado, *tomando en cuenta* los valores detrás de esos derechos. Esto significa que el punto de partida para los tribunales que aplican el Derecho Privado, es buscar la solución en un caso particular en el ámbito del Derecho Privado y, al hacerlo, considerar el posible impacto de los Derechos Fundamentales. Se debe considerar que una corte ha cumplido con su deber si ha tenido en cuenta el impacto de los Derechos Fundamentales al aplicar el Derecho Privado. En consecuencia, en el caso del efecto horizontal indirecto débil, el Derecho Privado es considerado de conformidad a los Derechos Fundamentales una vez que los valores que subyacen a los derechos fundamentales son respetados dentro en ésta, y es el Derecho Privado el que determina cómo ello se puede garantizar.

6. OBSERVACIONES FINALES

Aunque en todos los sistemas jurídicos en cuestión existen distintos enfoques en cuanto al curso de las acciones que se adoptan acerca del alcance de la constitucionalización del Derecho Privado, el criterio actual en cada uno de ellos puede resumirse como sigue. Considerando que en el derecho alemán hay una tendencia hacia la subordinación del derecho privado, en particular del Derecho Contractual, a los Derechos Fundamentales, el Derecho holandés e inglés suelen considerar la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado en términos de complementariedad. En el derecho alemán, donde la constitucionalización del Derecho Privado ha sido controlada por el Tribunal Constitucional Federal, el Derecho Constitucional toma un papel preponderante en la delimitación del derecho privado, mientras que el rol de éste en determinar si debe darse cabida, y cómo, a los Derechos Constitucionales ha sido habitualmente bastante limitado. Las normas del Derecho Privado, en particular las cláusulas generales, se están convirtiendo cada vez más en meros instrumentos para dar efecto a los Derechos Constitucionales entre particulares, desde que lo que es constitucional tiende a ser determinado por la Constitución alemana y no por el Derecho Privado, el cual es influenciado por la Constitución. Como resultado de ello, el Derecho Privado gradualmente se convierte en un sirviente del Derecho Constitucional. Por el contrario, es imposible establecer una clara jerarquía “sustancial” entre los Derechos Fundamentales y el *common law* en los Derechos holandés e inglés, en donde el proceso de constitucionalización del Derecho Privado principalmente está en manos de los tribunales ordinarios y tiene más bien un carácter progresivo. En estos sistemas legales, la constitucionalización del Derecho Privado no tiene que ver con el Derecho Privado subordinado al Derecho Constitucional o a las normas internacionales humanitarias, sino más bien el *common law* y los Derechos Fundamentales sirviéndose el uno al otro. Los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado interactúan entre sí sin socavarse; en muchos casos del Derecho holandés, esto incluso ha ocurrido espontáneamente, cuando los tribunales han visto a los Derechos Fundamentales como fuente de inspiración a la hora de concretizar las normas de derecho privado de textura abierta a la luz de los principios generales del derecho.

Hoy en día, cuando el mundo de los Derechos Fundamentales y el mundo del Derecho Privado no existen de manera aislada unos de otros, no se puede subestimar la importancia de hacer una distinción entre una relación de subordinación del Derecho Privado a los Derechos Fundamentales y una de complementariedad entre los dos. Definir la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado en términos de subordinación o de complementariedad nos permite no sólo determinar qué tipo de relación tiende a ser adoptada entre ellos en un sistema legal determinado. Nos permite, en primer lugar, mantener un debate abierto concerniente a la medida en que el Derecho Privado, en general, o una rama particular del mismo deba ser constitucionalizada. Un debate como éste sería mucho más transparente si los tribunales constitucionales, nacionales u ordinarios, que tuvieran la última palabra sobre la relación entre los Derechos Fundamentales y el Derecho Privado en sus ordenamientos jurídicos legales, siguieran la diferenciación propuesta entre los tipos de efecto horizontal y, en lugar de ocultar el verdadero alcance de la constitucionalización del Derecho Privado detrás de las etiquetas tradicionales de los efectos directo o indirecto, abiertamente adoptaran ya sea el efecto horizontal directo, indirecto fuerte o indirecto débil, en el sentido descrito en la sección 5. Una cuestión fundamental a resolver en este contexto es la de qué cuerpo de derecho sustantivo determina el resultado de una controversia entre particulares: los Derechos Fundamentales o la legislación del Derecho Privado. La respuesta a esta pregunta es de vital importancia para el futuro del Derecho Privado, ya que determinará si el derecho privado se convertirá en un vehículo totalmente maleable para la promoción de los Derechos Fundamentales o si entrará en un diálogo con los Derechos Fundamentales y tendrá la última palabra en la regulación de las relaciones de Derecho Privado.