El efecto radiante de los derechos fundamentales y la autonomía del derecho privado: la "sentencia Lüth" y sus efectos

Por Dr. Marie-Christine Fuchs
Directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer

La interrogante de si el efecto vinculante de los derechos fundamentales consagrados en nuestras constituciones está limitado al poder del Estado o, por el contrario, abarca también a los particulares, y en caso afirmativo, cuál sería el alcance de dicho efecto vinculante, es de suma actualidad, no solo en Brasil, sino también en Alemania. Se trata de determinar, si la eficacia de los derechos fundamentales trasciende la relación vertical entre el Estado y los ciudadanos, para actuar también en sentido horizontal entre particulares del mismo nivel. ¿Es concebible que un ciudadano lesione un derecho fundamental de otro? ¿Ante esa situación, este ciudadano podrá presentar un recurso de amparo ante el tribunal constitucional? Las respuestas a estas preguntas no son evidentes y varían según los ordenamientos jurídicos.

En **América Latina** el instituto del efecto vinculante (directo o indirecto) de los derechos fundamentales sobre las personas particulares ha sido reconocido por varias constituciones y tribunales constitucionales:

- En el año 1958, en el caso Kot la **Corte Suprema de Justicia argentina** reconoció la existencia de la violación de los derechos fundamentales de propiedad, libertad profesional y libertad de acción por terceros sujetos del derecho privado bajo determinadas condiciones. En el caso en cuestión, como parte de un conflicto al amparo del derecho privado los trabajadores habían ocupado la fábrica del empleador, impidiendo de esta forma el ingreso de otros trabajadores y de la familia del propietario a la fábrica. La sentencia estableció que los derechos fundamentales tienen carácter directamente vinculante no solo sobre las autoridades públicas argentinas, sino también sobre sindicatos, grandes empresas, consorcios y asociaciones profesionales.[1] Sin embargo, a diferencia de Alemania, en Argentina el "control difuso" habilita a todos los jueces, no solo a los jueces constitucionales, a verificar y determinar la existencia de violaciones de los derechos fundamentales.

- En **Colombia** el artículo 86 de la Constitución reconoce tres tipos de eficacia frente a terceros: (1) en el caso de particulares, a quienes se han confiado tareas públicas; (2) en particulares, cuya actuación tiene un impacto significativo y directo en la comunidad; y (3) en relaciones jurídicas entre particulares, en las que una parte se encuentra en una posición evidentemente inferior o desprotegida frente a la otra. Además, la Corte Constitucional de Colombia amplió significativamente la eficacia frente a terceros en el ámbito del derecho laboral al reconocer el carácter vinculante de los derechos fundamentales sobre sujetos privados más allá de los tres casos

[1] Rafael Sarazá Jimena: *Jueces, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, 2008, p. 165 y ss.

mencionados –en este caso el empleador–, por ejemplo en los casos de discriminación en el lugar del trabajo.[2]

- También en **Brasil** se afirma el carácter directamente vinculante de los derechos fundamentales. Conforme al artículo 5 de la Constitución su efecto vinculante se extiende, más allá de los actores del Estado, a los privados. En Brasil se sostiene con frecuencia que la eficacia indirecta de los derechos fundamentales frente a terceros carece de eficiencia y practicidad; la vinculación jurídico constitucional inmediata de los privados a los derechos fundamentales con la finalidad de proteger a otros ciudadanos –en muchos casos, las partes financiera, física o psíquicamente más vulnerables– sería la única opción para proporcionar una protección suficiente de los derechos fundamentales de esos ciudadanos.[3]

La situación en Alemania es diferente. La célebre sentencia Lüth dictada por el Tribunal Constitucional Federal en el año 1958 no deja lugar a dudas: la vinculación jurídico constitucional de los privados tiene carácter exclusivamente indirecto. A 60 años de esa decisión pionera de los jueces de Karlsruhe sus efectos siguen vigentes, a pesar de los nuevos desafíos que la doctrina de la "eficacia indirecta de los derechos fundamentales frente a terceros" enfrenta en Alemania. ¿Cómo se llegó a la sentencia Lüth, cuál es su contenido y qué implicancias tiene? ¿La "doctrina Lüth" resistirá el paso del tiempo?

1. Evolución histórica en Alemania

Durante la segunda mitad del siglo XIX la jurisprudencia se concentró en la función defensiva de los derechos fundamentales. La llamada **Constitución de la Iglesia de San Pablo** (**Paulskirchenverfassung)** de 1849 partió de un concepto liberal de los derechos fundamentales, que se caracterizó por el antagonismo entre Estado y Sociedad.[4] Había que impedir que el Estado interviniera sin controles en los espacios libres constituidos por la Constitución.

Con la aprobación de la **Constitución de Weimar** (**Weimarer Reichsverfassung, WRV)**, vigente entre 1919 y 1933, el primer catálogo de derechos fundamentales para toda Alemania entró en vigor. La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros no estaba ajena a dicha constitución. El Art. 118 apartado 1 frase 2 de la WRV incluía una disposición sobre la vinculación de terceros particulares al derecho fundamental de la libertad de opinión en el derecho de trabajo.[5] En cambio, el régimen ilegítimo nacional socialista suprimió

[2] Rafael Sarazá Jimena: *Jueces, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, 2008, p. 173 y ss.
[3] Samuel Pinheiro Leite: *O efeito perante terceiros dos direitos fundamentais e sua aplicacão na ordem constitucional brasileira*, 2011.
[4] Schwab/Bethge, *GG-Kommentar* [*Comentario de la Ley Fundamental*], 2014, Art. 5, nm. 2.
[5] Art. 118, frases 1 y 2 WRV: "Todo alemán tendrá derecho, dentro de los límites marcadas por las leyes generales, a la libre emisión de sus ideas, de palabra, por escrito o mediante la imprenta, el grabado o cualquiera otro medio análogo. Este derecho no será restringido por causa de su condición de trabajador o empleado, ni tampoco podrá nadie perjudicarles por haber hecho uso de este derecho". [Trad. extraída de *Textos constitucionales y extranjeros*, Ed. Athenaeum, Zaragoza, 1930]

expresamente todos los derechos fundamentales o los vació de todo significado en los hechos.[6]

La **Ley Fundamental** de 1949 (**Grundgesetz, GG)**, que sigue vigente hasta hoy, incluye como única disposición sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, al Art. 9 apartado 3 frase 2 GG.[7] El Art. 9 GG garantiza la autonomía de las partes sociales y la libertad de llevar a cabo conflictos laborales entre sujetos del derecho privado, es decir empleadores y trabajadores y el derecho a la huelga. La constitución alemana no incluye ninguna otra norma con carácter inmediatamente vinculante sobre particulares. La interpretación del texto de la Ley Fundamental parece sugerir que le es ajeno el supuesto de una eficacia general y directa frente a terceros y, por consiguiente, del sometimiento de los particulares a los derechos fundamentales.

Sin embargo, previo al innovador fallo Lüth, tanto el **Tribunal Federal de Trabajo**, presidido por su renombrado presidente **Hans Carl Nipperdey**, como una parte de la doctrina jurídica habían aceptado la eficacia inmediata de los derechos fundamentales frente a terceros. El Tribunal Federal de Trabajo fundamentó su opinión en la presencia creciente de grandes consorcios, cuyas relaciones laborales entre trabajadores y empleadores se asemejarían a la relación de subordinación existente entre el Estado y los ciudadanos. En cambio, serían cada vez menos frecuentes las relaciones entre los ciudadanos que se caracterizaban por la igualdad de posiciones.[8] Los derechos fundamentales estarían sujetos a una creciente re significación, por lo que su finalidad solo podría garantizarse a través de su eficacia inmediata frente a terceros. Una opinión fuerte en la doctrina jurídica en ese tiempo por su parte introdujo el argumento de la protección efectiva de los derechos fundamentales como "normas de máximo grado": solo si tuvieran carácter vinculante directo sobre y entre los ciudadanos, la protección universal sería posible.[9]

Sin embargo, en Alemania el supuesto de la **eficacia inmediata frente a terceros** no concordaba -y todavía no concuerda- con el texto del Art. 1 apartado 3 GG, por el cual solamente los poderes ejecutivo, judicial y legislativo estaban sometidos a los derechos fundamentales. A la inversa se debe concluir que justamente no se quiso establecer su carácter vinculante sobre sujetos particulares. La eficacia directa frente a terceros tampoco podría apoyarse en una interpretación teleológica de la constitución alemana: de conformidad con su propósito los derechos fundamentales se configuraron como garantías en contra del Estado. De establecerse la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, los mismos se transformarían en obligaciones (por ejemplo la obligación de aceptar otras opiniones; la

[6] Terwiesche, en JR 1997, 227 (231).

[7] Cfr. Art. 9 apartado 3 frase 2 GG: "Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. Las medidas que se adopten según los artículos 12a, 35 apartado 2 y 3, 87a apartado 4 y 91 no podrán dirigirse contra los conflictos laborales organizados por asociaciones en el sentido de la primera frase del presente apartado con el fin de mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo." [Trad. extraída de Deutscher Bundestag, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Berlín, 2010, consultado en: https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf]

[8] BAGE [Decisiones del Tribunal Federal de Trabajo] 1, 185 (193 f.), BAGE 4, 274 (p. 276 y s.).

[9] Nipperdey, en RdA 1950, 121 (p. 124 y ss.).

obligación de dar libertad a otras religiones etc.).[10] Los titulares de derechos fundamentales se convertirían en deudores de dichos derechos. Esto constituiría una injerencia relevante en la autonomía privada, que además no fue intencionada por el legislador.[11]

2. La sentencia Lüth

El problema de la eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales en Alemania parece haber sido resuelto definitivamente mediante la decisión del Tribunal Constitucional Federal del año 1958 en la causa Lüth.

a. Los hechos

Ante el estreno de una nueva película del director Veit Harlan el director del senado [gobierno] de Hamburgo, Erich Lüth, había exhortado públicamente a boicotear la obra. Veit Harlan era conocido como guionista y director de la película de propaganda nazi El judio Süß que se había estrenado durante el período nacional socialista. Ahora se anunciaba la proyección de la nueva película en el marco de la Semana de la película alemana. Como presidente del Club de Prensa de Hamburgo, Erich Lüth había criticado esta decisión con dureza. A su entender el director de una película de propaganda antisemita era el menos indicado para recuperar la reputación moral del cine alemán después de la Segunda Guerra Mundial; de ninguna manera debía ser percibido como representante de la cultura alemana en el país ni en el exterior.

Tanto la compañía cinematográfica como el director habían iniciado una acción inhibitoria civil contra el llamado, que obtuvo un fallo favorable en primera instancia. El Tribunal regional de Hamburgo prohibió a Lüth la reiteración de su llamado al boicot. El Tribunal regional superior por su parte, rechazó el recurso de apelación del demandante. Seguidamente Lüth presentó un recurso de amparo constitucional contra el fallo del Tribunal regional, en el que reclamó por la violación de su derecho fundamental de libertad de opinión, al que el Tribunal Constitucional Federal hizo lugar.

b. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal

Dado que el litigio entre Lüth y el director Harlan partía de una demanda civil por inhibición y reparación de daños materiales e inmateriales de conformidad con el § 826 del Código Civil (BGB), había que examinar, en primer lugar, si Lüth podía invocar su libertad de opinión frente a Harlan, otro particular.

Los jueces protectores de la Constitución del tribunal de Karlsruhe determinaron que los derechos fundamentales no pueden ejercer un efecto vinculante sobre los ciudadanos por las razones arriba expuestas, y más especialmente por el texto de la Ley Fundamental. No

[10] de Wall y Wagner, op cit..
[11] Terwiesche, op. cit.

obstante, en la relación entre particulares (empresa cinematográfica/director Harlan contra Lüth) los derechos fundamentales ejercen un así llamado efecto radiante o "eficacia indirecta frente a terceros". Los derechos fundamentales no se limitan al derecho de autonomía, sino que representan un orden de valores objetivo que actúa como orientación jurídica constitucional fundamental para todas las áreas del derecho y se trasmite "por radiación" al ordenamiento jurídico privado. En consecuencia, se debe establecer una concordancia práctica (Konrad Hesse), es decir armonizar los bienes protegidos por el derecho constitucional de manera tal que se alcance la mayor libertad social e individual posible para los ciudadanos. Por lo tanto, las disposiciones del derecho civil -al menos en unos casos que vamos a ver ahora mismo- también deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales.

En el caso bajo estudio el § 826 BGB es una **norma de reparación del derecho civil** que obliga a la reparación a quien viole de manera premeditada las **buenas costumbres**. Sin embargo, el termino las "buenas costumbres" constituye un concepto jurídico difuso, sin definición clara y abierta a las interpretaciones, que actúa como una norma-puente entre el derecho civil y la Ley Fundamental. Por consiguiente, los conceptos jurídicos difusos de este tipo deben ser interpretados a la luz de los derechos fundamentales, y concretamente de la libertad de opinión de Lüth. Visto que la interpretación de la norma de reparación por el Tribunal regional de Hamburgo no había tomado en cuenta la libertad de opinión, el Tribunal Constitucional Federal consideró justificado el recurso de amparo constitucional y anuló la sentencia del Tribunal regional.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal agregó asimismo una interpretación conforme a la Constitución del § 826 BGB que había omitido el Tribunal regional de Hamburgo y completó así esta decisión. Para la determinación de los límites de la libertad de opinión se hizo especial referencia a los valores morales y sociales cambiantes en una sociedad como la alemana en los años 50 con respecto a "lo que se hace" y lo que en aquel entonces se consideraba de buena educación o reprochable. A pocos años del fin de la dictadura nazi el lanzamiento de la película generó fuertes controversias y manifestaciones en Suiza, pero también en algunas ciudades alemanas. Dado el pasado del director Harlem, en 1952 la película y su impacto en el exterior fueron objeto de un debate plenario del Bundestag alemán, en el que se llamó a protestar. Por todo esto los jueces de Karlsruhe llegaron a la conclusión que la posición del reclamante Lüth y la opinión manifestada por él que se concretaba en su llamado al boicot, ciertamente no contradecían el espíritu de la época, por lo cual era imposible que atentasen contra las buenas costumbres. Por esta razón no se tendría que haber prohibido el llamado al boicot.

No obstante, el Tribunal Constitucional Federal también dejó sentado que el efecto radiante de los derechos fundamentales y el deber del juez de primera instancia de interpretar el derecho privado de conformidad con la Constitución solo será aplicable en los casos en que el legislador se abstenga de concretar las normas de la legislación ordinaria y de esta manera obligue al juez civil a interpretar y desarrollar **los conceptos jurídicos difusos** y **las cláusulas generales** del derecho privado**.** Ante la ausencia de conceptos jurídicos difusos y de cláusulas generales la eficacia indirecta de los derechos fundamentales no tendría cabida.

El Tribunal Constitucional Federal aclaró en general que la vinculación del juez de primera instancia a los derechos fundamentales (Art. 1 apartado 3 GG) incluye su obligación de examinar, si los derechos fundamentales influirían en las disposiciones aplicables del derecho ordinario. *"Si omite esos criterios, y su sentencia deja por fuera esa influencia del derecho constitucional sobre las normas del derecho civil, violaría entonces no sólo el derecho constitucional objetivo, debido a que desconoce el contenido de la norma que contempla el derecho fundamental (como norma objetiva), sino que además, como portador del poder público, violaría con su sentencia el derecho fundamental, a cuyo respeto tiene derecho constitucional el ciudadano, aun respecto del poder jurisdiccional*."[12]

3. Efectos sobre el derecho privado y evolución de la jurisprudencia

En Alemania la sentencia Lüth generó efectos profundos en la interpretación y configuración del derecho privado con posterioridad al fallo.

El derecho privado en todo el mundo se caracteriza por la relación horizontal, la oposición entre dos sujetos privados del mismo nivel, no entre el Estado y el ciudadano. La doctrina jurídico constitucional tradicional, en cambio, había asimilado la relación entre el ciudadano y el Estado a una relación de superioridad/subordinación. Sin embargo, lo que entra en conflicto en las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado son derechos fundamentales con igual validez para ambas partes particulares. En consecuencia, en la configuración clásica la protección de los derechos fundamentales se hace efectiva a través del legislador que, al estar sometido a los derechos fundamentales de conformidad con el Art. 1 apartado 3 GG, tiene la obligación de concretar las disposiciones jurídico constitucionales en las normas del derecho civil. Debe configurar esas normas de manera tal que se concilien adecuadamente los intereses privados en conflicto. Por lo general el legislador dispone de un amplio margen de definición para lograrlo; luego, sin embargo, la configuración de una norma específica del derecho civil que decida tendrá un efecto vinculante sobre el juez civil.

Los particulares están generalmente habilitados a recurrir a la justicia ordinaria para hacer efectivos sus derechos, porque justamente en el derecho civil la **autonomía privada** constituye uno de los pilares principales del Código Civil. Los particulares están libres de manejar sus asuntos legales por su cuenta y bajo su responsabilidad.[13] La autonomía privada tiene su base jurídica constitucional en los artículos 1, 2, 9 y 14 GG, es decir la dignidad humana y la libertad de acción en general, así como la libertad de asociación y coalición y la garantía de propiedad.

---

[12] Sentencia BVerfGE 7, 198 y ss. – Lüth, nm. 28; "Por consiguiente es de recibo la lesión de un derecho fundamental conforme al derecho subjetivo que habilita la presentación de un recurso de amparo constitucional de conformidad con el Art. 93 apartado 1 numeral 4a GG". [Trad. de la cita: DS; trad. de la cita de la sentencia tomada de: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Fundación Konrad Adenauer, México 2009, p. 205: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf].

[13] Paulus y Zenker, en JuS 2011, 1.

Sin embargo, la autonomía privada y la relación horizontal propias del derecho privado se ven afectadas, si en una relación entre dos particulares una de las partes se encuentra en una posición de evidente superioridad financiera, intelectual, psíquica y física frente a la otra. En este caso se genera un desequilibrio de la relación de fuerzas, similar a la relación entre el ciudadano y el Estado. Dado que en esta constelación, y vista desde la perspectiva del ciudadano que se encuentra en una relación de inferioridad, la parte "superior" –a pesar de tratarse de un particular– ocupa una posición dominante similar a la del Estado, en los años posteriores a la sentencia Lüth el Tribunal Constitucional Federal amplió su jurisprudencia sobre la eficacia indirecta de los derechos fundamentales dirigida a quienes se encuentran en una posición de superioridad.

Siguiendo esta línea el Tribunal, al emitir su **sentencia relativa a las fianzas** / **garantías** (**Bürgschaftsentscheidung**), declaró incompatible con la **autonomía privada** y el **principio del Estado social,** un contrato en el que una mujer de 21 años carente de conocimientos de negocios había prestado una fianza solidaria por un monto aproximado de 120.000 dólares como garantía de los préstamos bancarios de su padre, renunciando al beneficio de excusión y otras excepciones posibles. Los jueces constitucionales fundamentaron su decisión en la **superioridad estructural del banco** y en las condiciones específicas de la negociación en este caso.[14] Es decir, cuando se protege la autonomía privada contra obstrucciones o discriminaciones basadas en una posición de poder, no se trata de una injerencia en la libertad de quien discrimina, sino de garantizar la autodeterminación del ciudadano dependiente de una empresa con predominio en el mercado –en este caso, el banco– conforme al Art. 2 apartado 1 GG (Libertad de acción).[15]

Con esto el tribunal afirma que la ley del más fuerte no debe prevalecer en las relaciones jurídicas privadas. Los intereses conflictivos de las partes deben ser conciliados por la vía de la concordancia.[16] En el juicio sobre la fianza los tribunales civiles habían sido omisos en este sentido.[17] En una constelación en la que una de las partes contractuales goza de un predominio tal que, en los hechos, puede dictar los contenidos del contrato, el derecho tiene el deber de operar a favor de la preservación de los derechos fundamentales específicos de ambas partes con el fin de impedir que para una de ellas el derecho a la autonomía se convierta en una imposición ajena.[18]

En sus decisiones más recientes el Tribunal Constitucional Federal fue aún más lejos y amplió el **efecto radiante** de los derechos fundamentales a **todas las normas del derecho civil**, no solo a aquellas que comprenden cláusulas generales y conceptos jurídicos difusos.[19] Paralelamente con este desarrollo se reduce el uso de la terminología de la "eficacia indirecta

[14] Sentencia BVerfGE 89, 214 (232 y ss.), cit. según Sachs/Murswiek, *GG-Kommentar* [*Comentario de la Ley Fundamental*], 2014, Art. 2, nm. 108b.
[15] *Münchner Kommentar zum BGB*, Introducción, nm. 60-69.
[16] Sentencia BVerfGE 89, 214.
[17] Las cláusulas generales del derecho civil que actúan como normas-puente del derecho constitucional son los apartados 242, 138 (2) y 307 BGB.
[18] Sentencia BVerfGE 103, 89 (100 y s.).
[19] Sentencia BVerfGE 192, 78 (101); sentencia BVerfGE 112, 332 (358); sentencia BVerfGE 142, 74.

frente a terceros" o "efecto radiante". En cambio, se habla más a menudo de una "interpretación conforme a la Constitución" del derecho privado, ahora en su totalidad. Para llevarla a cabo el Tribunal suele proceder en **dos pasos**: primero verifica, si los métodos tradicionales de la interpretación (texto, sistemática, telos e historia) permiten una exégesis de la norma del derecho ordinario en cuestión en tal sentido que sea compatible con los mandatos de la Ley Fundamental. En otras palabras, cada norma jurídica debe ser estudiada con el fin de entender cómo se adapta mejor a los valores constitucionales para formar parte de ella. Como **segundo paso** el Tribunal evalúa la interpretación de las normas ordinarias por los tribunales de la vía ordinaria y la compara con la interpretación que había adoptado en el primer paso.[20]

4. Perspectivas

En la actualidad el problema del efecto vinculante de los derechos fundamentales sobre y entre terceros particulares está más presente que nunca[21]. Pese al concepto de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales frente a terceros en Alemania el efecto vinculante de esos derechos sobre los sujetos privados todavía es menor que el ejercido sobre el Estado, y eso a pesar de la creciente transferencia de tareas públicas –y por ende estatales– a privados. Mencionemos a modo de ejemplo, la contratación de servicios de seguridad privados y la privatización de hospitales y prisiones. Entonces, si las funciones estatales son transferidas a privados, ¿éstas no deberían estar sometidas a los derechos fundamentales en igual medida? De lo contrario el Estado podría deshacerse de su vinculación a los derechos fundamentales mediante la delegación de sus funciones a privados. Para evitar esta "liquidación de los derechos fundamentales" se debe impedir la transferencia de funciones soberanas a privados o generar una integración mayor de los sujetos privados al sistema de garantías de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional Federal reconoce el dilema, y hace algunos años ha comenzado a reaccionar ampliando paulatinamente la vinculación –en un caso incluso inmediata– de los particulares a los derechos fundamentales. Un ejemplo es la llamada **sentencia Fraport**. En este fallo del año 2011 los jueces de Karlsruhe reconocieron el carácter vinculante de los derechos fundamentales sobre una empresa mixta. La empresa Fraport-AG es la operadora del aeropuerto de Fráncfort. Como sociedad anónima está constituida como una sociedad del derecho privado; sin embargo, está dominada por el sector público que poseía el 52% de las participaciones de la sociedad anónima Fraport-AG a la hora de la presentación del recurso. Las restantes participaciones estaban en manos privadas. Un grupo de manifestantes pretendía organizar una manifestación contra deportaciones y distribuir volantes. La empresa Fraport-AG prohibió la manifestación y les denegó a los participantes el derecho de ingreso al aeropuerto. Estos presentaron un recurso de amparo contra la violación de su libertad de reunión (Art. 8 GG) ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal confirmó el efecto vinculante de los derechos fundamentales sobre la empresa Fraport-AG y admitió el recurso. Previo a

[20] Kulick, en NJW 2016, 2236.
[21] Terwiesche, op. cit.

esta sentencia se había reconocido solamente el efecto vinculante sobre empresas de propiedad exclusiva del Estado, es decir con una participación estatal de 100%.[22]

Con la llamada **decisión de los Nibelungos** (**Nibelungen-Beschluss)** de 2015 el Tribunal fue aún más lejos y reconoció incluso el **efecto inmediatamente vinculante de los derechos fundamentales sobre una empresa enteramente privada**. La empresa había prohibido el ingreso de un *flashmob* que pretendía realizar una actividad sin autorización previa en el predio privado de la empresa. Dicho predio se encontraba al final de una zona peatonal y estaba rodeado de consultorios médicos, cafés y estacionamientos. Según el tribunal el espacio –a pesar de ser enteramente privado y no estatal– invitaba a permanecer, al igual que un espacio público. Debido a esta "identidad de funciones" la empresa privada estaba sometida a los derechos fundamentales –la libertad de reunión del *flashmob*– a los que no debía restringir. Se trataba de una decisión muy controvertida entre los jueces, que además suscitó **fuertes críticas** en general, porque se había asignado un peso muy limitado al derecho fundamental de propiedad de la empresa que casi no se había tenido en cuenta en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto.

Se criticaba asimismo que se había quitado importancia a la reserva legal, porque una intervención relevante del derecho de propiedad de la empresa de tal magnitud excedía las facultades del Tribunal Constitucional Federal. Hubiera correspondido que el poder legislativo creara las bases para una ampliación de esta envergadura del carácter vinculante de los derechos fundamentales que ahora casi llegaba al nivel de la eficacia *inmediata* frente a terceros.[23]

Independientemente de las críticas que se manifestaron contra esta jurisprudencia del Tribunal Supremo de Alemania, incluso desde sus propias filas, es evidente que el Tribunal se ocupa cada vez más del poder creciente de los actores no estatales y aspira a garantizar los derechos fundamentales de terceros a través de la ampliación de la eficacia frente a terceros. No obstante, ante el cambio de las relaciones de poder en el país, y visto la profundización de las privatizaciones, el poder legislativo alemán está llamado a ampliar las bases legales para la protección de los derechos fundamentales. Para esto dispone de un amplio margen de valoración y decisión. La interpretación de conformidad con la Constitución justamente no va tan lejos de autorizar a los tribunales a que –haciendo referencia a la mencionada interpretación– interpreten las normas legales en un sentido evidentemente contrario a la voluntad de los legisladores. En ese caso los jueces estarían reclamando competencias, que son privativas del poder legislativo. Estaríamos ante una violación del principio de la división de poderes.

IV. Palabras finales

[22] Finalmente el Tribunal Constitucional Federal consideró justificada la intervención en el derecho de reunión, porque un aeropuerto resulta particularmente propenso a las interferencias y se debe regir por parámetros diferentes a los vigentes en el espacio público en general. Por lo tanto se denegó el recurso de amparo. Sentencia BVerfGE NJW 2015, 2485.
[23] Ibid.

Para concluir, todos nosotros estamos de acuerdo con que nuestras constituciones deberían garantizar el nivel de protección más alto posible de derechos fundamentales. Sin embargo, proteger más el derecho fundamental del uno es proteger menos el derecho fundamental del otro. En consecuencia, como lo hemos visto más arriba, someter un tercero a un efecto vinculante directo e inmediato de los derechos fundamentales para proteger mejor los derechos fundamentales del otro siempre significará una inherencia del Estado en la libre relación de fuerzas entre aquellos terceros. Se trata de una redistribución de fuerzas entre privados por el Estado y por ende una interferencia con su libertad personal. Al final todo se reduce a la pregunta: ¿cuánto „Estado“ necesitamos?. Y ¿Vale más la igualdad o la libertad absoluta?.

Está en mi opinión que incluso frente a los crecientes desafíos para la protección de los derechos fundamentales de nuestros ciudadanos por fenómenos como la privatización de funciones estatales y el creciente poder de grandes empresas multinacionales que conlleva un desequilibrio entre privados, no debería ser la solución una sumisión directa de estos terceros “poderosos” a los derechos fundamentales. Esto significaría encargarles a los privados obligaciones que deberían estar a cargo del Estado. Deberíamos buscar la solución más en dirección de una creciente obligación de protección por parte del Estado, precisamente del legislador, a favor de los derechos fundamentales de los menos poderosos para equilibrar los desbordes más evidentes del poder creciente de otros privados. Pero al final del día, queda vinculado por los derechos fundamentales solo el Estado para dejar al ciudadano el grado más alto de libertad y autonomía privada posible en un Estado social del derecho.