

Notas a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas

por

IVÁN ESCOBAR FORNOS

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

SUMARIO

1. IDEAS PRELIMINARES:
 - A) RELACIONES ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PRIVADO.
 - B) PLANTEAMIENTO DEL TEMA.
2. ANTECEDENTES DE LA DRITTWIRKUNG.
3. FACTORES QUE DETERMINAN LA INFLUENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS:
 - A) LA NATURALEZA FUNDAMENTAL, NORMATIVA Y SUPERIOR DE LA CONSTITUCIÓN.
 - B) LA DESIGUALDAD.
 - C) LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.
4. LA DRITTWIRKUNG DIRECTA:
 - A) IDEAS FUNDAMENTALES.
 - B) LA DRITTWIRKUNG DIRECTA EXPLICA CIERTOS PROBLEMAS Y OTORGA MAYOR EFECTIVIDAD:
 - a) *Garantiza la seguridad jurídica.*
 - b) *No es necesaria la imputación de la violación al juez.*
 - C) LA MAYOR EFECTIVIDAD DE LA DRITTWIRKUNG DIRECTA:
 - a) *Razones.*
 - b) *La mediación del legislador y el juez.*
5. RELACIONES ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, SEGÚN LA TEORÍA DE LA DRITTWIRKUNG DIRECTA:

- A) LIMITACIONES CONSENTIDAS:
 - a) *Autonomía real.*
 - b) *Dignidad humana.*
- B) LIMITACIONES NO CONSENTIDAS:
 - a) *Poder privado dominante.*
 - b) *La Dignidad humana.*
- 6. LA DRITTWIRKUNG INDIRECTA:
 - A) INTRODUCCIÓN.
 - B) LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
 - C) LA DRITTWIRKUNG INDIRECTA Y EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
 - D) MEDIACIÓN DEL LEGISLADOR.
 - E) MEDIACIÓN DEL JUEZ.
 - F) LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS PRIVADAS ARTICULADAS CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
- 7. LA DRITTWIRKUNG Y LA JURISPRUDENCIA EN LA CORTE INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:
 - A) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
- 8. LA DRITTWIRKUNG EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGÜENSE:
 - 1. INTRODUCCIÓN.
 - 2. ALGUNOS CASOS REGULADOS O NO POR LA LEY Y DE APLICACIÓN DIRECTA:
 - a) *Contratación.*
 - b) *Investigación de la paternidad.*
 - c) *Alimentos.*
 - d) *Sucesiones intestadas.*
 - e) *Apelación.*
 - f) *Consumidores.*
 - g) *Ambiente.*
 - h) *Asociaciones y sociedades.*
 - i) *Condiciones generales de la contratación.*
 - j) *La prueba.*

1. IDEAS PRELIMINARES

A) RELACIONES ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PRIVADO

Tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Privado han progresado y en ese progreso la relación entre ellos se fortalece, dentro de un equilibrio y complementariedad. Los dos se enriquecen mutuamente y tienen importancia fundamental entre ellos. Se ensancha el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales y se logra la actualización del Derecho Privado de acuerdo a los valores que inspiran a la Constitución, lo que por la estruc-

tura abierta de sus normas y los conceptos indeterminados, se actualiza más rápido a los nuevos tiempos que el Derecho Privado. Al principio el Derecho Constitucional no tenía rango constitucional, la generalidad de sus normas era programática y faltaba una jurisdicción constitucional. Pero en la actualidad, las constituciones han experimentado una transformación importante, que Konrad HESSE, citando a un autor alemán, expresa que son similares a la Biblia y tienen una autoridad suprema. Estas constituciones han adquirido aplicación inmediata, sus disposiciones sirven de parámetros para las decisiones judiciales y tienen una gran importancia para la vida de la comunidad y para el Derecho Privado.

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

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

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

Es muy importante la trascendencia del Derecho Privado en el Derecho Constitucional al permitir el desarrollo de muchas libertades y derechos fundamentales que sin la reglamentación del Derecho Privado éstos no podrían realizarse como el matrimonio, la herencia, la familia, etc., igual con otras libertades como, por ejemplo, la libertad contractual y la libertad de asociación.

Konrad HESSE (1) detalla la historia de las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado. Expresa que la Alemania del siglo XIX es la de las primeras constituciones modernas, las que en sus derechos fundamentales parten de la libertad e igualdad del ciudadano; los cuerpos legislativos representativos legislan y configuran también el Derecho Privado. En este siglo se desarrolla el Derecho Privado, perfilado por las importantes codificaciones y por la ciencia jurídica, el que descansa en los principios de libertad e igualdad. En este mismo siglo se produce el cambio de la sociedad feudal-estamental en la burguesa, que encuentra su expresión en el Derecho Privado y en las nuevas Constituciones. Desde un principio, pues, existe una relación estrecha y necesaria entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado.

Sostiene que la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado puede tener dos direcciones: *a)* El Derecho Constitucional puede asumir la función de guía pionera y conducir a una nueva configuración del Derecho, sea mediante modificaciones inmediatas, derogatorias, sea mediante un mandato obligatorio al legislador para que proceda a tales modificaciones, sea, al menos, mediante las directrices e impulsos que contenga para la configuración del Derecho Privado. *b)* El Derecho Constitucional puede limitarse, y esto es la regla, a una función preservadora, de salvaguardar, con la cual protege el Derecho Privado preexistente frente a la suspensión y modificación por parte del legislador. En el comienzo de la Revolución francesa pueden verse ambas funciones: la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y las primeras constituciones revolucionarias proporcionaron los presupuestos y los fundamentos para la legislación de Derecho Privado del Código de Napoleón y determinaron sus coordenadas. Después en la Restauración, la función esencial de la Constitución consistió en la garantía del ordenamiento jurídico-privado recién instituido y la Carta de 1814 aseguraba en sus derechos fundamentales esenciales de ese ordenamiento frente a simples modificaciones o suspensiones.

A su vez, asegura que en tiempos recientes el Derecho Constitucional ha recibido nuevos e importantes impulsos del Derecho Privado.

(1) «Derecho Constitucional y Derecho Privado. Derecho Constitucional y Derecho Civil». Cuaderno Civitas, Madrid., 1995, *ob. cit.*, págs. 34, 44 y 45.

B) PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Los derechos fundamentales y libertades tienen en el Derecho Constitucional moderno su primera proyección sobre los poderes del Estado, como destinatarios a respetarlos: al Poder Legislativo, al Jurídico y al Poder Ejecutivo. Una mayoría de las constituciones así lo establecen (2).

Con el desarrollo de la industria, el comercio, el avance de la ciencia y la tecnología han surgido poderosas corporaciones nacionales e internacionales, comerciantes, asociaciones, empresarios asociados o individuales, que acumulan poderes económicos, políticos y sociales. Se ha comprobado en la práctica que estas organizaciones también violan los derechos humanos, por lo que se ha sentido la necesidad de poder dirigir el amparo en contra de ellos. No sólo el Estado está vinculado al cumplimiento de los derechos fundamentales, sino también los particulares. Esta es la segunda proyección del Derecho Constitucional moderno: la mayor intensidad y ampliación de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Privado.

Entonces el problema de esta vinculación gira en torno a la solución del conflicto entre sujetos privados que invocan derechos fundamentales en sus relaciones privadas para la cual habrá que realizar una ponderación que determine cuál de los derechos prevalece.

Pero el problema surge con relación a la intensidad y formas de aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas y salta a la vista la pregunta siguiente: ¿Se aplican directamente los derechos fundamentales en las relaciones privadas o a través de la ley y en defecto de ésta por el juez?

En torno al tema se han formulado dos teorías: la teoría de la *Drittwirkung* directa, que sostiene la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas y la *Drittwirkung* indirecta que sostiene que se aplican indirectamente.

Según SCHNEIDER en este tema se han escrito centenares de libros y estudios que podría llenar las bibliotecas de la Alemania Federal (3).

(2) El artículo 53.1 de la Constitución Española vigente dispone que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a los poderes públicos; el artículo 1.3 de la Constitución alemana reza que «los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial a título de derechos directamente aplicables».

(3) Hans PETER SCHNEIDER, *Democracia y Constitución. «Peculiaridad y función de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático»* (Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, pág. 135). Sin embargo, Konrad HESSE expresa que frente a lo que ocurre con la cuestión general de las relaciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado, cuyo comentario ocupa volúmenes, llama la atención que haya habido hasta ahora un tratamiento tan escaso en la relación del Derecho Constitucional con el Derecho Privado (*Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, España, 1995, pág. 31).

Las dos tesis entraron en una acalorada pugna, en la que la tesis directa no resultó favorecida, pero en la actualidad existe aceptación general de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, aunque aún existen roses entre ellas.

Esta pugna ha sido provechosa porque ambas partes han aportado conceptos, principios y soluciones para la construcción de los efectos en las relaciones privadas, además han logrado coincidir en algunos puntos la aplicación indiscriminada de los derechos fundamentales no es aceptada por ambas tesis y procuran las soluciones justas; los partidarios de la tesis directa e indirecta consideran relevante la posición de predominio de una de las partes sobre la otra para deslegitimar el acto o contrato; y algunos autores de la tesis indirecta admiten la aplicación directa en forma subsidiaria para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales; la tesis directa e indirecta estiman que la mediación del legislador es la mejor solución; la dignidad y la autonomía real son elementos fundamentales de ambas teorías. No obstante, la confrontación continúa y se logran nuevos aportes e incluso variantes y nuevas soluciones. Por tal razón haremos un breve estudio de ellas.

2. ANTECEDENTES DE LA DRITTWIRKUNG

En los Estados Unidos de América se encuentran los antecedentes de esta teoría. En el año de 1875 el Congreso dicta la Ley de Derechos Civiles (Civil Rights Act), lo que para nosotros equivale a los derechos fundamentales. Fue la última ley del programa de Leyes de Reconstrucción constitucional, institucional, económica y social del país, en la que se consagraban algunos espacios de igualdad como la discriminación en lugares públicos de diversión: teatros, albergues. Se sancionaba la violación como falta y se concedió a las personas ofendidas una indemnización por quinientos dólares. Dicha ley fue declarada inconstitucional por sentencia del Tribunal Supremo en 1883, en la que en resumen dijo que: las leyes federales sobre derechos civiles se aplican a las autoridades y funcionarios y no a los particulares, la que impedía al Congreso combatir la discriminación entre particulares fundado en las enmiendas XIII y XIV; la negativa de una persona o institución a permitir a un negro el uso de un medio de transporte o de un lugar de recrear, no tiene que ver con la esclavitud, para lo cual estaban previstas las señaladas enmiendas. Ésta tiene como antecedente el caso *States vs. Cruikshank* de 1876.

Ante las presiones políticas de los afroamericanos y los constantes reclamos políticos y judiciales, el Tribunal Supremo principió a pronunciarse sobre aspectos sociales. Se había generalizado la negativa de los propietarios a alquilar a los negros o bien obligar a los compradores de inmuebles a no venderlos o alquilarlos a negros. Estas cláusulas restrictivas desde el punto de

vista racial se les denominaba *racially restructure convenat*. El Tribunal Supremo en el caso *Buchanan vs. Warley* (1917) declaró inconstitucional una ordenanza local que prohibía a personas de determinada raza (blanco o negro) ocupar locales o viviendas en edificios o zonas habitados mayoritariamente por otra raza. Argumenta que el poder público no podía limitar el derecho del vendedor a disponer de su propiedad por motivos raciales.

El pequeño paso hacia adelante se cae en *Cardigan vs. Buckey* (1920), al expresar que las enmiendas V y XIV sólo se aplicaban a los poderes públicos y, como consecuencia, no prohíbe a los particulares celebrar contratos discriminatorios.

Pero veintidós años después se deroga la anterior sentencia en el caso *Shelly vs. Kraumer* (1948), al prohibir a los Estados la ejecución de esos convenios discriminatorios.

Luego la Suprema Corte de Justicia avanzó combatiendo la discriminación. En estos últimos tiempos, en materia política, la integración de las razas y por primera vez en la historia de ese país, un negro, como Barack Obama es Presidente de la República.

En Alemania, la Constitución de Weimar no modificó la tesis de que los derechos públicos subjetivos sólo eran oponibles a terceros, a pesar que existían algunos artículos que permitían la aplicación de algunos derechos fundamentales en las relaciones privadas: el artículo 118 permitía la aplicación de la libertad de expresión del pensamiento en el ámbito de las relaciones laborales y económicas; y el artículo 159 que establecía una garantía de la libertad de asociación frente a las restricciones de naturaleza privada.

Lo expuesto en estos artículos se consideraba como excepciones a la regla de oponibilidad únicamente al Estado. Pero dan la oportunidad para que principien a penetrar ciertos derechos en las relaciones privadas de una forma tímida.

Es después de la Segunda Guerra Mundial que la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales se desarrolla por el Derecho Constitucional. Es cierto que en los Estados Unidos ya se había discutido este tema, pero dentro de una perspectiva particular a través de la *state action* que requiere la presencia del Estado para que se realice la violación constitucional, a diferencia de los países europeos, que aceptan los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

El artículo 3.2 de la Ley Fundamental de la República Federal alemana establece que el hombre y la mujer gozaban de los mismos derechos, lo que daba pie a una igualdad salarial entre el hombre y la mujer que desempeñaba el mismo trabajo. Se desarrolla un debate. NIPPERDEY sostiene los efectos directos (4) de los derechos fundamentales hacia terceros y, como consecuencia de ello, debe existir paridad salarial; los partidarios del Derecho Privado

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

se opusieron tenazmente a esta tesis. Los argumentos de Nipperdey fueron acogidos por el Tribunal Federal del Trabajo (5).

Con posterioridad el 15 de enero de 1958 se falla el famoso juicio Lüth, en donde el Tribunal se inclina a favor de la eficacia directa de los derechos fundamentales.

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

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

Este boicot, de acuerdo con el Código Civil, era contrario a las buenas costumbres y, por consiguiente, antijurídico, por lo que el juez declaró al boicot contrario al Derecho.

Al llegar el caso al Tribunal Constitucional consideró que Lüth invocaba el interés público, no tenía fines lucrativos, vio el boicot no para competir y sus propósitos eran alertar a la opinión pública de una amenaza a la libertad, argumentos que fueron aceptados. Expresa el Tribunal en una de sus partes: «Es, sin embargo, igualmente cierto que la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores (...) ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir, en tanto que decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Así influye evidentemente también en el Derecho Civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él, todas deben ser interpretadas según su espíritu».

Esta tesis posteriormente fue desarrollada por el Tribunal Constitucional y se conoce bajo el nombre de eficacia frente a terceros (*Drittwirkung der Grundrechte*).

La tesis de la eficacia mediata o indirecta alemana, posteriormente es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia española en varias sentencias

(5) Sentencia de 18 de enero de 1955.

y el artículo 86.1 de la Constitución de Colombia se consagra la acción de tutela en contra de los particulares bajo ciertas condiciones, asimismo en el artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de Costa Rica se contempla el amparo contra los particulares, también bajo ciertas circunstancias. En ambos países existe doctrina y jurisprudencia sobre el tema.

La oposición a la *Drittwirkung* surge a raíz de la aplicación del artículo 3.2 de la Constitución de Alemania en las relaciones laborales, cuando Nipperdey se pronuncia a favor de dicha disposición. Esta oposición niega cualquier posibilidad a una *Drittwirkung* que no sea fundamentada en que los derechos fundamentales son exclusivamente oponibles al Estado.

Entre los argumentos que esgrimían se encuentran los siguientes: solamente son aplicables los derechos fundamentales a los particulares si así lo dispone expresamente el texto constitucional; está en oposición a la historia y al concepto de los derechos fundamentales; los constituyentes la omitieron porque no pensaban siquiera consagrarla; destruye la autonomía privada y podría destruir el Derecho Privado, ya que los jueces podrían motivar sus resoluciones directamente en la Constitución prescindiendo de las regulaciones legales, quitándole al Poder Legislativo legitimidad democrática, la libertad de configurar y regular los hechos sociales, trasladando el debate democrático a los jueces, lo que puede dar lugar a un Estado judicial, algo equivalente al gobierno de los jueces.

3. FACTORES QUE DETERMINAN LA INFLUENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS

A) LA NATURALEZA FUNDAMENTAL, NORMATIVA Y SUPERIOR DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es fundamental, ya que organiza e integra políticamente a la comunidad mediante un sistema de gobierno, reconoce los derechos humanos y establece un sistema de defensa de éstos. Es normativa porque generalmente van dirigidos a los poderes del Estado, aunque algunos se dirigen a los particulares para regular las relaciones entre los particulares. Es superior en jerarquía porque no existe otra norma jurídica superior a ella, por lo que todo el ordenamiento jurídico debe someterse a sus disposiciones bajo la sanción de nulidad (6).

La naturaleza fundamental, normativa y superior de la Constitución se proyecta sobre todas las ramas del Derecho en el proceso de creación, aplicación e interpretación normativa y permea y condiciona todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el Derecho Privado, con la extensión que veremos más adelante.

(6) Artículo 82 de la Constitución.

B) LA DESIGUALDAD

Estimulados por el avance de la ciencia, de la tecnología, la rapidez de las comunicaciones, dentro de una sociedad globalizada, donde el saber es la verdadera riqueza, se han levantado corporaciones, asociaciones, consorcios, empresas individuales, monopolios, carteles, etc., que acumulan poderes económicos, sociales, políticos, culturales, tecnológicos y científicos, lo que produce una desigualdad con el hombre corriente, el de la calle, el consumidor. En esta posición de superioridad les resulta fácil violar los derechos fundamentales de los particulares, como así se ha demostrado en la práctica y en los tribunales. De aquí la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

C) LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El artículo 130 de la Constitución dispone que «la nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho».

Este es un Estado interventor, no permanece pasivo, dejan que el mercado y la sociedad jueguen dentro de un exceso de libertad, dejándolos sin control. Busca un punto de equilibrio entre la libertad y la igualdad, protegiendo al más débil, sin destruir la libertad. Esta concepción favorece la aplicación de los derechos humanos en las relaciones particulares.

4. LA DRITTWIRKUNG DIRECTA

A) IDEAS FUNDAMENTALES

Nipperdey inicia esta teoría con ocasión del derecho de igualdad contemplado en el artículo 3.2 de la Constitución alemana, aplicándolo a la igualdad salarial (7).

Trataremos de hacer un apretado resumen de esta teoría.

NIPPERDEY observa que las disposiciones constitucionales tienen un contenido diverso entre sí, por lo que su significación, modo y grado de acción han de verificarse detalladamente en el caso particular, por lo que no se puede afirmar una eficacia absoluta de todos los derechos fundamentales; pero en lo general esos derechos fundamentales auténticos y clásicos son derechos

(7) El artículo 82, inc. 2 de nuestra Constitución regula la aplicación concreta de igualdad salarial de los trabajadores en idénticas condiciones, y en el principio XI del Código del Trabajo se consagra la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo y el trato de conformidad con lo establecido en la Constitución.

públicos subjetivos del individuo frente a los poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los que quedan vinculados a su cumplimiento, pues con ellos se pretende vincular al poder público y no están destinados al tráfico jurídico privado. Pone como ejemplo de estos derechos: la libertad de reunión, consagrado en el artículo 53 de nuestra Constitución; la libertad de circulación, consagrado en el artículo 31 de nuestra Constitución; la libertad del domicilio, consagrado en el artículo 26.2 de nuestra Constitución; la propiedad privada, consagrado en el artículo 44 de nuestra Constitución; el derecho a la nacionalidad, consagrado en el artículo 20 de nuestra Constitución; y el derecho de petición, consagrado en el artículo 52 de nuestra Constitución.

Pero afirma que existen derechos fundamentales que se proyectan en la esfera jurídico-privada, sobre un *estatus socialitis*, en virtud de la irradiación que despliegan sobre el conjunto del ordenamiento jurídico, lo cual permite una violación directa (no indirecta) de los particulares a los derechos fundamentales. Cita los ejemplos siguientes: la protección de la dignidad humana, consagrado en el artículo 5 de nuestra Constitución; la prohibición de la discriminación, consagrada en el artículo 27 de nuestra Constitución; la libertad de expresión, consagrada en el artículo 30 de nuestra Constitución.

NIPPERDEY insiste que la aplicación directa de los derechos fundamentales no pone en peligro la autonomía privada, pues dicha aplicación debe realizarse respetando el desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 2.1 de la Constitución, lo que supone la constitucionalización de la autonomía privada.

No acepta que se le niegue a los particulares la facultad de disponer de su esfera jurídica, al consentir determinadas restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico, lo cual les privaría de tales derechos, que son y se justifican como garantías e instrumentos de la protección individual.

Le preocupa mucho la compatibilidad entre la aplicación directa y la autonomía de la voluntad. Trata de justificarla esgrimiendo dos razones: a) Los derechos fundamentales se aplican en forma selectiva y no indiscriminada, en cualquier caso, circunstancia y a todas las relaciones privadas. No todos los derechos fundamentales se aplican en cualquier conflicto privado. b) El concepto restrictivo actual de autonomía de la voluntad, influenciada por la idea social del derecho.

Ante la injusticia de la ética liberal formal surge la ética material de la responsabilidad social. Se produce la materialización del Derecho, la que tiene manifestación en la contratación, de la cual surge la distinción entre la libertad de decisión jurídica formal y la libertad de decisión fáctica o material en la contratación, dando lugar a distintas soluciones. Cuando una de las partes impugna de nulo el contrato porque contrato bajo la presión de la otra parte poderosa, el contrato es válido si prevalece el principio de la au-

tonomía formal; por el contrario prevalece el principio de la libertad contractual material, el contrato es nulo.

Expresa que su teoría refuerza la autonomía privada y especialmente la libertad contractual, la que funciona incluso frente a los poderes sociales y a las posiciones de poder fáctico de los particulares. Propone para ello la invocación directa de los derechos fundamentales.

B) LA DRITTWIRKUNG DIRECTA EXPLICA CIERTOS PROBLEMAS Y OTORGA MAYOR EFECTIVIDAD

a) *Garantiza la seguridad jurídica*

La seguridad jurídica es uno de los valores principales del Derecho, especialmente el Constitucional, y su garantía es primordial para el normal y justo funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Los defensores de la teoría directa sostienen que corrige los problemas teóricos de la mediata: la seguridad jurídica y la imputación de la violación al juez. Pero no sólo corrige esos problemas, sino también le otorga máxima efectividad a los derechos fundamentales, convirtiendo la tesis directa en un requisito de máxima seguridad de los derechos fundamentales.

Sin embargo, los partidarios de la tesis mediata sostienen que su tesis debe preferirse y rechazarse la inmediata, porque limita el riesgo de un excesivo margen de discrecionalidad del juez (que puede llegar hasta la arbitrariedad), al ponderar los derechos en conflicto. Por tal razón consideran que deben invocarse normas jurídicas privadas para evitar una excesiva libertad de interpretación. En la aplicación mediata, la amplitud de actuación e interpretación del juez es amplia en cuanto a los conceptos indeterminados y las normas generales en los casos en litigio. Por ejemplo, para especificar el significado de las buenas costumbres, la buena fe y el orden público, el juez goza de amplitud, pero debe tener presente los valores constitucionales y concretamente los derivados de los derechos fundamentales.

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

b) *No es necesaria la imputación de la violación al juez*

En la sentencia del caso Lüth se afirma que el juez civil está vinculado a los derechos fundamentales (8) y al aplicar las disposiciones jurídicas pri-

(8) Artículo 31 de la Ley Fundamental.

vadas debe tener en cuenta el grado de influencia de ellos. En base a lo expuesto, la *Drittwirkung* indirecta atribuye al juez la violación del derecho fundamental, si no respeta tal criterio y su sentencia ignora la influencia de la Constitución sobre las normas civiles.

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

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

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

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

C) LA MAYOR EFECTIVIDAD DE LA DRITTWIRKUNG DIRECTA

a) *Razones*

Los partidarios de esta tesis sostienen que concede mayor efectividad a los derechos fundamentales porque soluciona los conflictos en que existe una desigualdad entre las partes y no subordina la aplicación de los derechos fundamentales a la mediación del legislador y del juez.

Esta protección se logra de la manera siguiente: a) Los partidarios de la *Drittwirkung* inmediata no estiman a los derechos fundamentales como normas de interpretación que oriente una aplicación del Derecho Civil, sino como norma aplicable directamente en este mismo ámbito, ya que en el Derecho Privado se pueden vulnerar los derechos fundamentales por aquellos sujetos que ostentan un poder social. Si los derechos fundamentales son valores superiores del ordenamiento es admisible que se exija su aplicación directa en las relaciones privadas.

La incorporación de los derechos fundamentales a la Constitución han transformado a ésta en una norma que no sólo contiene la organización del Estado, sino que pretende construir un nuevo orden en la sociedad e imponerse en todas las ramas del Derecho, brindando protección en todos los ámbitos de la

vida. Esta superioridad de la Constitución y su función protectora exigen la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

De esta manera se puede controlar el poder privado en aquellas situaciones en que la libertad individual y la autonomía de la voluntad se encuentran sometidas a un poder superior, convirtiéndolas en expresiones formales y no reales.

b) *La mediación del legislador y el juez*

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

Se considera la ley como la mejor solución para relaciones privadas, lo cual es compartido con la *Drittwirkung* indirecta, pero no se puede estimar como un requisito indispensable, pues en su ausencia ni los actos de los particulares ni la propia norma de las relaciones privadas estarían vinculados a los derechos fundamentales.

Los partidarios de la tesis mediata aceptan una aplicación inmediata subsidiaria, en el caso en que el Derecho Privado no ofrece ninguna respuesta a los derechos fundamentales, para evitar que la inexistencia de una norma sea requisito para su aplicación.

5. RELACIONES ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, SEGÚN LA TEORÍA DE LA DRITTWIRKUNG DIRECTA

Al articular la aplicación inmediata y la autonomía de la voluntad podemos distinguir las limitaciones de los derechos fundamentales consentidos por la parte afectada y las restricciones impuestas por una de las partes, pero no consentida por la otra.

A) LIMITACIONES CONSENTIDAS

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

de un derecho fundamental? En principio, las partes son libres de adquirir derecho y contraer obligaciones libremente, siempre que el contrato se haya celebrado libremente.

Los partidarios de la aplicación directa reconocen que la aplicación indirecta puede entrar en conflicto con la libertad contractual, la que también merece protección.

No es posible una aplicación sistemática de los derechos fundamentales para invalidar cualquier pacto que limite a algunos de estos derechos de las partes. Por tal razón, la aplicación no puede ser automática sino articulada con el principio de autonomía privada, estudiando las circunstancias que rodean el caso y teniendo además en cuenta dos criterios fundamentales de valoración, la autonomía real y el respeto a la dignidad humana.

a) *Autonomía real*

Para la *Drittwirkung* la autonomía real es fundamental para la aplicación de los derechos fundamentales, de manera que si una de las partes se encuentra en disposición de inferioridad frente a la otra que goza de un poder privado superior, no existe autonomía de la voluntad, por lo que sólo es admisible y válida la renuncia del ejercicio de un derecho fundamental cuando existe igualdad entre las partes de hecho y de derecho.

Cuando el contratante renuncia o limita su derecho fundamental frente a la otra parte poderosa deberá considerarse nulo el contrato o la cláusula, porque el débil no actuó libremente en el ejercicio de su libertad contractual.

b) *Dignidad humana*

La base de los derechos fundamentales y de los valores superiores del ordenamiento jurídico es la dignidad humana.

NIPPERDEY parte de la idea fundamental de que la dignidad humana no sólo es invocable y vinculante frente a los poderes públicos, sino que también vincula a los particulares, pues de otro modo no sería posible afirmar que la dignidad humana representa el fundamento del ordenamiento jurídico. Por tal razón, no es válida la renuncia contractual que vulnere la dignidad humana.

Representa un derecho subjetivo absoluto, irrenunciable el que puede ejercerse frente al Estado y los particulares en el tráfico jurídico privado.

Es difícil determinar el contenido de la dignidad humana para establecer si en un determinado caso una limitación consentida de un derecho fundamental encierra una violación. Es tan importante que forma parte tanto de la teoría directa como de la indirecta.

Podemos decir que la dignidad humana tiene como núcleo duro la libre elección del individuo de sus ideas, la escogencia del programa del desenvolvimiento de su vida, la selección de sus valores y el derecho a que se respeten.

B) LIMITACIONES NO CONSENTIDAS

La autonomía privada se manifiesta en el derecho de contratar, abstenerse de contratar, seleccionar con quién se quiere contratar y excluir de lo conve-nido a todas las demás personas dentro del límite de las normas imperativas.

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

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

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

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

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

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

Los partidarios de la teoría directa admiten como salvedad el caso del sujeto privado que tiene un monopolio o presta un servicio público (salud, educación, telefonía, agua, correo, transporte), excepción que confirma la regla, por lo que los particulares pueden exigir un trato igual.

La prohibición de discriminación puede vincular a los particulares, criterio compartido por la tesis directa e indirecta.

Es importante establecer los criterios relevantes para determinar si existe una discriminación contraria al orden público constitucional, para lo cual nos valemos de dos elementos: el poder privado dominante y la dignidad humana.

a) *Poder privado dominante*

Cuando se produce un conflicto sobre las limitaciones no consentidas debe tener en cuenta el poder dominante de uno para determinar la discriminación que invoca la otra parte. Debe protegerse al débil tanto en la *Drittwirkung* directa e indirecta.

La autonomía privada no puede, de acuerdo con el artículo 27 de nuestra Constitución, dar lugar a discriminaciones contrarias a las consagradas: el nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social o cualquier otra que ofende el orden público, estas posiciones de poder se manifiestan en los monopolios u oligopolios que han dominado nuestra economía y política desde la independencia.

b) *La dignidad humana*

La tesis directa o indirecta estiman a la dignidad humana como fundamental para determinar la eficacia del principio de igualdad en las relaciones privadas. Es ilícita y, por tal razón, inadmisibles, la negativa a contratar contraria a la dignidad del discriminado que fue rechazado a la contratación.

NIPPERDEY expresa que la aplicación del artículo 3 de la Constitución que consagra el principio de igualdad y no discriminación no debe conducir a una limitación indebida de la libertad contractual jurídico-privada, garantizada por el artículo 2.1 de la misma. Si en el ámbito del Derecho Laboral, la libertad contractual debe ceder ante la discriminación de la prohibición en general, se puede afirmar que en caso de duda, prevalece la presunción de libertad.

6. LA DRITTWIRKUNG INDIRECTA

A) INTRODUCCIÓN

Si la Drittwirkung directa la inicia NIPPERDEY, la indirecta la formula G. DÜRIG, quien es su principal defensor.

Según este autor los derechos fundamentales se aplican en el Derecho Privado por medio de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente. Sostiene que la dignidad consagrada en la Constitución no se contrae a obligar al Estado a tomar una actitud negativa consistente en no violar la dignidad humana y los derechos fundamentales con los cuales está ligado, sino también siempre debe protección y tutela de los valores que los derechos fundamentales y la dignidad humana colocan en la base del ordenamiento jurídico. Esta protección estatal corresponde ante todo a la jurisdicción ordenar. Este deber de protección estatal cambia de intensidad si es dirigido al Estado o contra terceros, ya que en el Derecho Privado existe la limitación de la autonomía de la voluntad, una expresión de la dignidad humana. Las cláusulas generales reconocidas por la doctrina son: la buena fe, las buenas costumbres (9).

B) LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

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

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

Nuestro Código Civil, de estirpe liberal, producto de la Revolución Liberal de 1893, estableció en el artículo 2.437 la autonomía de la libertad al disponer que: «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público».

De acuerdo a la libre contratación, las partes pueden celebrar todo tipo de negocios jurídicos, regulados o no regulados por la ley, establecer sus efectos,

(9) Para profundizar, véanse: Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los Derechos Fundamentales de las relaciones entre particulares: La buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 169 y sigs. Alexei JULIO ESTRADA, «La eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares», *ob. cit.*, pág. 109 y sigs.).

contenido y duración; por lo que las leyes que los rigen son supletorias, aplicándose en el silencio de las partes. Aun en la teoría clásica a que me he referido, la autonomía de la voluntad tiene sus limitaciones establecidas en el mismo artículo 2.437: las leyes imperativas y prohibitivas, la moral y el orden público.

Nuestra Constitución no establece expresamente el principio de la autonomía privada, pero puede deducirse de la garantía de la libre empresa (10), de la consagración de las libertades individuales (11), de la propiedad privada (12) y de la dignidad (13).

La crítica a la *Drittwirkung*, primordialmente sobre la inmediata, de los derechos fundamentales, básicamente se fundamenta en las razones siguientes: a) Si se acepta que los particulares en sus relaciones privadas se encuentran vinculados a los derechos fundamentales en la medida que lo están los poderes públicos, no podrían organizar libremente sus relaciones y, por lo tanto, se vulneraría el principio de la autonomía de la voluntad. b) La aceptación de este concepto acarrearía graves consecuencias: i) Las partes en sus relaciones privadas tendrían que someterse al respeto de los derechos fundamentales de las otras personas y en dichas relaciones tendría que hacer prevalecer el principio de igualdad sobre el de la autonomía de la voluntad. De manera que se terminaría con el tráfico jurídico privado y la libertad más inmediata y menos prescindible. Si, por ejemplo, el empresario sólo puede tener un proveedor porque debe tratar de igual manera a todos los otros y, en consecuencia, tiene que atender las ofertas a cuantos industriales fabriquen el producto que desea adquirir, o si una persona no puede encargar la confección de un vestido a un solo sastre para poder tratar de igual manera a todos los sastres, el principio de la voluntad se debilita al extremo (14). ii) Las partes, al regular sus relaciones privadas, podrían no renunciar libremente al ejercicio de ciertos derechos fundamentales.

Después de la Segunda Guerra Mundial se inicia la constitucionalización del Derecho Privado (15), lo que conlleva al debilitamiento y reconstrucción del principio de la autonomía privada, considerada el dogma del Derecho Privado. Se debilita la concepción clásica de la autonomía privada. Visto el problema en su dimensión actual, la teoría directa o indirecta ni niega ni excluye la autonomía de la voluntad, siempre que no se destruyan entre ellas, estableciendo un equilibrio razonable que conserve la autonomía privada.

(10) Artículo 23 y sigs.

(11) Artículos 103 y 104.

(12) Artículos 5, 44 y 107.

(13) Artículo 5.

(14) Ejemplos de Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, España, 1986, págs. 14 y 15).

(15) En esta incorporación del Derecho Privado adquiere jerarquía constitucional la normativa que lo regula, lo mismo puede predicarse de otra naturaleza de normas: procesales, laborales, etc.

En la primera mitad del siglo XIX, se produce el auge de la autonomía de la libertad con el triunfo del liberalismo y su consagración como dogma de la autonomía de la voluntad en el Código Civil francés de 1804, de estirpe liberal. Se presentaba al contrato como fuente del Derecho por excelencia y como ley para las partes. Es objeto de crítica después de la Revolución Industrial, lo mismo que la concentración de la economía y del comercio. Principia a decaer como núcleo del Derecho Privado, lo mismo que la supremacía absoluta de la libertad individual, por lo que es necesario redefinirla y agregarle nuevos elementos, lo que para algunos autores sería desvirtuarla, pero para otros es un renacer del contrato.

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

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

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

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

El Código Civil del Brasil, que fue promulgado el 10 de enero de 2002 y entró en vigencia en el 2003, expresamente consagra en el artículo 421 la función social del contrato, al expresar que «la libertad de contratar será ejercida en la razón y en los límites de la función social del contrato». Esta función social tiene su antecedente mediato en la prohibición del abuso del Derecho que según la jurisprudencia se desprende del artículo 160 del Código Civil de 1916 y el antecedente mediato del artículo 5.XXIII de la Constitución, que establece la función social de la propiedad en forma amplia, abarcando todos los bienes.

Dentro de esta línea de pensamiento se contemplan:

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

se ofrece suplemento suficiente o si la parte favorecida acepta reducir el provecho.

- b) Se establece en el artículo 478 la resolución de los contratos de ejecución continuada o diferida por excesiva onerosidad, la que se produce si la prestación de una de las partes se torna excesivamente gravosa, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimiento extraordinario e impredecible; pero de acuerdo con el artículo 479 esta resolución puede ser evitada y pedir la revisión del contrato para mantener su equilibrio, ofreciendo el demandado las modificaciones equitativas de las condiciones del contrato. De acuerdo con el artículo 480, cabe también la revisión en los contratos unilaterales por los mismos motivos con el fin de evitar la onerosidad excesiva. El artículo 317, relativo al pago, establece que cuando por motivos impredecibles sobrevenga desproporción manifiesta entre el valor de la prestación debida y el del monto de su ejecución, podría el juez corregirlo, a petición de la parte de modo que asegure, cuanto sea posible, el valor real de la prestación, estableciendo aquí también la revisión de la ejecución del contrato.
- c) En los artículos 113 y 422 se establecen en la celebración, interpretación y ejecución del contrato, los principios de probidad y buena fe.
- d) Existe también la revisión contractual en el derecho del consumidor diferente a la del Código Civil, regulada en el Código de Defensa del Consumidor, que tiende a proteger a la parte más débil en las operaciones de consumo.

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

El Código Civil italiano también contempla: la buena fe que rige en la preparación, celebración, interpretación y ejecución del contrato, como la veremos más adelante; la resolución del contrato por lesión o su revisión si el demandado ofrece una modificación del contrato suficiente para ajustarlo a la equidad en los artículos 1.448 y 1.458; la resolución de los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida y la parte demandada podrá pedir la modificación equitativa para evitar la resolución; en el artículo 1.467, la misma revisión se puede pedir en los contratos unilaterales; la normativa de la excesiva onerosidad no se aplica a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes.

Las principales objeciones a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales es la incompatibilidad con el principio de la autonomía de la voluntad, en su concepción clásica, no en la actual, en la que el Derecho Privado está in-

fluenciado por los principios de justicia y utilidad en la aplicación de la autonomía. En todo régimen constitucional y principalmente en el Estado Social de Derecho, el principio de autonomía privada es condición de los mismos.

El nuevo concepto del principio de la autonomía de la libertad puede entrar en conflicto con algún derecho fundamental. Entonces surge el problema de determinar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, o sea, determinar en qué medida obligan esos derechos a los particulares.

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

C) LA DRITTWIRKUNG INDIRECTA Y EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

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

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

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

En la relación vertical, el Estado actúa como poder y está obligado a aplicar directamente los derechos fundamentales que reclaman las partes en una relación Estado-ciudadano; en las relaciones privadas u horizontales el Estado actúa en forma heterónoma y en el conflicto que conoce entran en juego los derechos fundamentales y el principio de la autonomía de la voluntad.

D) MEDIACIÓN DEL LEGISLADOR

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

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

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

Es al legislador a quien le corresponde determinar las consecuencias que para las relaciones entre particulares tienen los derechos humanos, como por ejemplo, la libertad de expresión (16), el derecho a la intimidad (17), el derecho a la defensa (18), la presunción de inocencia (19) y el principio de igualdad (20).

(16) Artículo 30 de la Constitución.

(17) Artículo 26, inc. 2 de la Constitución.

(18) Artículos 33, 34 y 165 de la Constitución.

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

(20) Artículo 27 de la Constitución.

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

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

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

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

E) MEDIACIÓN DEL JUEZ

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

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

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

Es significativa la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso del aval (octubre de 1993). En ella se trata de dilucidar si los tribunales

civiles están constitucionalmente obligados a controlar el contenido de los contratos de aval bancario cuando la suscriben personas que, por su situación económica, al obligarse están asumiendo un riesgo muy alto. Señala el Tribunal que este es un caso frecuente y que se había manifestado que en virtud de la libertad contractual, todo aquél que tenga capacidad negocial dispone de la facultad jurídica de asumir determinadas obligaciones.

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

El caso era de un aval firmado como garantía de un préstamo solicitado por el padre del avalista por un importe de 100.000 marcos alemanes. La recurrente, de veintiún años, carecía de formación profesional alguna, no tenía empleo estable y trabajaba en una fábrica con un salario de 1.500 marcos. Al ejecutar el aval, el recurrente interpuso una demanda solicitando que se dejara sin efecto el mismo. En la primera instancia se desestimó la prestación, pero en la segunda fue reconocida al considerar que la entidad bancaria indujo a error al demandante, pues el representante del banco le aseguró expresamente que la operación no le iba a suponer ninguna operación importante y que sólo necesitaba su firma a efecto de una organización interna, ocultando las consecuencias reales que de haber conocido el demandante no hubiera suscrito el contrato y en que al hacerlo no estaba emitiendo libremente su consentimiento y, por lo tanto, no fue expresión de su voluntad real. Sin embargo el Tribunal Supremo Federal anuló la sentencia por considerar que una persona mayor de edad, aunque no tenga experiencia en el tráfico negocial, conoce generalmente los riesgos que entraña la firma de un aval.

El joven recurrió entonces de amparo, invocando la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 1.1 (la dignidad del hombre es intangible) y 2.1 (todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de los demás ni atenten contra el orden constitucional o la moral) de la Constitución, en relación con el principio del Estado Social.

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

Según el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Supremo Federal vulneró el principio constitucionalmente protegido de la autonomía de la

voluntad privada, pues no se analizó en ella si y en qué medida las dos partes del contrato habían decidido libremente contratar y obligarse libremente por el contenido de ese contrato. De manera que al exigir el pago del aval, el Tribunal Supremo no hizo prevalecer la autonomía negocial, sino que ignoró los rangos específicos de ésta. Recuerda el Tribunal Constitucional que si bien los autores del BGB partieron de la igualdad formal de los sujetos jurídicos-privados, no tardó en producirse lo que se conoce como una materialización del Derecho Privado, y hoy se puede constatar que existe un amplio consenso a la hora de afirmar que la libertad contractual sólo cumple con su función cuando la relación entre las partes no está marcada por la desigualdad. Así, ante un contrato firmado entre dos partes que ostentan una fuerza muy desigual, siendo la parte más débil la que ha aceptado unas cargas inasumibles, el juez deberá asumir y examinar el contenido del contrato para corregirlo, independientemente que la parte perjudicada haya consentido en obligarse, pues de otro modo, se estarían vulnerando las buenas costumbres y el principio de buena fe.

En efecto, los tribunales civiles tienen la obligación de interpretar y aplicar las cláusulas generales velando que los contratos no sirvan como instrumentos de heteronomía. En la medida en que la sentencia que es impugnada por la recurrente no ha tenido en cuenta esta exigencia, debe ser anulada, pues ha vulnerado el derecho de la misma al libre desarrollo de su personalidad.

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

F) LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS PRIVADAS ARTICULADAS CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

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

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

Según los partidarios de la *Drittwirkung* indirecta, el juez debe resolver el conflicto entre las partes respetando los contenidos esenciales de la Cons-

titución, pero sin recurrir directamente a las normas sobre derechos fundamentales. La influencia de éstos, como ya expresamos, se hará patente en la interpretación que realice de las normas jurídico-privadas aplicables al caso y más correctamente en el significado atribuido a las cláusulas generales y a los conceptos jurídicos indeterminados que actúan en el Derecho Privado, como límites al principio de la autonomía de la voluntad. De manera que en caso que exista un conflicto entre un derecho fundamental y el derecho a la autonomía privada y la colisión se resuelva a favor del primero, el juez no deberá argumentar su decisión invocando directamente la vigencia de ese derecho en las relaciones privadas. Deberá, en cambio, recurrir a conceptos como el orden público o buenas costumbres, tradicionalmente utilizados en el Derecho Privado para preservar, en el ámbito negocial, los derechos de la personalidad, hoy identificados con los derechos fundamentales.

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

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

Las cláusulas o normas generales se presentan, pues, como la principal herramienta de la que dispone el juez para articular adecuadamente derechos fundamentales y autonomía privada. Normas como las contenidas en los artículos 6.2, y 7.2 y 1.255 del Código Civil de España, de orientación similar a los artículos 2.437, 2.478 y 2.552 de nuestro Código Civil, los que establecen los límites a la autonomía privada, traspasados los límites, el ordenamiento niega reconocimiento a la actuación de los particulares.

Esta articulación, objeto de nuestro estudio, se realiza con las normas generales, los principios generales del Derecho (21), los del Derecho Civil

(21) Existen principios generales del Derecho, del Derecho Laboral, del Derecho Procesal, etc., en su número no coinciden los autores y algunos de ellos se repiten en varias ramas del Derecho, incluso se discute la convención de su señalamiento. Su enumeración sería útil, pero se corre el riesgo de limitarlos, ya que pueden existir otros que no fueron señalados. Los principios generales del Derecho que enumeramos nosotros son los siguientes: la buena fe, la apariencia, el enriquecimiento sin causa, el abuso del Derecho, el contrato es ley para las partes, la seguridad, a los que se agregan, para facilitar

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

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

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

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

Es ilícita la causa (22) del negocio jurídico cuando se opone a ley imperativa o prohibitiva (y no a las dispositivas), a las buenas costumbres (23) y al orden público (24), lo que provoca nulidad de dichos negocios, en los cuales se violen estas limitaciones. Ejemplos:

nuestro estudio, los valores de la vida, la justicia, la libertad, el bien común y la igualdad real y la dignidad humana.

(22) Artículo 1.874 del Código Civil.

(23) Las buenas costumbres son valores morales que se van formando bajo el influjo de ideales filosóficos y cristianos que inspiran a nuestra civilización. Claro está que estos valores varían en las diferentes regiones y épocas. La doctrina y la jurisprudencia extranjera registran casos de nulidad de actos o contratos por ser contrarios a las buenas costumbres; a saber: toda convención que tienda a favorecer el amor libre, pero no la que tienda a reparar los daños causados a la concubina; la demanda de la concubina a la sucesión de su amante por la reparación de los perjuicios que le ha causado su muerte; el corretaje para contraer matrimonio en un principio fue declarado nulo, pero después se aceptó con la condición de que el corredor se limite a presentar a las partes, sin mencionar sus cualidades y a fijar sus honorarios prescindiendo del resultado de la gestión; los convenios en virtud de los cuales se venden influencias gubernamentales; la remuneración de un médico especialista al colega que le recomienda al cliente; la venta de la clientela de un médico a otro médico; el contrato que tiende a facilitar el cohecho; los actos que impiden la celebración libre y sin fraude de una subasta pública; los préstamos para fines inmorales como el concedido a una mujer para que huya con su amante; los actos del mandatario obrando en provecho propio; las promesas de pagar para que se cumpla una obligación existente; remunerar para que el depositario entregue el depósito; remuneración para que no se provoque un escándalo o para evitar un chantaje; remuneración del padre para que la querida deje a su hijo; remuneración a un empleado del Fisco para que liquide rápidamente un crédito al acreedor (IVÁN ESCOBAR FORNOS, *Derecho de Obligaciones*, 2.ª ed., Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 2000, págs. 96 y 97).

(24) El orden público varía de país en país y de época en época, y es de difícil precisión. Son contrarios al orden público aquellos actos que atacan a la familia, a la libertad de comercio, del sufragio, del trabajo o de cualquier otro derecho o garantía

- a) Es nulo el contrato que se celebra entre el arrendador y el arrendatario para abrir una cantina, la cual resulta estar cerca de un colegio privado o público. El arrendatario puede negarse a cumplir el contrato porque la autoridad la puede cerrar, por violar la ley y el orden público, prevaleciendo el derecho fundamental a la educación sobre la libertad de contratación.
- b) Es también contrario al orden público y, por lo tanto, nulo el contrato en virtud del cual una mujer le alquila el vientre a un matrimonio para que, por un precio determinado, se le implante un óvulo fecundado *in vitro* de otras personas, se lleve a cabo la gestación y les entregue al bebé. En este caso creo que la mujer que alquiló su vientre puede negarse a entregar el bebé, porque prevalece el orden público y las buenas costumbres. Es un caso no regulado expresamente por la ley, tampoco lo cubre el derecho a la reproducción consagrado en el artículo 74 de la Constitución que, según creo, sólo comprende los supuestos de procreación asistida cuando por lo menos se realiza con el óvulo o espermatozoide del matrimonio o pareja de hecho estable. En otros supuestos, como el presente, podría existir una especie de adopción de futuro, *sui géneris*, pero falta aceptación legal. Por tal razón, no se entrega al bebé ni se devuelve el dinero recibido, aplicando el inciso 2 del artículo 2.079 del Código Civil, que dispone que si el objeto del contrato constituye un delito o un hecho contrario a las buenas costumbres, común a ambos contratantes, ninguno de ellos tendrá acción para reclamar el cumplimiento de lo convenido ni la devolución de lo que haya dado.
- c) Será nulo un contrato que sujeta a un individuo a desplazarse únicamente en el interior o patio de su casa o en el barrio, por lo que no está obligado cumplir con esa obligación de no hacer, prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad de movilización sobre la libertad de contratación.
- d) Sería nulo el contrato en que se obligue a una persona a cambiar o no cambiar de religión. El obligado podía negarse a cumplir el contrato prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad religiosa sobre la libertad de contratación.
- e) Es nulo el contrato que prohíbe casarse en general o con determinada persona o en determinado lugar. En este supuesto el individuo puede casarse, prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad matrimonial sobre la libertad de contratación.

constitucional, a la organización y competencia de los órganos estatales (Iván ESCOBAR FORNOS, «Derecho de Obligaciones», *ob. cit.*, pág. 97). El concepto de orden público se aplica en el Derecho Internacional, en el Derecho Constitucional, en el Derecho Penal y en el Derecho Civil como obstáculo infranqueable de la autonomía de la voluntad.

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

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

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

Si un medio de información principia una campaña contra una persona que la considera perjudicial para su honor puede reclamarle al medio judicialmente. En este caso entran en conflicto el derecho al honor y la privacidad de la persona objeto de las publicaciones y el derecho de expresión e información del medio. El juez tendrá que valorar el caso mediante una ponderación de los dos derechos en conflicto, aplicando los principios de racionalidad y proporcionalidad y determinar si las informaciones son reales o no reales para fallar.

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

En la contratación se exige la buena fe en los tratos previos, en el momento de contratar (ausencia de dolo), en la interpretación y ejecución del contrato. El Código Civil italiano regula esta amplitud de la presencia de la buena fe en la contratación (25).

(25) Artículos 1.337, 1.366 y 1.375.

7. LA DRITTWIRKUNG Y LA JURISPRUDENCIA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La aplicación de los derechos humanos en las relaciones privadas adquiere tanta importancia que se aplica no sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional, concretando nuestro breve estudio a los sistemas americano y europeo.

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

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

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

En el caso *Blake vs. Guatemala* (26), *CANCADO TRINDADE* sienta las bases para los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Así lo expresa en el voto razonado (27).

Esta tesis del magistrado brasileño fue adoptada por unanimidad en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartado vs. Colombia. La

(26) Sentencia de fondo de 24 de enero de 1998.

(27) En sus votos razonados reiteradamente se refiere a la *Drittwirkung*. Colombia vs. Comunidad de Paz de San José de Apartadó, 18 de junio de 2002; Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia, de 15 de marzo de 2005; Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia, de 6 de marzo de 2003; Comunidad de Paz de San José de Apartadó, de 15 de marzo de 2005; caso Pueblo Indígena de Nankuanmo, de 5 de julio de 2004; casos de personas haitianas y de República Dominicana de 7 de agosto de 2000.

Corte opinó que la obligación general del respeto de los derechos fundamentales previsto en el artículo 1.1 de la Convención, para ser eficaz, se impone no sólo en relación con el poder del Estado, sino también en las relaciones entre particulares (grupo clandestino, paramilitares, u otros grupos de particulares). Acepta la importancia de la *Drittwirkug* (28).

Es a partir de 2003 que la Corte conoce de los casos en que se presenta una lesión de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En los casos de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia (29), Pueblo Indígena de Kankuamo vs. Colombia (30), Pueblo Indígena de Sarayaku vs. Ecuador (31), la Corte Interamericana desarrolla la doctrina de que los Estados Parte se encuentran conminados a atender al amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección, ... caracterizadas por el *ius cogens*, del cual emanan como normas de carácter objetivo que abarcan a todos los destinatarios de las normas jurídicas, tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares.

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

En el mes de mayo de 2002, el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Hoffman Plastic Compounds vs. National Labor Relations Board*, decidió que un trabajador indocumentado que había sido despedido ilegalmente por contribuir a organizar un sindicato para mejorar las condiciones de trabajo en la planta, no tenía derecho al pago de los salarios caídos o de tramitación, los cuales por los tres años de trabajo perdido ascendían a 67.000 dólares. La decisión fue por mayoría de 5 a 4 votos.

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

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos evacúa la consulta, con los siguientes fundamentos que interesan a nuestra materia: a) Que el principio de igualdad y no discriminación puede considerarse como imperativo del derecho internacional general en cuanto es aplicable a todo Estado inde-

(28) Sentencia sobre medidas provisionales de 18 de junio de 2002.

(29) Sentencia sobre medidas provisionales de 15 de marzo de 2005.

(30) Sentencias sobre medidas provisionales de 5 de julio de 2004.

(31) Sentencia sobre medidas provisionales de 6 de julio de 2004.

pendiente de que ser parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos respecto de terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas. Como norma *ius cogens*, los Estados no lo pueden derogar, la cual es recogida en el artículo 53 de la Convención de Viena. b) En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del Derecho Internacional General. En la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.

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

B) EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acepta la tesis de que los derechos humanos también rigen en las relaciones privadas. Para ejemplos cinco sentencias: en sentencia de 1998 contra el Reino Unido estimó que el padrastro que golpeó al hijo con una caña, causándole lesiones físicas, violó su derecho a no sufrir tratos degradantes y que el Estado, al absolverlo penalmente fundándose en la causa justificativa de emplear su potestad paternal para castigarlo razonablemente, vulneró el derecho del hijo.

En sentencia de 1981 en la que un grupo de trabajadores alega violación de la cláusula de exclusión mediante la cual todos los trabajadores deben afiliarse al sindicato contratante, pactado entre el sindicato y la empresa. «De acuerdo con el artículo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, cada Estado contratante “debe asegurar a cada persona, dentro de su jurisdicción, los derechos y las libertades definidas en (...) la Convención”; por tanto, si la violación de uno de esos derechos y libertades es el resultado de

la inobservancia de esa obligación en cuanto a la legislación doméstica, existe responsabilidad para el Estado que consiente la violación. A pesar de que la causa inmediata de los hechos que dan lugar a esta causa fueron los acuerdos entre la empresa British Rail y los sindicatos ferrocarrileros, fue la ley doméstica aplicable en el momento la que hizo legal el perjuicio que los demandantes sufrieron. La responsabilidad del Estado acusado por cualquier violación de lo dispuesto por la Convención se deriva de esa circunstancia».

Sentencia 16/1983/110 en la que el padre denuncia que la hija menor internada en una clínica particular para personas con retraso mental, había sido violada por el hijo mayor de edad, de la responsable de la clínica. Las autoridades se negaron a iniciar el procedimiento penal alegando que la víctima carecía de facultades mentales para hacer una acusación. Resolvió: «La Corte ratifica que, no obstante el propósito del artículo 8 (de la Convención Europea de Derechos Humanos) es esencialmente la protección de los individuos contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, eso no significa que el Estado sólo se abstenga de actuar en esa forma; además de su obligación negativa, también hay obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de las personas y de las familias. Esa obligación incluye la adopción de medidas destinadas a asegurar el respeto de la vida privada, incluso en la esfera de relaciones entre particulares».

Sentencia 5/1987/128/179 contra Austria, en la que una asociación de médicos antiabortivos organizaron manifestaciones en 1980 y 1982, en las que estos sufrieron ataques por personas particulares partidarios del aborto ante contingentes policiales. Resolvió: «Una manifestación puede afectar u ofender a personas con ideas opuestas a las sustentadas por los manifestantes. Los participantes, sin embargo, deben contar con la seguridad de poderse manifestar sin el temor de ser objeto de violencia física por parte de sus oponentes, porque ese temor inhibiría a las organizaciones de expresar libremente sus opiniones sobre cuestiones altamente controvertidas que afecten a la comunidad. En una democracia, el derecho a las contramanifestaciones no puede permitirse hasta el extremo de inhibir el derecho de los manifestantes originales. La genuina y efectiva libertad de manifestación no se reduce al deber del Estado de no interferir; una concepción estrictamente negativa no es compatible con los propósitos del artículo 11 (de la Convención Europea de Derechos Humanos). Igual que el artículo 8, el 11 requiere en ocasiones de medidas positivas, incluso en la esfera de las relaciones entre particulares».

Sentencia 18/1995/524/610 en la que discutía el conflicto entre el propietario de un restaurante y una organización de restauranteros que al no estar afiliado, pretendió boicotarlo para que ingresara al grupo. Resolvió apartándose del criterio de la responsabilidad de particulares. Pero existe un voto disidente del juez P. Jambrek, que dice: «Mi posición difiere en cuanto a la interpretación y a la aplicación del artículo 11 (de la Convención Europea de

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

8. LA DRITTWIRKUNG EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGÜENSE

1. INTRODUCCIÓN

Aunque no lo dice expresamente la Constitución, ésta obliga tanto a los poderes del Estado como a los particulares. Así se desprende del articulado de la misma (32).

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

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

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

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice: «La Constitución Política es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a quienes administran justicia, los que deben aplicar e interpretar las leyes, los tratados internacionales, reglamentos, demás disposiciones legales u otras fuentes del Derecho según los preceptos y principios constitucionales».

Además, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución, 4 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 194 del Código de Procedimiento Civil, los jueces y tribunales deben de aplicar de preferencia la Constitución y para controlar la violación que se haga de éstos, el artículo 2.057, inciso 1 de este Código establece una causal de casación en el fondo.

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

(32) Artículos 24, 160, 165 y 182, entre otros.

Con relación al amparo, la Constitución en el artículo 188 restringe su procedencia únicamente contra las disposiciones, actos o resoluciones y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Sólo cabe, pues, contra actos de autoridad, pero a este concepto se le ha dado una interpretación más amplia, autorizando el amparo contra particulares que prestan servicios públicos, entes autónomos y descentralizados. Por ejemplo, en Nicaragua ha procedido contra la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (33), el Instituto Nicaragüense de Energía (34), el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (35), el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Ingeniería (36) y el Consejo Nacional de Universidades (CNU) (37).

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

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

2. ALGUNOS CASOS REGULADOS O NO POR LA LEY Y DE APLICACIÓN DIRECTA

a) *Contratación*

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

(33) S. 11:40 a.m. de 13 de marzo de 1968, B. J., pág. 31.

(34) S. C., núm. 134, 10:00 a.m. de 21 de septiembre de 2006.

(35) S. C., núm. 133, 11:30 a.m. de 21 de septiembre de 2006, 10:05 a.m. de 15 de marzo de 2005.

(36) S. C., núm. 63, 8:30 a.m. de 2 de abril de 2003.

(37) S. C., núm. 35, 8:30 a.m. de 8 de marzo de 2005.

b) *Investigación de la paternidad*

Con relación a la investigación de la paternidad y maternidad, la Constitución sienta el principio de permitirla (38), por el contrario, el Código Civil (39) parte de la idea de no permitir la investigación de la paternidad, salvo casos excepcionales, por lo que, como sostenía antes de la reforma de 2007, debería aplicarse directamente la Constitución y abrir la posibilidad de probarse de acuerdo con los medios de prueba aceptados incluyendo el ADN.

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

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

De acuerdo a esta ley, cuando el padre no haya reconocido al niño o la niña, la madre podrá declarar ante el Registrador del Estado Civil de las Personas quién es el presunto padre y señalar su identidad y ubicarlo. En este momento se le informa que debe realizarse la prueba del ADN al presunto padre, la madre y el hijo o hija (40).

Con esta declaración se inicia el trámite administrativo de reconocimiento y el Registrador procederá a inscribir al hijo o hija con el apellido del presunto padre y madre. Dicho funcionario citará al presunto padre para que dentro del término de quince días comparezca a expresar lo que tenga a bien sobre la inscripción provisional de paternidad, bajo el apercibimiento que al no hacerlo se reconfirmará con el apellido de ambos. Esta inscripción provisional no causará estado hasta que se compruebe la paternidad de acuerdo a esta ley (41).

El notificado al que se le aplicó el reconocimiento administrativo por no comparecer al Registro Civil, tendrá un plazo de un mes para presentar ante el Juzgado de Familia, demanda de impugnación de la paternidad declarada administrativamente, sin que se suspenda la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y madre (42). Se obliga al presunto padre a ser demandante con las cargas propias de esta posición procesal.

Si el padre niega la paternidad ante el Registrador y acepta practicarse la prueba del ADN se procederá a realizarla. Si el resultado es positivo se inscribirá con el apellido del padre y la madre y si es negativo se inscribirá con el apellido de la madre (43).

(38) Artículo 78.

(39) Artículo 225 y otros.

(40) Artículo 6.

(41) Artículo 7.

(42) Artículo 8.

(43) Artículo 9.

Si el presunto padre al ser citado niega la paternidad y rechaza practicarse la prueba de ADN, el Registrador procederá a aplicar la presunción de paternidad y reconfirmará al hijo o hija con el apellido de ambos progenitores, quedando firme dicha declaración administrativa, otorgando las obligaciones legales propias de la paternidad (44).

Si el citado no se presentare a realizar la prueba del ADN o si habiéndose presentado se negare a ello, el laboratorio dará constancia de tal negativa, lo que constituye una prueba a favor de la persona solicitante, pero creo que se puede discutir la paternidad en juicio (45).

Si el padre niega la paternidad, pero acepta la prueba del ADN y si el resultado es positivo, se confirmará la inscripción y si es negativa se inscribe al hijo o hija sólo con el apellido de la madre (46). El índice de prueba del ADN debe ser de 99,99 por 100.

También se regula la investigación de la maternidad administrativa (47) y el derecho del padre a la investigación de la paternidad administrativa de su hijo o hija (48).

c) *Alimentos*

En materia de igualdad de hijos naturales con los legítimos, la Constitución establece que tienen iguales derechos (49). Pero el Código Civil los discriminaba en materia de alimentos, sin embargo por ley especial de 18 de febrero de 1992, los coloca en igualdad de condiciones.

d) *Sucesiones intestadas*

En materia de sucesiones intestadas en el Código Civil (50) se le concede un trato discriminatorio a los hijos naturales en contra del principio de igualdad de los hijos legítimos y naturales consagrado en el artículo 75, por los que ahora los jueces en forma directa están aplicando de preferencia la disposición constitucional y se espera una reforma del Código Civil para ajustarlo a la Constitución.

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

(44) Artículo 10.

(45) Artículo 10.

(46) Artículo 9.

(47) Artículo 15.

(48) Artículo 14.

(49) Artículo 75.

(50) Artículo 998 y sigs.

e) *La apelación*

De acuerdo con el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil, no se permite la apelación cuando ambas partes acuerdan no apelar. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que esta disposición tiene por objeto evitar la renuncia del más débil, por lo que se exige que la renuncia sea de mutua y no sólo de una (51).

f) *Consumidores*

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

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

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

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

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

g) *Ambiente*

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

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

(51) S. 10:30 a.m. de 25 de febrero de 1996, B. J., pág. 32.

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

h) *Asociaciones y sociedades*

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

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

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

i) *Condiciones generales de la contratación*

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

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

Las condiciones generales de la contratación aparecen insertadas en las pólizas de seguro y se rigen por la Ley General de Instituciones de Seguros (Ley núm. 1.727), publicada en «La Gaceta», número 77 de 26 de noviembre de 1970 y sus reformas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Las condiciones generales son partes integrantes del contrato cuando han sido aceptados por el adherente y el contrato es firmado. No se consideran aceptadas cuando el que impone las condiciones no ha informado al otro

contratante o adherente de dichas condiciones ni le ha entregado un ejemplar de las mismas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La inscripción de las condiciones generales es voluntaria, pero se podrán imponer en determinados sectores específicos de la contratación. Es necesaria la inscripción en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación de las sentencias de la cesación o retractación.

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

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

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

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

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

j) *La prueba*

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

En mi Introducción al Proceso (52) expresé: «En materia probatoria, la libre contratación encuentra serios límites. No son válidos los convenios o cláusulas siguientes:

- a) El convenio o cláusula que le otorga al medio de prueba un mérito que la ley no le reconoce (superior o diferente), o bien le niega o disminuye el que la ley le otorga, si se sigue el sistema de la tarifa legal de la prueba. Cuando se sigue el sistema de la sana crítica, tampoco obligan al juez estos convenios o cláusulas, pues si la ley no somete a éste a una valoración preestablecida, con mayor razón no lo pueden hacer las partes.
- b) El convenio en que se invierte la carga de la prueba, pues las reglas que se establecen con relación a ella son de orden público. Un convenio de esta naturaleza adolecería de nulidad absoluta, por la ilicitud del objeto. La Corte Suprema de Justicia se adhiere a esta opinión (53). No obstante, debe advertirse que ciertos autores aceptan la validez del convenio de inversión de la carga de la prueba (LESSONA, ROSENBERG, PLANIOL y RIPPERT).
Por otra parte, algunos autores admiten el convenio en virtud del cual se impone a una de las partes la carga de la prueba sobre un hecho determinado, siempre que la ley no disponga nada sobre dicho hecho.
- c) El convenio que le concede mérito ejecutivo a un documento que no lo tiene o le niega al que lo tiene.
- d) El convenio que crea presunciones de hecho. Ejemplo: se presume que el daño o la enfermedad existía con anterioridad al contrato, si resulta dentro de tres días posteriores a su celebración. El ejemplo es de ROSENBERG, para quien, por contrario, es válido este convenio».

RESUMEN

DERECHOS FUNDAMENTALES NICARAGUA

Tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Privado han progresado y en ese progreso la relación entre ellos se fortalece, dentro de un equilibrio de complementariedad, sin que por tal conexión se destruya el Privado o se enerve el Constitucional.

ABSTRACT

FUNDAMENTAL RIGHTS NICARAGUA

Both constitutional law and private law have progressed, and in the process of their doing so the relationship between constitutional law and private law has become stronger, within an equilibrium of complementariness, without destroying private law or enfeebling constitutional law.

(52) Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 1998, págs. 255 y 256.

(53) Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 1998, págs. 255 y 256.

La Constitución ha dejado de ser un cuerpo jurídico corriente, para constituirse en la ley fundamental y superior del Estado aplicable. Las constituciones como normas que son han adquirido aplicación directa, sirven de parámetro para las decisiones judiciales y tienen gran importancia para la vida de la comunidad y para el Derecho Privado, las que le sirven de motor en su avance.

Pero el Derecho Privado también ha sufrido profundas transformaciones. Los intereses de las grandes mayorías económicamente dependientes y no autónomas, han cambiado las ideas de la sociedad burguesa incorporadas en los códigos decimonónicos, lo que provoca el surgimiento de la socialización del Derecho, debilitando los clásicos conceptos fundamentales, entre ellos, la autonomía de la voluntad, reelaborada en la actualidad.

El Derecho Civil desarrolla una ética social, en la que no sólo es responsable el poder público, sino también la comunidad, de manera que la defensa de los débiles también le corresponde al Derecho Privado, atiende a la justicia social, tiene un carácter tutelar y es contrario al abuso. Ejemplo de ello es el Código Civil de Brasil de 2002 que, entre otros avances, establece la función social del contrato.

En este trabajo se trata de explicar brevemente la aplicación de las disposiciones constitucionales en las relaciones privadas a través de las dos tesis conocidas: la aplicación directa de las disposiciones constitucionales y la aplicación indirecta de las disposiciones constitucionales, los aportes de cada una de ellas, sus diferencias, sus coincidencias y su trascendencia en el Derecho contemporáneo.

Por otra parte, se analiza brevemente el reconocimiento de la Drittwirkung por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Constitutions are no longer run-of-the-mill bodies of law, but have become instead the highest fundamental law of their respective states. Constitutions, as the rules they are, have taken on direct applicability, serve as the parameter for court decisions and are highly important for the life of the community and for private law, both of which do service as vehicles for the advancement of their country's constitution.

But private law has also been profoundly transformed. The interests of large, economically dependent, non-autonomous majorities have changed the ideas of bourgeois society that underlay the nineteenth century's codes. This change has triggered the rise of the socialisation of law, weakening the fundamental classical concepts, including the autonomy of will, which has now been recast.

Civil law implements a social ethos in which responsibility belongs not only to the public authorities, but also to the community. Thus private law is also responsible for the defence of the weak. It heeds the call of social justice. It is protective in nature and stands against abuse. One example is Brazil's 2002 Civil Code, whose steps forward include the establishment of the social function of contracts.

This paper attempts to explain briefly the application of constitutional provisions in private relations through the two known theses of the direct application of constitutional provisions and the indirect application of constitutional provisions, the contributions made by each, their differences, their agreements and their importance in contemporary law.

The recognition of the Drittwirkung by the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights is also briefly analysed.

(Trabajo recibido el 13-3-2009 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)