

**Konrad Hesse**

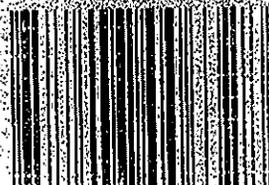
Catedrático emérito de Derecho Público y Eclesiástico  
en la Universidad de Friburgo.  
Magistrado del Tribunal Constitucional alemán  
entre 1975 y 1987.

**DERECHO CONSTITUCIONAL  
Y DERECHO PRIVADO**

Traducción e introducción de  
**Ignacio Gutiérrez Gutiérrez**

La relación entre Derecho Constitucional y Derecho Privado suele ser considerada hoy sobre todo desde la perspectiva de algunos de sus aspectos, entre los que se cuenta en primer lugar la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Civil. Tal influencia es controvertida. Eminentes representantes de la ciencia jurídica, no sólo procedentes del Derecho Privado, han advertido frente a ciertos desarrollos erráticos. Por lo demás, tampoco debería perderse de vista la imagen de conjunto de las relaciones entre Derecho Constitucional y Derecho Privado. Sus rasgos esenciales sólo resultan de una consideración histórica. Conforme a ello, en esta obra se trazan las líneas fundamentales de las relaciones entre Derecho Constitucional y Privado desde la época de las primeras constituciones modernas hasta la actualidad. Con tal esbozo resulta evidente un cambio fundamental de la originaria yuxtaposición de ambos sectores, en principio carente de conexiones, se ha pasado por necesidad interna a una relación de *reciproca* complementariedad y condicionamiento.

ISBN 84-470-0632-8

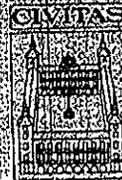


9 783447 006328

**Konrad  
Hesse**

**Derecho  
Constitucional  
y Derecho  
Privado**

K. HESSE - Derecho Constitucional y Derecho Privado



**Cuadernos  
Civitas**

Cuadernos CIVITAS

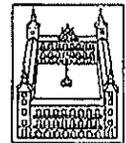
Directores: Manuel Alonso Olea, Rafael Calvo Ortega, Luis Díez-Picazo, Eduardo García de Enterría, Jesús González Pérez, Aurelio Menéndez, Juan Montero Aroca, Gonzalo Rodríguez Mourullo, Rodrigo Uría y Gustavo Villapalos.

Konrad Hesse  
Diplomado en Derecho Público y Eclesiástico  
de Friburgo. Magistrado del Tribunal  
Constitucional alemán entre 1975 y 1987

# Derecho Constitucional y Derecho Privado

Traducción e introducción de  
Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

EDITORIAL CIVITAS, S. A.



Primera edición, 1995

## INTRODUCCION

Título original: *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988 (Schriftenreihe/Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, H. 182).

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 1995, by Konrad Hesse  
Copyright © 1995, de la presente edición al castellano,  
Ignacio Gutiérrez Gutiérrez  
Editorial Civitas, S. A.  
Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid (España)  
ISBN: 84-470-0632-8  
Depósito legal: M. 38.508-1995  
Compuesto en Gráficas Ferven  
Printed in Spain. Impreso en España  
por Closas-Orcoyen, S. L.  
Paracuellos de Jarama (Madrid)

Derecho Constitucional  
y Derecho Privado

Frente a lo que ocurre con la cuestión general de las relaciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado<sup>1</sup>, cuyo comentario ocupa volúmenes, llama la atención que haya recibido hasta ahora un tratamiento tan escaso la relación del Derecho Constitucional con el Derecho Privado. Ciertamente, la eficacia frente a terceros («Drittwirkung») de los derechos fundamentales<sup>2</sup>, la delimitación del Derecho Consti-

---

<sup>1</sup> El fundamental trabajo de M. BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht* (1968), permite ahora evitar planteamientos erróneos en el tratamiento de esta problemática.

<sup>2</sup> Mantienen su valor como referencia fundamental G. DÜRIG, «Grundrechte und Zivilrechtsprechung», en *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky* (1956), págs. 157 y ss.; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht* (1960), esp. págs. 306 y ss. Más recientemente, C. W. CANARIS, «Grundrechte und Privatrecht», *AcP*, 1984, págs. 201 y ss.; W. RÜFNER, «Drittwirkung der Grundrechte», en *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens* (1987), págs. 215 y ss.

estrecha y necesaria entre Derecho Constitucional y Derecho Privado.

Tal relación puede ponerse de relieve con singular claridad en dos direcciones. A veces el Derecho Constitucional puede asumir una 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. De otro lado, el Derecho Constitucional puede limitarse, y esto es la regla, a una función preservadora, de salvaguarda, con la cual protege el Derecho (Privado) *existente* frente a la suspensión y la modificación por parte del legislador. Ambas funciones pueden reconocerse en la trayectoria francesa al comienzo de nuestro período<sup>3</sup>. Frente a ello, la

---

<sup>3</sup> En Francia, la Declaración de Derechos del Hombre y del 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. Más tarde, en la época de la Restauración, una función esencial de la Constitución consistió en la garantía y la defensa del ordenamiento jurídico-privado recién instituido; la Carta de 1814 aseguraba en sus derechos fundamentales los elementos esenciales de ese ordenamiento frente a simples modificaciones o frente a una suspensión. Véanse al respecto D. GRIMM, «Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung», en *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte* (ed. por G. BIRSCH, 1981), págs. 365 y ss.; R. WAHL, «Rechtliche Wirkungen und

evolución del Derecho Privado en Alemania ha guardado escasa relación en todo ese tiempo con el Derecho Constitucional.

Mientras no hubo constituciones, al Derecho Privado no le cabía sino seguir su propio camino. Ello rige particularmente para los dos mayores Estados alemanes, para Prusia hasta la Constitución de 1848, para Austria hasta la Ley Fundamental del Estado de 1867. Apenas fue distinta la situación, sin embargo, allí donde las constituciones surgieron y estuvieron en vigor, primero en los Estados del sur y el centro de Alemania, después en la mayoría de los restantes. En esencia, la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Privado, pese a las mencionadas concordancias de contenido, era aquí por principio de ausencia de vínculos.

Las constituciones estaban lejos de provocar o programar modificaciones del Derecho Privado porque no les correspondía una eficacia vinculante frente al legislador del Derecho Privado<sup>4</sup>. Tampoco podían

---

Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts», *Der Staat*, 18, 1979, págs. 325 y ss.

<sup>4</sup> El cambio de la antigua Sociedad feudal-estamental a la nueva Sociedad burguesa no fue en Alemania obra de una revolución, sino de leyes estatales de reforma y de la Administración estatal (véase al respecto E. W. BÖCKENFÖRDE, «Verfassungsprobleme und Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts», en *Staat, Gesellschaft, Freiheit* [1976], págs. 102 y s.). Las constituciones de los Estados no se proponían, al menos en primer lugar, provocar transformaciones sociales. Así lo muestran con particular claridad las Constituciones de Baviera, Baden y Wur-

desplegar una función protectora y preservadora del Derecho Privado. Para tal función sólo podrían tomarse en consideración los derechos fundamentales; su importancia, sin embargo, fue por demás escasa en todo el período de la Monarquía Constitucional hasta 1918. Los derechos fundamentales no estaban en condiciones de garantizar una ordenación jurídica existente frente al legislador. Ello hubiera presupuesto una primacía de la Constitución capaz de imponerse frente a las leyes ordinarias, algo que ni siquiera tras 1848 se había desarrollado aún. Y todavía menos podía hablarse de una competencia de los jueces

---

temberga, que en primera línea sirvieron para la autoafirmación dinástica y para el aseguramiento de la nueva estatalidad surgida de la gran concentración político-territorial del siglo que comenzaba (véanse E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, I [1957], pág. 317; D. GRIMM, «Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung», en *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. III [1982], págs. 53 y s.; del mismo autor, *op. cit.* en n. 3, pág. 368). En la medida en que las *constituciones* contuvieron determinaciones sobre la supresión de antiguas barreras e instituciones y derogaron el Derecho correspondiente o lo dejaron obsoleto, contribuyeron a la extensión del ámbito de aplicabilidad del Derecho Privado existente. Sin embargo, esto careció de importancia relevante para el *contenido* del Derecho Privado. Lo mismo rige también para preceptos constitucionales como el artículo 19 de la reformada Constitución prusiana de 1850, según el cual debería introducirse el matrimonio civil de acuerdo con una Ley especial. Ello ocurrió finalmente en el año 1874, poco tiempo antes de la Ley del *Reich* sobre el estado civil. Véase al respecto G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat*, I (1912), artículo 19, 2, pág. 361.

para examinar las leyes desde el punto de vista de la compatibilidad de su contenido con la Constitución, esto es, de una facultad judicial de control material<sup>5</sup>. Si se suma la tendencia de la época a interpretar los derechos fundamentales de forma debilitadora y restrictiva, negándoles en definitiva su actual significado, considerándolos orientados contra la Administración y no contra el legislador<sup>6</sup>, entonces resulta claro hasta qué extremo estaba el Derecho Constitucional de aquel tiempo lejos también de desplegar una eficacia protectora del Derecho Privado. En todo caso, debemos inmediatamente añadir que tampoco era necesaria tal eficacia. A nadie se le hubiera ocurrido cuestionar el Derecho Privado o sus principios fundamentales. El Derecho Privado aparecía más bien como el auténtico baluarte de la libertad burguesa, no asentado sobre un Código general elaborado por la misma Nación, como había pedido THIBAUT en 1814, sino sobre el fundamento del «camino interior» de una renovación del Derecho a partir de la conciencia jurídica histórica y científica, cuyo desarrollo había estimulado la Restauración tras el fracaso de una unificación nacional durante el

---

<sup>5</sup> Sobre ello U. SCHEUNER, «Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts», en *Staatstheorie und Staatsverfassung, Gesammelte Schriften* (1976), págs. 633 y ss., esp. 634 y s., 642 y s., 644, 653. Véanse también WAHL, *op. cit.* en n. 3, págs. 328 y ss.; D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866* (1988), págs. 129 y ss.

<sup>6</sup> SCHEUNER, *op. cit.* en n. 5, pág. 654; WAHL, *op. cit.* en n. 3, págs. 329 y s.

Congreso de Viena<sup>7</sup>. Un Derecho Privado liberal en un Estado no liberal: ello pareció posible, como ha mostrado Dieter GRIMM, a partir de la idea de que el Derecho Privado regula las relaciones de los particulares desde el punto de vista de la libertad individual, al margen de las relaciones políticas y las constituciones<sup>8</sup>. Así llegó el Derecho Privado a ser el Derecho constitutivo de la Sociedad burguesa, junto al cual el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria. Le correspondía incluso una primacía material frente al Derecho Constitucional<sup>9</sup>. Como sistema de las esferas y de los límites de la libertad<sup>10</sup>

<sup>7</sup> F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2.<sup>a</sup> ed., 1967), pág. 351.

<sup>8</sup> GRIMM, *op. cit.* en n. 4, pág. 49. Pero GRIMM señala con razón el presupuesto de que el Estado está dispuesto a permitir la puesta en marcha de un Derecho Privado liberal (*loc. cit.*; véase también pág. 22). Característicos resultan, por ejemplo, el AGBGB austríaco de 1811, que codificó un Derecho Privado liberal mientras que el orden político de Austria permaneció arraigado aún largo tiempo en la Restauración, la vigencia del Código de Napoleón en las provincias renanas de Prusia o, más tarde, las codificaciones del Derecho mercantil, de obligaciones y cambiario (al respecto, GRIMM, *op. cit.* en n. 4, pág. 50; del mismo autor, *op. cit.* en n. 3, pág. 371; F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* [1953], págs. 3 y ss.). Véase también BULLINGER, *op. cit.* en n. 1, págs. 44 y s., que se refiere a la concepción del Derecho Privado entonces como un Derecho al margen e independiente del Estado.

<sup>9</sup> GRIMM, *op. cit.* en n. 4, pág. 21; véase también del mismo autor, *op. cit.* en n. 3, pág. 361.

<sup>10</sup> Véase por ejemplo SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I (1840), págs. 331 y s.

asumió parcialmente el papel de los derechos fundamentales, que ellos mismos, como se ha expuesto, sólo con reservas podían desempeñar<sup>11</sup>. En todo caso, esa libertad burguesa era una libertad no política, una libertad de los particulares para disponer de un espacio propio sin intromisiones del Estado<sup>12</sup>. La libertad en las decisiones y en la ordenación de la economía, no importunada por el Estado, resultaba para la burguesía definitivamente más importante que la determinación y la configuración de la política, particularmente tras el fracaso de los esfuerzos del movimiento nacional y democrático de ese siglo en favor de la unificación y de un régimen liberal. El carácter liberal del Derecho Privado no era así el fundamento de una comunidad libre<sup>13</sup>, sino elemento de una simbiosis, que caracteriza todo el período histórico, entre Estado constitucional y «Sociedad regida por el Derecho Privado».

<sup>11</sup> GRIMM, *op. cit.* en n. 3, págs. 370 y ss.; de modo similar, W. LEISNER parte de que el ocaso de las libertades en ámbito político en medida desconocida hasta entonces habría desplazado la fuerza reactiva del movimiento en favor de los derechos fundamentales al ámbito del Derecho Privado (*op. cit.* en n. 2, págs. 28 y s.).

<sup>12</sup> Sobre ello R. SMEND, «Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht», en *Staatsrechtliche Abhandlungen* (2.<sup>a</sup> ed., 1968), págs. 313 y s.; véase además SCHEUNER, *op. cit.* en n. 5, pág. 642. Al diferente desarrollo de los derechos civiles y políticos alude también WAHL, *op. cit.* en n. 3.

<sup>13</sup> Además de que en el siglo XIX alemán no podría hablarse de un significado constitutivo de los derechos fundamentales para el Estado en su conjunto: WAHL, *op. cit.* en n. 3, págs. 347 y s.

No puede olvidarse, en todo caso, la transcendencia de los preceptos orgánicos de la Constitución para el Derecho Privado, ya mencionada al inicio. Hubo de mostrarse hacia fines del siglo XIX. El fruto de este siglo, el Código Civil como codificación de la parte más importante del Derecho Privado para todo el *Reich*, sólo pudo aparecer en el orden federal de este *Reich* refundado en cuanto el Reich disponía de la *competencia legislativa* necesaria al efecto. De acuerdo con el artículo 4.13 de la Constitución del *Reich*, éste sólo tenía la competencia sobre el Derecho de obligaciones y sobre el Derecho mercantil y cambiario. Sólo tras largas discusiones entre el *Reichstag* y el *Bundesrat* se consiguió extender la competencia del *Reich*, conforme a la moción Lasker-Miquel, a todo el Derecho Civil, con lo cual en sustancia se alcanzaba la unidad jurídica también en ese terreno.

Mas allá de esta conexión no se produjo en aquel tiempo una influencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado en el sentido que caracteriza las actuales relaciones entre ambos, sino una notable *influencia del Derecho Privado sobre el Derecho Constitucional*. No cabe apreciarla, sin embargo, en las constituciones y en las leyes. La encontramos más bien en el pensamiento de los juristas. SAVIGNY observó una vez que más importantes que todas las prescripciones son el espíritu y la formación del estamento de los juristas<sup>14</sup>. Desde mediados del

<sup>14</sup> SAVIGNY, «Stimmen für und wider neue Gesetzbücher», *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 3 (1817), pág. 44.

siglo XIX se comprobó también para la doctrina del Derecho Político; en ella, el modelo de la pandectística llegó a constituir un elemento esencial para la aparición y el éxito del positivismo formalista, cuyo predominio sobrevivirá al *Reich* imperial; mediada por la ciencia, tal doctrina influyó también sobre la práctica.

Llevada por C. F. von GERBER y Paul LABAND a un reconocimiento prácticamente ilimitado, esta doctrina aspiraba a un sistema de Derecho Político cerrado en sí mismo y, justo por ello, científico; y, en conexión con esto, a una metodología jurídica estricta. LABAND veía la tarea de la consideración científico-jurídica de la Constitución del *Reich* en el análisis de las relaciones jurídico-públicas recién establecidas, en la determinación de su naturaleza jurídica y en su reducción a conceptos más generales, a los cuales estarían subordinadas. A partir de ello deberían desarrollarse las consecuencias resultantes, y habría de mostrarse su concordancia con las instituciones efectivamente existentes y las disposiciones positivas<sup>15</sup>. Objeto del procesamiento jurídico era, pues, sólo la materia que forma el Derecho positivo, y sus medios sólo eran la elaboración formal de conceptos y la deducción lógica<sup>16</sup>. Para ello, el recurso a los concep-

<sup>15</sup> P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I (1876), págs. VI y s. Detalladamente sobre Laband M. FRIEDRICH, «Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit», *AöR*, 111 (1986), págs. 197 y ss.

<sup>16</sup> «La tarea científica de la dogmática de un determinado Derecho positivo consiste en la construcción de institutos jurí-

tos del Derecho Privado se revela como imprescindible<sup>17</sup>.

Resulta, escribe Laband, «que en el ámbito del Derecho Político retornan numerosos conceptos cuya determinación y elaboración científica se ha producido en el campo del Derecho Privado, pero que, de acuerdo con su esencia, no son conceptos del Derecho Privado, sino conceptos generales del Derecho. Sólo necesitan, en efecto, ser depurados de las notas distintivas específicamente jurídico-privadas. Para un correcto entendimiento de esto último, la simple transposición de conceptos y reglas jurídico-civiles a las relaciones de Derecho Político ciertamente no resulta provechosa. El tratamiento *civilístico* del Derecho Político es un camino errático.

---

dicos, en la reducción de las singulares proposiciones jurídicas a conceptos más generales y, por otro lado, en la deducción de las consecuencias resultantes de tales conceptos» [P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I (5.<sup>a</sup> ed., 1911), pág. IX].

<sup>17</sup> C. F. GERBER, *Über öffentliche Rechte* (1852), págs. 24 y ss. (lo jurídico-privado «en su servicio como entramado fundamental y como trabajo de carpintería para la construcción del entero edificio del Derecho Político», pág. 39); del mismo autor, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865), esp. págs. VII y s. (sobre la importancia del desarrollo de un sistema científico «en el cual se representan las formaciones singulares como desarrollo de una idea fundamental unitaria»). Para la conexión con el Derecho Privado, *Grundzüge* (3.<sup>a</sup> ed., 1880), pág. 221 («la construcción jurídica del Estado y sus elementos tiene que ocuparse, como cualquier construcción jurídica, de la identificación y delimitación de relaciones de voluntad. Como en el Derecho Privado, así también en el Derecho Político es ésta y sólo ésta la tarea del trabajo jurídico»).

Pero bajo la condena del método civilístico se oculta frecuentemente la aversión al tratamiento jurídico del Derecho Político; cuando se pretende evitar los conceptos del Derecho Privado, se están repudiando los conceptos jurídicos en general para sustituirlos por planteamientos filosóficos y políticos. La ciencia del Derecho Privado ha cobrado en líneas generales tanta ventaja sobre todas las demás disciplinas jurídicas que éstas no han de recatarse en aprender de su hermana mayor; con la actual situación de la literatura del Derecho Político, y especialmente del Derecho del *Reich*, es mucho menos de temer que termine resultando demasiado civilística a que sea ajurídica y se hunda al nivel de los comentarios políticos de ocasión»<sup>18</sup>.

No deja de tener gracia el hecho de que esta doctrina sufriera su más eficaz crítica desde el ámbito del Derecho Privado, con la célebre recensión del *Staatsrecht* de LABAND publicada por Otto VON GIERKE, que en todo caso reconocía que la ciencia del Derecho Político podía experimentar «múltiples progresos» con su «íntima asociación a la ciencia del Derecho Privado»<sup>19</sup>. La controversia prosiguió en el

---

<sup>18</sup> LABAND, *op. cit.* en n. 15, págs. VII y s.

<sup>19</sup> A su juicio, puede aprender muchísimo de la hermana mayor para la educación del pensamiento jurídico. Pero debe elaborarse ella misma sus conceptos fundamentales, y en modo alguno puede recibirlos como regalo de la Civilística. Sin duda, los conceptos generales del Derecho se han desarrollado preferentemente en el Derecho Privado. Pero LABAND extrae de la premisa correcta consecuencias erróneas cuando ahora encomienda al Derecho Político tomar en préstamo aquellos conceptos

campo del Derecho Constitucional hasta el profundo debate doctrinal que se produjo en los años veinte de nuestro siglo entre la concepción dominante del positivismo en el Derecho Político y los representantes de la nueva teoría material del Estado y de la Constitución<sup>20</sup>. Las posiciones desarrolladas en tal debate no han perdido su importancia por el paso del tiempo. Por lo demás, en tiempos más recientes el Derecho Constitucional ha recibido de nuevo importantes impulsos procedentes del campo del Derecho Privado, claramente por ejemplo con los trabajos de Theodor VIEHWEG<sup>21</sup> y Josef ESSER<sup>22</sup>. Así

---

del Derecho Privado, depurándolos antes, sin embargo, de las notas distintivas específicamente jurídico-privadas. Pues, naturalmente, una «depuración» no puede incluir en ellos nada que no esté en ellos previamente. Toda prosperidad que pueda brotar de la vinculación de los puntos de vista jurídico-político y jurídico-privado dependerá en primera línea de que la ciencia del Derecho Público preserve frente a la doctrina civilista su plena independencia [O. v. GIERKE, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (reimpresión, 2.ª ed., 1961), págs. 26 y s.].

<sup>20</sup> Detalladamente sobre el mismo U. SCHEUNER, «Die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer in der Zeit der Weimarer Republik», *AöR*, 97 (1972), págs. 349 y ss.; R. SMEND, «Die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer und die Richtungsstreit», en *Festschrift für Ulrich Scheuner* (1973), págs. 575 y ss.; M. FRIEDRICH, «Die Grundlagendiskussion in der Weimarer Staatsrechtslehre», *PVS*, 13 (1972), págs. 582 y ss.; del mismo autor, «Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre», *AöR*, 102 (1977), págs. 161 y ss.

<sup>21</sup> Th. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* (5.ª ed., 1974).

<sup>22</sup> J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung*

se evidencia que sigue siendo válida la tesis de GIERKE de que la ciencia del Derecho Político experimenta múltiples progresos con su asociación a la ciencia del Derecho Privado.

---

*des Privatrechts* (2.ª ed., 1964); *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1970).

## II

Con la época de Weimar se asocian importantes modificaciones en la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Privado.

En todo caso, afectan en menor medida a la primera parte de la Constitución, que regulaba la estructura y las tareas del *Reich*. Como hasta entonces, el *Reich* tenía la competencia legislativa en materia de Derecho Civil. La legislación era asunto del *Reichstag*; al *Reichsrat*, la Cámara federal, le correspondían sólo competencias de concurso relativamente débiles. Innovaciones importantes contenía en cambio la segunda parte de la Constitución, relativa a los derechos y obligaciones fundamentales de los alemanes, cuya exposición ha de limitarse aquí a dos aspectos esen-

ciales, a saber, el alcance y la eficacia jurídica de la garantía de institutos jurídico-privados<sup>23</sup>.

Como ya ocurría en las anteriores constituciones, la propiedad estaba garantizada (art. 153.1). Además aparecían las garantías del matrimonio, de la familia, de la patria potestad y un mandato de igualación jurídica de los hijos no matrimoniales (arts. 119-121), cuyo contenido se correspondía en lo esencial con el actual artículo 6 de la Ley Fundamental, así como una garantía constitucional de la libertad contractual en el tráfico económico «de acuerdo con las leyes» (art. 152.1)<sup>24</sup> y una garantía del derecho a la herencia «de acuerdo con el Derecho Civil» (art. 154.1)<sup>25</sup>. El derecho fundamental a la libertad de expresión fue expresamente extendido a las relaciones laborales y de empleo público (art. 118.1).

Frente a lo que ocurría en épocas precedentes, corresponde ahora a dichas garantías una *función de guía*, de directrices; así ocurre explícitamente con el mandato al legislador para la igualación de los hijos no matrimoniales o con el principio de que el matrimonio se basa en la igualdad de derechos de los

<sup>23</sup> Sobre la problemática de una eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en la época de Weimar y su tratamiento en la literatura, LEISNER, *op. cit.* en n. 2, págs. 293 y ss.

<sup>24</sup> Ligado en el apartado 2 a la prohibición de la usura y al principio que establece la nulidad de los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres.

<sup>25</sup> Véase sobre ello E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, VI (1981), págs. 107 y s., y 112 y ss.

cónyuges. Ciertamente, tales preceptos no fueron entendidos como directamente vinculantes, sino como principios programáticos; debían resultar decisivos cuando se produjera una regulación legal de la materia<sup>26</sup>, pero no fundaban ningún derecho subjetivo. Más importante fue la *función preservadora y protectora* de estos derechos fundamentales. La primacía de la Constitución del *Reich* frente a las leyes de los *Länder* y del *Reich* fue entonces reconocida. En la misma medida, de las citadas garantías resultaba una prohibición de que el legislador ordinario aboliera como tales los institutos de Derecho Privado garantizados<sup>27</sup>. Tal aseguramiento era de enorme importancia práctica, porque los fundamentos del Derecho Privado garantizados ya no resultaban indiscutibles; en el radicalismo de la fase revolucionaria, y también más tarde, habían encontrado una oposición que había de ser tomada en serio.

Por lo demás, y según la doctrina dominante, las mencionadas garantías no estaban aseguradas, sin em-

<sup>26</sup> Véase por ejemplo G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs* (14.ª ed., 1933), sexta nota preliminar a la Segunda Parte (pág. 515). Una vinculación de las instancias aplicadoras del Derecho, en particular de los Tribunales, era admitida en la medida en que las leyes vigentes permitieran un margen de apreciación; el juez está entonces obligado a seguir los principios del artículo 119 de la Constitución del *Reich* como reglas de interpretación (ANSCHÜTZ, *op. cit.*, art. 119, 3, pág. 560).

<sup>27</sup> Véase por ejemplo ANSCHÜTZ, *op. cit.* en n. 26, octava nota preliminar a la Segunda Parte (págs. 519 y s.), art. 119, 1 (página 559), art. 120, 3 (pág. 563), art. 152, 2 (pág. 702), art. 153, 5 (pág. 706), art. 154 (pág. 721).

bargo, frente a limitaciones legales. La libertad contractual conforme a las leyes, la garantía del derecho a la herencia conforme al Derecho Civil: eso significaba que tales garantías se consideraban desde un principio condenadas a la ineficacia<sup>28</sup>. Lo mismo servía para la garantía de la propiedad, por cuanto el artículo 153.1 de la Constitución del *Reich* determinaba que el contenido y los límites de la propiedad resultaban de las leyes; que la garantía de la propiedad no fuera clasificada igualmente entre las condenadas a la ineficacia derivaba sólo del artículo 153.2 de la Constitución del *Reich*, que trazaba límites para la expropiación.

De todos modos, la Constitución del *Reich* desempeñó entonces, gracias a su primacía, un papel no irrelevante para la garantía de los fundamentos esenciales del Derecho Privado en tanto que excluyó la completa abolición de los institutos centrales del Derecho Privado. Que esta prohibición se impusiera en la práctica dependía de la competencia de los jueces para controlar las leyes por su compatibilidad con la Constitución. Tal competencia no había sido prevista por la Constitución del *Reich*, dejando aparte el control de compatibilidad del Derecho del *Reich* y de los *Länder* en la vía del control abstracto de normas de acuerdo con el artículo 13.2; fue rechazada en la deliberación de la Asamblea Nacional, y desde entonces siempre fue cuestionada<sup>29</sup>. El Tribunal del

<sup>28</sup> ANSCHÜTZ, *op. cit.* en n. 26, séptima nota preliminar a la Segunda Parte (pág. 518).

<sup>29</sup> Sobre esto y lo que sigue E. R. HUBER, *op. cit.* en n. 25, págs. 560 y ss. Ha de llamarse particularmente la atención sobre

*Reich* recurrió por primera vez a una facultad de control material «difusa» en la célebre sentencia de 4 de noviembre de 1925<sup>30</sup>; otros tribunales superiores siguieron el mismo camino. Con ello la cuestión quedó en principio decidida para la práctica jurídica, mientras que en la doctrina del Derecho Político siguió siendo uno de los puntos principales de discusión de la época de Weimar<sup>31</sup>. Pero el camino así abierto para imponer la primacía del Derecho Constitucional no adquirió transcendencia concreta alguna en relación con las garantías aquí consideradas.

el proyecto de Ley sobre el control de constitucionalidad de las disposiciones de Derecho del *Reich* de 1926, cuyo contenido coincidía ampliamente con la actual regulación del control abstracto y concreto de normas; caducó con el final de la legislatura del cuarto *Reichstag*.

<sup>30</sup> RGZ, 111, 320.

<sup>31</sup> Más detalladamente sobre ello K. HESSE, «Die Gleichheitsatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung», *AöR*, 109 (1984), págs. 180 y s.

### III

Carecería de sentido ocuparse de la cuestión de las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado bajo el régimen nacionalsocialista. Es cierto que en ese tiempo el Derecho Privado en su conjunto se mantuvo, pese a algunos planes para su radical transformación; pero no cabría hablar de una Constitución que vinculara también a los detentadores del poder, el Estado nada tenía que ver con un Estado Constitucional. Por ello ha de pasarse inmediatamente a considerar la situación bajo la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

Como la Constitución de Weimar, la Ley Fundamental atribuye a la Federación la competencia para la legislación en materia de Derecho Civil (art. 74, núm. 1). Por lo que se refiere al peso de la colabo-

ración de la Cámara federal en la legislación del Derecho Privado, las diferencias en el proceso legislativo existentes entre ambas Constituciones carecen de importancia apreciable. Aparte de ello, del mismo texto de la Ley Fundamental resultan innovaciones considerables que determinan la actual situación del problema de manera decisiva. Afectan a la garantía y a la imposición de la primacía de la Constitución y al modo de vigencia de los derechos fundamentales, así como al elenco de los derechos fundamentales relevantes para el Derecho Privado.

La *primacía de la Constitución* es regulada ahora por la misma Ley Fundamental en el artículo 20.3<sup>32</sup>. Se subraya especialmente de nuevo para los derechos fundamentales en el artículo 1.3. Al mismo tiempo, la Ley Fundamental dispone que todos los derechos fundamentales contienen Derecho inmediatamente aplicable, de forma que han caducado las anteriores diferenciaciones entre derechos fundamentales actualmente aplicables y simples principios programáticos.

La imposición práctica de esta amplia primacía ya no depende de que los jueces asuman una facultad de control material; sobre esto repercute uno de los más importantes factores del nuevo desarrollo también en relación con el Derecho Privado: la creación

<sup>32</sup> Sobre ello R. WAHL, «Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts», *NVwZ*, 1984, págs. 401 y ss.

de una *jurisdicción constitucional* dotada de amplias competencias, que en principio puede controlar cada acto del poder público, y así también las leyes y las resoluciones judiciales, por su compatibilidad con la Ley Fundamental. La competencia de los jueces para controlar las leyes por su compatibilidad material con la Constitución, cuestionada en la época de Weimar, es ahora un deber para cada juez; el rechazo de las leyes, sin embargo, se reserva por principio al propio Tribunal Constitucional (art. 100.1 de la Ley Fundamental).

Por lo que se refiere al *elenco de los derechos fundamentales*, la Ley Fundamental se ha limitado en lo esencial a los derechos fundamentales «clásicos», frente a lo que hiciera la Constitución de Weimar, pero los ha asegurado más firmemente. Como antes, protege importantes fundamentos del Derecho Privado al garantizar «como tales», en la forma ya expuesta, los institutos jurídicos del matrimonio, la familia, la propiedad, la herencia y —al menos de acuerdo con la jurisprudencia constitucional— la libertad contractual<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> La Ley Fundamental no contiene una garantía expresa de la libertad contractual similar a la del artículo 152.1 de la Constitución de Weimar. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, su ejercicio dentro de los límites del «orden constitucional» está en todo caso tutelado por el artículo 2.1 de la Ley Fundamental, como proyección del libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que no lo garanticen otras disposiciones de los derechos fundamentales [BVerfGE 8, 174 (328); 12, 341 (347)]. En el mismo sentido, gran parte de la literatura [véanse por ejemplo F. LAUFKE, «Vertragsfreiheit und Grundgesetz», en

Además, la Ley Fundamental confina la limitación legislativa de estos derechos en márgenes considerablemente más estrechos que los de la Constitución de Weimar. Por otro lado, ha ampliado el círculo de los derechos fundamentales con transcendencia inmediata para el Derecho Privado mediante la imposición de la igualdad de derechos de hombres y mujeres, que, una vez transcurrido el período transitorio del artículo 117.1, despliega plena eficacia. Lo mismo rige para el mandato constitucional de igualdad jurídica de los hijos no matrimoniales (art. 6.5). Finalmente, desde los mencionados presupuestos alcanzan también significado práctico para el Derecho

---

*Festschrift für Lehmann zum 80. Geburtstag*, I (1956), págs. 163 y ss.; J. P. MÜLLER, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts* (1964), pág. 165; MAUNZ-DÜRIG, GG, artículo 2.1, números marginales 53 y s.; Ch. STARCK en v. MANGOLDT-KLEIN-STARCK, GG (3.ª ed., 1985), artículo 2.1, números marginales 99 y s.]. Con razón, H. HUBER ha planteado en cambio la cuestión de si la libertad contractual resulta idónea para ser incorporada de tal modo a un derecho fundamental. Ha respondido negativamente, porque la libertad contractual no puede ser garantizada sino de conformidad con el ordenamiento jurídico, de modo que su garantía constitucional no podría producir consecuencia concreta alguna para el contenido del ordenamiento jurídico-privado [H. HUBER, *Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit* (1966), págs. 4 y ss., esp. págs. 19, 30 y s.]. Le sigue L. RAISER, «Grundgesetz und Privatrechtsordnung», *Verhandlungen des 46. DJT*, II (1967), págs. B 18 y s. Tampoco lo acepta W. FLUME, «Rechtsgeschäft und Privatautonomie», en *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des DJT*, I (1960), págs. 136 y ss.; del mismo autor, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II (3.ª ed., 1979), págs. 17 y ss.

Privado otros derechos fundamentales que carecen de una específica conexión con este ámbito jurídico, como por ejemplo la libertad de creencia y conciencia, la libertad ideológica, la libertad de residencia, la libertad profesional, el derecho de libertad innominado del artículo 2.1 de la Ley Fundamental o el principio general de igualdad.

Ya con esto se aprecian modificaciones frente al pasado. Sin embargo, la transcendencia del cambio que se ha efectuado y se efectúa bajo la vigencia de la Ley Fundamental en las relaciones entre Derecho Constitucional y Derecho Privado sólo puede apreciarse en su totalidad cuando se incluye en la consideración la *jurisprudencia del Tribunal Constitucional* sobre el significado de los derechos fundamentales en el Derecho Privado.

El Tribunal Constitucional, como es sabido, identifica en los derechos fundamentales, junto con su función de defensa frente a las intervenciones del poder público, principios objetivos no sólo del ordenamiento constitucional, sino sencillamente del ordenamiento jurídico en su conjunto: la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden valorativamente neutral, ha erigido en la sección relativa a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores, y ello expresa un reforzamiento de principio de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales. Este sistema de valores debe regir en todos los ámbitos del Derecho; la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos. Así

influye también sobre el Derecho Civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él, todas han de ser interpretadas en su espíritu. Por tanto, también en este ámbito los derechos fundamentales son decisivos tanto para la actividad del legislador como para la de las instancias aplicadoras del Derecho. Todos ellos deben tener en cuenta tal influencia de los derechos fundamentales en la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Si no cumplen con esta tarea, su decisión infringe los derechos fundamentales y puede ser anulada por el Tribunal Constitucional<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> BVerfGE 7, 198, caso Lüth, y jurisprudencia reiterada. Se puntualiza además que el contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el Derecho Privado por medio de los preceptos que rigen directamente tal ámbito jurídico. Al igual que el Derecho nuevo debe resultar acorde con el sistema de valores de los derechos fundamentales, el Derecho anterior subsistente ha de orientarse a tal sistema de valores, del que deriva para él un específico contenido jurídico-constitucional que determina su interpretación en lo sucesivo. Un conflicto entre particulares sobre derechos y obligaciones derivados de tales normas de conducta del Derecho Civil influidas por los derechos fundamentales sigue siendo material y procesalmente un conflicto jurídico-civil. Se interpreta y se aplica Derecho Civil, incluso si su interpretación debe seguir al Derecho Público, a la Constitución. La influencia de los parámetros valorativos de los derechos fundamentales desempeña un papel ante todo para aquellos preceptos que contienen Derecho imperativo; pero también ha de ser tenida en cuenta en el ámbito del Derecho Privado para la interpretación de declaraciones y compromisos negociales, necesaria en el marco de la decisión judicial de conflictos [BVerfGE 73, 261 (268 y s.), Sozialplan]. El juez ha de examinar, por mandato constitucional, si los preceptos de

Con esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha abierto ampliamente el Derecho Privado a la influencia del Derecho Constitucional. Ha contribuido decisivamente a que los derechos fundamentales determinen hoy no sólo la vida estatal, sino toda la vida jurídica en la República Federal, y a que la impregnen hasta en los menores detalles. En varios aspectos, sin embargo, este logro tiene sus costes.

Al Derecho Privado, que hasta ahora determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados, cuyo significado para el caso concreto

---

Derecho Privado que ha de aplicar están influidos por los derechos fundamentales; si es así, ha de tener en cuenta la modificación del Derecho Privado que resulta de ello en la interpretación y aplicación de dichos preceptos. Si no observa tal criterio y su fallo descansa en la desatención a la influencia del Derecho Constitucional sobre las normas jurídico-civiles, entonces no sólo infringe el Derecho Constitucional objetivo: en la medida en que no atiende al contenido de las normas de derechos fundamentales (como normas objetivas), mediante su fallo lesiona, como titular de un poder público, el derecho fundamental a cuyo respeto por parte del Poder Judicial tiene el ciudadano un derecho constitucionalmente fundado. Contra tal sentencia puede acudir al Tribunal Constitucional en la vía del recurso de amparo; aunque éste sólo tendrá que juzgar sobre el «efecto de irradiación» de los derechos fundamentales sobre el Derecho Civil [BVerfGE 7, 198 (205 y ss.); véase también BVerfGE 73, 261 (269), con más indicaciones]].

siempre será de más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del Derecho Privado: la claridad y la certeza jurídicas, necesarias justamente para el tráfico jurídico-privado, resultan afectadas de modo no irrelevante. La falta de claridad se incrementa por la peculiaridad de la constelación de los derechos fundamentales<sup>35</sup>. En efecto, en un conflicto jurídico entre privados *todos* los interesados gozan de la protección de los derechos fundamentales, mientras que en la relación del ciudadano con el Estado tal tutela no corresponde al poder público. Pero si los derechos fundamentales actúan en favor y en contra de todos los que toman parte en una relación jurídico-privada, se producirá ordinariamente una colisión de derechos fundamentales. En caso de conflicto, al Derecho Civil le corresponde así la tarea, sumamente complicada, de encontrar por sí mismo el modo y la intensidad de la influencia de los derechos fundamentales mediante el equilibrio o la ponderación de los derechos fundamentales que entran en consideración. Pero esto es sólo difícilmente compatible con la tarea de un Derecho Privado que satisfaga las exigencias del Estado de Derecho, al que por principio corresponde posibilitar la configuración de las relaciones jurídicas y la solución judicial de los problemas mediante reglas claras, detalladas y determinadas. Además, mediante el recurso inmediato a los derechos fundamentales amenaza con perderse

<sup>35</sup> Véase también sobre lo que sigue RÜFNER, *op. cit.* en n. 2, págs. 220 y s.

la identidad del Derecho Privado, acuñada por la larga historia sobre la que descansa, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales<sup>36</sup>. Aparte de ello, correría peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieran renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal<sup>37</sup>.

Finalmente, una consecuencia delicada de esta jurisprudencia: puesto que el principio jurídico-material de la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Civil llega tan allá como el principio de que, si el juez desconoce tal influencia, ello supone una lesión de los derechos fundamentales impugnabile mediante el recurso de amparo, prácticamente no queda frontera alguna para el recurso de amparo frente a decisiones de los tribunales civiles. La consecuencia es que los jueces del orden civil argumentan ampliamente en sus fundamentos con los derechos fundamentales, y que además se refuerza la tendencia a dejar fluir los derechos fundamentales en el Derecho Privado también allí donde éste en modo alguno depende de ellos<sup>38</sup>. El Tribunal Constitucional cae

<sup>36</sup> WAHL, *op. cit.* en n. 32, pág. 407.

<sup>37</sup> DÜRIG, *op. cit.* en n. 2, págs. 158 y ss., véase también pág. 183. Críticamente LEISNER, *op. cit.* en n. 2, págs. 318 y ss.

<sup>38</sup> W. MÜLLER-FREIENFELS, «Nicht-Ehe auf Grund der Ver-

así en el peligro de convertirse en el supremo tribunal de los conflictos jurídico-civiles y de asumir de este modo un papel que la Ley Fundamental no le ha conferido. Difícilmente constituirían un contrapeso suficiente los considerables obstáculos procesales, el limitado control de las resoluciones judiciales civiles<sup>39</sup> y, en conexión con todo ello, la frecuente inadmisión de recursos de amparo dirigidos contra tales decisiones, así como la práctica del Tribunal Constitucional, que, en su conjunto, tiende a la contención.

No habrá retorno; ni siquiera sería deseable, porque con él se negaría un logro significativo del Estado de Derecho. Lo necesario no es una modificación del Derecho Constitucional vigente, sino un desarrollo que tome más en cuenta las particularidades de la realización de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas y que resulte por ello idóneo para evitar en buena medida los inconvenientes y los peligros expuestos. Estos enraízan finalmente en la aplicación inmediata de los derechos fundamentales en cada relación jurídica particular, aunque puedan también ser descritos como simple consecuencia de la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado<sup>40</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se

---

fassung?», JZ, 1983, 232. Véase también RÜFNER, *op. cit.* en n. 2, págs. 226 y s.

<sup>39</sup> Véase por ejemplo BVerfGE 66, 116 (131), con más indicaciones.

<sup>40</sup> Críticamente LEISNER, *op. cit.* en n. 2, págs. 361 y ss.

ha desarrollado en el marco del control de constitucionalidad de las decisiones de los tribunales civiles. Por ello, la problemática aparece primariamente como relativa a la aplicación del Derecho por los jueces, que en ella han de dar vida a la influencia de los derechos fundamentales y que en esa medida quedan bajo el control del Tribunal Constitucional<sup>41</sup>. Así permanece fuera del campo de visión, o casi, aquel poder que debe realizar en primera línea la influencia de los derechos fundamentales en el Derecho Privado: el poder legislativo, cuyo papel decisivo resulta ya del hecho de ser responsable de los preceptos del Derecho Civil, del «medio» por el que debe desplegarse el contenido jurídico de los derechos fundamentales en el Derecho Privado<sup>42</sup>.

Al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de *transformar* el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, en Derecho inmediatamente

---

<sup>41</sup> Se ha observado justamente que está por aclarar el origen y el contenido exacto que tiene el derecho subjetivo con cuyo apoyo un ciudadano afectado puede hacer revisar la influencia objetiva de un derecho fundamental en la vía del recurso de amparo: G. HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit* (1987), pág. 110. Véase también CANARIS, *op. cit.* en n. 2, págs. 224 y s.

<sup>42</sup> BVerfGE 7, 198 (205). CANARIS ha señalado con razón que el legislador del Derecho Privado está vinculado inmediatamente a los derechos fundamentales (*op. cit.* en n. 2, págs. 212, 222, 245). Al respecto deben tenerse sin duda presentes las particularidades que se detallan en adelante.

vinculante para los participantes en una relación jurídico-privada<sup>43</sup>. A él le compete fundamentalmente cuidar de las múltiples modificaciones a las que obliga la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado. El legislador debe tener en cuenta que ello no puede reducirse a recortar la autodeterminación y la responsabilidad individuales, que la autonomía privada comprende también la posibilidad de contraer por libre decisión obligaciones que los poderes públicos no podrían imponer al ciudadano<sup>44</sup>. En la medida en que los derechos fundamentales también han de ser protegidos en el Derecho Privado, lo que puede hacerse particularmente mediante preceptos imperativos, el legislador, de conformidad con la especial constelación, debe considerar las posiciones jurídico-fundamentales que vengan al caso correspondientes a ambas partes, y, si

---

<sup>43</sup> Véanse también H. HUBER, «Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen», en *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht* (1971), pág. 162; H. EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung* (1961), pág. 81; J. P. MÜLLER, *op. cit.* en n. 33, págs. 177 y s.; RAISER, *op. cit.* en n. 33, págs. B 19 y s. (que considera los derechos fundamentales sólo como principios jurídicos); H. H. RUPP, «Von Wandel der Grundrechte», *AöR*, 101 (1976), págs. 168 y s.; P. SALADIN, *Grundrechte im Wandel* (3.ª ed., 1982), págs. 318 y s.; detalladamente P. BADURA, «Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates im Arbeitsrecht», en *Festschrift für Karl Molitor zum 60 Geburtstag* (1988), págs. 5 y ss.

<sup>44</sup> DÜRIG, *op. cit.* en n. 2, págs. 158 y ss.; FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit. en n. 33, pág. 22; STARCK, *op. cit.* en n. 33, artículo 1.3, número marginal 197; RÜFNER, *op. cit.* en n. 2, pág. 223.

coliden, ordenarlas recíproca y proporcionadamente<sup>45</sup>. También los *medios* de la tutela pueden o deben ser distintos, según el ámbito material en cuestión, a los de la tutela frente a actos de los poderes públicos<sup>46</sup>. Ciertamente, no puede el legislador renunciar a conceptos indeterminados, necesitados de ulterior precisión, y a cláusulas generales. Pero igualmente cierto es que una regulación legal materialmente diferenciadora, que concrete los presupuestos y los efectos de la influencia de los derechos fundamentales, incluso cuando utiliza tales conceptos, conduce a una mayor determinación de la regulación normativa, a mayor claridad, certeza y previsibilidad jurídicas que un recurso inmediato a los derechos fundamentales. En la misma medida se evitan los peligros expuestos de la invasión del Derecho Privado por el Derecho Constitucional. La peculiaridad del Derecho Privado se garantiza mejor. Al juez civil, finalmente, se le libera por principio de la necesidad de una amplia aplicación inmediata de los derechos fundamentales, que por regla general hace imprescindibles problemáticas ponderaciones jurídico-constitucionales. Puede concentrarse de nuevo en su propia especialidad. Evidentemente le incumbe en adelante el control de constitucionalidad de las normas jurídicas aplicables; en su caso, ha de interpretar el Derecho aplicable de conformidad con la Constitución, y debe observar

---

<sup>45</sup> RUPP, *op. cit.* en n. 43, págs. 170 y ss.

<sup>46</sup> RUPP, *op. cit.* en n. 43, págs. 168 y s.; véase también FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit. en n. 33, pág. 21.

los derechos fundamentales como principios objetivos en la precisión de conceptos indeterminados o en la interpretación de cláusulas generales<sup>47</sup>.

Aparte de estos supuestos, la interposición del legislador aparece como el camino adecuado para la tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones y peligros procedentes del ámbito no estatal. Así cumple la Ley su clásica tarea de delimitar la libertad de unos frente a la libertad de los otros. Tal tarea debería ser tomada en serio, incluso cuando pueden existir también razones para preferir su desplazamiento hacia la jurisprudencia. Si la desempeña el legislador con la aprobación de nuevas leyes de Derecho Privado, entonces la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales puede perder su fuerza explosiva con el transcurso del tiempo. Las dudas planteadas por la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho anterior podrían haber sido aclaradas en lo esencial tras cuarenta años de Ley Fundamental; en el Derecho nuevo tal influencia ha de ser atendida desde un principio. Por lo que respecta al control del Tribunal Constitucional, el peso principal se desplaza así del control de la aplicación de las normas en el caso concreto a la cuestión de si el legislador del Derecho Privado ha hecho valer el contenido de los derechos fundamentales mediante las modificaciones precisas, esto es, al control de normas, que, frente a lo que ocurre con el

<sup>47</sup> DÜRIG, *op. cit.* en n. 2, págs. 176 y ss.

control de las decisiones de los tribunales civiles, forma parte de las auténticas tareas de la jurisdicción constitucional. La aplicación inmediata de los derechos fundamentales por los tribunales civiles que siga existiendo ya no debería dar lugar a dificultades serias, al menos si no se pierde de vista que los derechos fundamentales tampoco hoy trazan algo así como las líneas fundamentales del ordenamiento jurídico-privado, sino que siguen siendo garantías *específicas, puntuales*, que sirven a la protección de ámbitos particularmente amenazados de la libertad humana<sup>48</sup>. Sólo si se mantiene su influencia sobre el Derecho Privado en las fronteras así marcadas cabe evitar que el beneficio de una protección general y eficaz de los derechos fundamentales se convierta en la plaga de una inflación de los derechos fundamentales, con la cual el Derecho Privado tendría poco que ganar, y los derechos fundamentales y su verdadero significado mucho que perder<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> BVerfGE 50, 290 (337).

<sup>49</sup> Véase también RUPP, *op. cit.* en n. 45, pág. 171.

#### IV

Si se resume el desarrollo expuesto de las relaciones entre Derecho Constitucional y Derecho Privado hasta la actualidad, muchos podrían entender que queda particularmente de manifiesto la constatación —valorada como progreso o como síntoma de una degeneración, según la posición de quien emita el juicio— de que el Derecho Constitucional ha de concebirse como un lastre para el Derecho Privado en su avance. Pero sería un hallazgo completamente superficial, que además apenas podría explicar satisfactoriamente el cambio histórico de esas relaciones. Frente a ello, la tesis de este trabajo reza: el cambio de las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado expresa un cambio de las tareas, la cualidad y las funciones *de cada uno* de los dos sectores jurídicos, cuyo momento decisivo está seña-

lado por el final de la Primera Guerra Mundial. Este cambio, unido también a una función no modificada del Derecho Privado, ha conducido por necesidad interna desde la originaria yuxtaposición ampliamente incomunicada de ambos ámbitos a una relación de recíproca complementariedad y dependencia.

Por lo que se refiere al *Derecho Constitucional* ya han sido expuestos elementos singulares de su transformación: mientras los derechos fundamentales no desempeñaban ningún papel digno de mención o, como en la Constitución del *Reich* de 1871, absolutamente ninguno, mientras el Derecho Constitucional no tenía un rango más alto que el Derecho de las leyes ordinarias y faltaba una verdadera jurisdicción constitucional, la Constitución no podía alcanzar transcendencia efectiva para la práctica diaria del Estado o para la vida jurídica<sup>50</sup>. Tampoco correspondía entonces a la Constitución una eficacia constitutiva similar a la del principio monárquico, en el que descansaba el Estado Constitucional. Algo distinto ocurrió tras la quiebra de la Monarquía en 1918, que hizo necesario erigir el nuevo orden sobre fundamentos legitimadores también nuevos, identificados ahora ante todo en los derechos fundamentales<sup>51</sup>, y en mucha mayor medida con la creación de la Ley Fundamental. Esta no podía enlazar con ninguna

<sup>50</sup> Véase también FRIEDRICH, *op. cit.* en n. 15, pág. 201.

<sup>51</sup> R. SMEND, «Verfassung und Verfassungsrecht», en *Staatsrechtliche Abhandlungen* (2.ª ed., 1968), págs. 267 y s.; véase también pág. 265.

tradicón asegurada, sino sólo con la más reciente historia alemana, llena de vicisitudes y rupturas; el nuevo orden tenía que ser alzado sobre las ruinas, en el vacío espiritual y político que el nacionalsocialismo había dejado tras de sí. En tales condiciones, le correspondió a la Ley Fundamental el significado de una fundación espiritual de la estatalidad actual. Mucho de lo que en las más antiguas democracias extranjeras ha llegado a ser por larga tradición parte firme y consolidada de su cultura política resulta entre nosotros institucionalmente regulado, protegido y asegurado mediante el control judicial general. Por ello no es casual que la Constitución y sus fundamentos (la dignidad de la persona, las libertades garantizadas en los derechos fundamentales y la igualdad jurídica, los principios del orden estatal, sobre todo los de la democracia y del Estado social de Derecho) hayan experimentado un realce y hayan sido elevados a una autoridad suprema, realmente similar a la de la Biblia. En tanto las prescripciones de la Constitución obligan ahora a todos los poderes del Estado y son parámetro para las decisiones judiciales<sup>52</sup> alcanzan una importancia desconocida hasta hoy para la práctica estatal, incluso para toda la vida de la Comunidad, y así también para el Derecho Privado.

No menos profundas podían ser las transformaciones experimentadas por el *Derecho Privado* en el curso del período histórico aquí considerado. Su

<sup>52</sup> WAHL, *op. cit.* en n. 32, pág. 401.

fundamento es generalmente conocido: la época de la Sociedad burguesa, cuya expresión más tardía es el Código Civil, ha llegado a su fin. En todos los ámbitos vitales que afectan a la suerte de la gran mayoría uniforme de individuos económicamente dependientes y no autónomos ha retrocedido la pretensión de vigencia del Derecho Civil y de su ideal jurídico<sup>53</sup>. En la misma medida han avanzado hasta el primer plano los momentos colectivos y sociales como fuerzas determinantes del orden jurídico. Este desarrollo ha llevado, de manera especialmente clara por ejemplo en el Derecho del Trabajo, a que materias esenciales hayan escapado del ordenamiento jurídico obligatorio para todos los ciudadanos, a la formación de nuevos ámbitos jurídicos y, con ello, a la desintegración de la unidad del viejo sistema de Derecho Privado y de sus clásicos conceptos fundamentales<sup>54</sup>. Se aprecia además en las transformaciones que afectan incluso a la concepción y a la dogmática del Derecho Privado, así como en el cambio de la interpretación de los preceptos jurídico-privados<sup>55</sup>. Y tiene como consecuencia que el

<sup>53</sup> WIEACKER, *op. cit.* en n. 8, pág. 23.

<sup>54</sup> WIEACKER, *op. cit.* en n. 8, pág. 23; véanse también F. v. HIPPEL, *Vom Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts* (1957), págs. 24 y ss.; L. RAISER, «Vertragsfreiheit heute», *JZ*, 1958, 3; FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit. en n. 33, pág. 16; detalladamente W. ZÖLLNER, «Die politische Rolle des Privatrechts», *JuS*, 1988, pág. 31 y ss., también sobre lo que sigue.

<sup>55</sup> WIEACKER, *op. cit.* en n. 8, págs. 18 y ss.; del mismo autor, «Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen», en *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des DJT*, II (1960),

Derecho Privado resulta parcialmente desplazado o conformado por las nuevas formaciones de Derecho Público y social, o queda vinculado a ellas. Tras tal desarrollo está, como nos ha mostrado Franz WIEACKER, un cambio de las concepciones, desde una ética individual de la voluntad y la libertad a una ética social de la responsabilidad solidaria; esto es, no sólo el poder público, sino también la Sociedad y cada uno de sus miembros singulares responden de la existencia social de cada uno de los demás miembros de la Sociedad<sup>56</sup>. Así, la garantía de la existencia de los miembros de la comunidad jurídica y la defensa de los débiles logra también en el Derecho Privado el mismo rango que la persecución de los propios intereses<sup>57</sup>. El Derecho Privado ya no atiende sólo a la autodeterminación individual, sino también a la justicia social, y así cabría decir que se ha desarrollado en una nueva dimensión que está en tensión con la anterior. Ello conduce a la necesidad de una ordenación de ambos principios y transforma ampliamente la cualidad del Derecho Privado, que pasa a ser más que antes un Derecho tutelar, delimitador, que asegura contra el abuso, y con tal tarea se acerca a los demás ámbitos jurídicos.

Tales cambios, aquí sólo sumariamente descritos, no deberían obstruir, sin embargo, la visión de lo que permanece y debe ser conservado en el Derecho

págs. 7 y ss., con la referencia al significado de la tipicidad y de la división del trabajo para el desarrollo del Derecho Privado moderno.

<sup>56</sup> WIEACKER, *op. cit.* en n. 7, pág. 621.

<sup>57</sup> WIEACKER, *op. cit.* en n. 55, pág. 10.

Civil tradicional, aquello que constituye el Derecho Privado como sector jurídico propio e irrenunciable, en particular su significado para la preservación y la garantía de la *personalidad del hombre*, para su autodeterminación y su responsabilidad propia; esto es, aquellos elementos que han hecho del Derecho Privado el baluarte de la libertad.

Aquí debe contarse, en primer lugar, el *aspecto negatorio* comprendido en tal función de preservación y garantía: la personalidad presupone un ámbito en la vida de cada persona que sea en sentido literal «privado», esto es, no público, no referido al Estado ni a una comunidad, un ámbito en el que la persona pueda estar y permanecer aislada, un ámbito tan cerrado a la curiosidad pública de autoridades y medios de comunicación como a la asistencia pública, que no ocasionalmente se asocia a la tutela y a la manipulación. A todos nos resulta familiar en qué medida este presupuesto fundamental de la dignidad y de la libertad del hombre es amenazado en la actualidad; Franz WIEACKER ha hablado de una deshumanización silenciosa<sup>58</sup>. La tarea central que resulta de esto para el Derecho Privado y la jurisprudencia civil, la defensa del derecho de la personalidad, es reconocida por la más reciente jurisprudencia, aunque también puedan aparecer como problemáticos el fundamento de ese derecho y las consecuencias singulares que hayan de detraerse de su lesión<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> WIEACKER, *op. cit.* en n. 8, pág. 25.

<sup>59</sup> Con razón se manifiesta críticamente RAISER, *op. cit.* en n. 33, págs. B 20 y ss.; del mismo autor, «Vertragsfunktion und

De otro lado, pertenece a lo que permanece y debe ser conservado el principio fundamental del Derecho Privado, la *autonomía privada*, en particular en la forma de *libertad contractual*. Constituye, por así decirlo, el aspecto activo y positivo de la personalidad, el ámbito en el que la persona puede actuar como ser autónomo y responsable, en el cual no es lícito convertirla en simple medio para fines sociales.

Por ello existen buenas razones para que la autonomía privada y la libertad contractual estén hoy en el centro de la discusión sobre la situación y el significado del Derecho Civil<sup>60</sup>. Los peligros para su subsistencia se ven predominantemente en la proliferación de reglamentaciones imperativas; en la República Federal, en todo caso, ello resulta menos instrumento de un Estado autoritario todopoderoso que aspecto del moderno Estado social, que en último extremo hace no sólo innecesaria, sino también imposible la configuración responsable y autónoma de la propia vida. TOCQUEVILLE nos describió esta consecuencia hace ya ciento cincuenta años:

---

Vertragsfreiheit», en *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des DJT*, I (1960), págs. 101 y ss., esp. págs. 127 y ss.; véase también CANARIS, *op. cit.* en n. 2, págs. 231 y s.

<sup>60</sup> Básicamente RAISER, *op. cit.* en n. 54, págs. 1 y ss.; además, por ejemplo, H. HUBER, *op. cit.* en n. 33, págs. 11 y ss.; FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit. en n. 33, págs. 1 y ss.; F. RITTNER, «Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb», *AcP*, 1988, págs. 121 y ss. Una visión general del estado de la cuestión ofrece ZÖLLNER, *op. cit.* en n. 54, págs. 333 y ss.

Sobre los ciudadanos, escribe, «se alza un poder inmenso y tutelar que se encarga por sí solo de asegurar sus goces y de velar por su suerte. Es absoluto, minucioso, regular, previsor y benigno. Se parecería a la patria potestad si, como ella, tuviese por objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero, al contrario, no intenta más que fijarlos irrevocablemente en la infancia. Quiere que los ciudadanos gocen, con tal de que sólo piensen en gozar. Trabaja con gusto para su felicidad, pero quiere ser su único agente y su solo árbitro; se ocupa de su seguridad, prevé y asegura sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales asuntos, dirige su industria, regula sus sucesiones, divide sus herencias, ¿no podría liberarles por completo del trastorno de pensar y del esfuerzo de sobrevivir?»

Es así cómo cada día hace menos útil y más raro el empleo del libre arbitrio, cómo encierra la acción de la voluntad en un espacio menor y cómo poco a poco priva a cada ciudadano hasta de la autodefinición...

Tras haber tomado así por turno a cada ciudadano en sus poderosas manos y haberle modelado a su gusto, el soberano extiende sus brazos sobre la sociedad entera y cubre su superficie con una red de pequeñas reglas complicadas, minuciosas y uniformes, a través de las cuales los ingenios más originales y los espíritus más vigorosos no pueden abrirse paso para sobrepasar la multitud. No destruye las voluntades, sino que las ablanda, las dobla y las dirige; raramente fuerza a obrar, pero se opone constantemente a que se actúe; no destruye,

impide nacer; no tiraniza, pero molesta, reprime, debilita, extingue, embrutece y reduce en fin cada nación a no ser más que un rebaño de animales tímidos e industrioses cuyo pastor es el gobierno»<sup>61</sup>.

Esta imagen en negativo deja claro qué peso corresponde a la preservación y a la garantía de la configuración autodeterminada y responsable de la propia vida. Pero sus más importantes presupuestos jurídicos son la autonomía privada y la libertad contractual<sup>62</sup>. Si, desde tal perspectiva, la libertad es ciertamente un fin en sí mismo, entonces los efectos de la configuración autónoma de la vida privada se anteponen como medio sobre todo a la ordenación de la vida económica: dada la complejidad de las actuales circunstancias, el contrato jurídico-privado aparece como una forma de conducir el ordenamiento jurídico más adecuada y más efectiva que la configuración imperativa, además de producir un resultado más justo y mejor. Consecuentemente, Fritz RITTNER ha hablado de una primacía del Derecho Privado<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 2, Parte IV, cap. VI (traducción de R. Volhard) [N. del T.: Traducción al castellano del original francés].

<sup>62</sup> Véanse también v. HIPPEL, *op. cit.* en n. 54, págs. 14 y ss.; ZÖLLNER, *op. cit.* en n. 54, pág. 336.

<sup>63</sup> F. RITTNER, «Über den Vorrang des Privatrechts», en *Festschrift für W. Müller-Freienfels* (1986), pág. 521; véase también, del mismo autor, *Wirtschaftsrecht* (2.ª ed., 1987), § 3, número marginal 21. En términos similares V. HIPPEL, *op. cit.* en n. 54, págs. 51 y ss.

Esto no puede significar que baste con una desregulación general para que se allanen todas las dificultades; y de ello tampoco se sigue ciertamente la necesidad de restaurar el Derecho Civil del siglo pasado, aunque sí quizá cuando menos su tardía justificación. Por más que nos venga impuesto abrir márgenes a la configuración autónoma de los particulares, nunca un mero *laissez faire laissez aller* hará justicia a todas las actuales tareas. Esto ha de valer particularmente en las condiciones actuales, bajo las cuales surgen de la acción privada peligros para todos más frecuentes y mayores que antes, y en cuyo marco el ejercicio del poder privado económico y social —frecuentemente mediante el instituto del contrato— desempeña un papel creciente. La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal supuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite<sup>64</sup>; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de De-

---

<sup>64</sup> FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit. en n. 33, págs. 10 y s.; J. P. MÜLLER, *op. cit.* en n. 33, págs. 176 y s. Sobre la problemática del trazado del límite ZÖLLNER, *op. cit.* en n. 54, págs. 334 y s.

recho Público y Privado<sup>65</sup>. Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX: aquél ofrecía una libertad sólo formal, porque partía de una igualdad sólo formal, que sólo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada. Dado el presupuesto de una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados, ésta es, sin embargo, elemento esencial de la libertad real, y como tal no puede ser sustituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidada que sea.

---

<sup>65</sup> Véase también BULLINGER, *op. cit.* en n. 1, pág. 77.

## V

Si la valoración precedente de la naturaleza y de las tareas del actual Derecho Constitucional y del actual Derecho Privado es correcta, ambos aparecen como partes necesarias de un orden jurídico unitario que recíprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan<sup>66</sup>. En tal ordenamiento integrado, el Derecho Constitucional resulta de importancia decisiva para el Derecho Privado, y el Derecho Privado de importancia decisiva para el Derecho Constitucional.

Importancia decisiva del *Derecho Constitucional* para el Derecho Privado: eso no significa, sin em-

---

<sup>66</sup> Véanse también RAISER, *op. cit.* en n. 33, pág. B 8; BULLINGER, *op. cit.* en n. 1, págs. 76 y s.

bargo, que la Constitución hoy haya devenido fundamento de todo el Derecho y por ello también del ordenamiento jurídico-privado. La Constitución no es, por acudir a una observación irónica de Ernst FORSTHOFF, «el origen del mundo, la célula jurídica germinal de la que todo procede»<sup>67</sup>. Ciertamente, están en el centro del Derecho Constitucional y del Derecho Privado los mismos hombres, en ambos casos se trata de lograr un orden justo para la convivencia humana. Pero, como muestra una simple mirada a la Historia, el Derecho Privado deriva en mayor medida de otras fuentes que del Derecho Constitucional. Incluso si ya no se encarna en un sistema cerrado, aislado de las demás partes del ordenamiento jurídico, sigue siendo un sector jurídico *autónomo*<sup>68</sup>. Y la Constitución es ciertamente el *orden jurídico fundamental* de la Comunidad. Pero en forma alguna regula todo, sino sólo singulares aspectos —por lo general particularmente importantes— de la vida estatal y social, abandonando el resto de la

<sup>67</sup> E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft* (1971), pág. 144. Muy claramente también WAHL, *op. cit.* en n. 32, pág. 409.

<sup>68</sup> Ciertamente no en el sentido del modelo de una autonomía por así llamarla autárquica, apolítica, ajena a valores. Como ha mostrado L. RAISER, el Derecho Privado toma parte en la tarea que corresponde a todo el Derecho de reforzar instituciones y desarrollar procedimientos que posibiliten un equilibrio en las tensiones y en los conflictos de la sociedad actual; al efecto debe orientarse a los valores vinculantes para toda la comunidad política (*op. cit.* en n. 33, pág. B 30). Véase también RITTNER, *op. cit.* en n. 60, págs. 105 y s.

configuración a los poderes estatales por ella constituidos, en particular al legislador democrático.

Por ello, el significado del Derecho Constitucional para el Derecho Privado consiste en *singulares* funciones de garantía, orientación e impulso.

La Ley Fundamental contiene, en primer lugar, condiciones para la efectividad real de importantes institutos jurídico-privados<sup>69</sup> y los protege de una supresión o de un vaciamiento por medio de la Ley<sup>70</sup>; ofrece así un aseguramiento de los fundamentos del Derecho Privado que éste por sí mismo no podría producir, de actualidad por ejemplo para las garantías del matrimonio y de la propiedad. Además garantiza fundamentos del Derecho Privado —de nuevo aquí con la vinculación reforzada del Derecho Constitucional— en cuanto tutela la personalidad libre y autodeterminada mediante los derechos de libertad y mediante el derecho general de la personalidad (art. 1.1 en relación con el art. 2.1)<sup>71</sup>, una protección que se muestra como particularmente necesaria para dominar los nuevos modos de irrupción en el ámbito de la personalidad, y que por ello Ernst BENDA ha calificado como la cuestión constitucional esencial de nuestro tiempo<sup>72</sup>. Protege la

<sup>69</sup> BULINGER, *op. cit.* en n. 1, pág. 113.

<sup>70</sup> Sobre tal función de protección BVerfGE 24, 367 (389) —para la propiedad—, BVerfGE 31, 58 (69 y s.) —para el matrimonio.

<sup>71</sup> BVerfGE 65, 1 (41 y s., con más indicaciones).

<sup>72</sup> E. BENDA, «Privatsphäre und Persönlichkeitsprofil», en *Festschrift für W. Geiger zum 65 Geburtstag* (1974), pág. 33.

persona y su libertad no sólo frente a intervenciones estatales, sino también de lesiones que no proceden del Estado, porque en los derechos singulares apoya obligaciones de tutela que hoy han conseguido trascender a la actualidad ante todo con referencia a la protección de la vida y de la integridad física de la persona <sup>73</sup>.

Junto con la preservación, el apoyo y la garantía del Derecho Privado preexistente, y de sus fundamentos, corresponde al Derecho Constitucional una función de guía. Ya se han mencionado los mandatos relativos a la igualdad de derechos de hombres y mujeres y a la igualdad de los hijos no matrimoniales. Además, el Derecho Constitucional ofrece al Derecho Privado «directrices e impulsos» <sup>74</sup> que son considerablemente importantes en particular para una evolución adecuada del Derecho Privado. El Derecho Constitucional reacciona en general con rapidez a los cambios de la realidad; gracias a la amplitud y apertura de sus normas está en situación de tener en cuenta las transformaciones de los presupuestos y de las exigencias más rápidamente y más fácilmente que el Derecho Privado. Debido a su influencia sobre el Derecho Privado, se convierte así en un

<sup>73</sup> Véanse sobre ello CANARIS, *op. cit.* en n. 2, págs. 255 y ss.; HERMES, *op. cit.* en n. 41, esp. págs. 43 y ss., 187 y ss.; G. ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht* (1987), págs. 121 y ss.; BADURA, *op. cit.* en n. 43, esp. págs. 10 y ss. (para las relaciones laborales).

<sup>74</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

medio para su desarrollo. De este modo puede actuar como motor de un cambio también de la legislación y de la jurisprudencia jurídico-privadas.

La garantía de institutos jurídico-privados, la salvaguarda de obligaciones estatales de tutela y también la citada función de guía pueden ampliar y reforzar la libertad jurídico-privada entendida como autodeterminación individual. Pueden también tener transcendencia para los nuevos componentes sociales del Derecho Privado, conduciendo de este modo a vinculaciones en el ejercicio de los derechos y a limitaciones de la autonomía privada. En ambas direcciones impide la Constitución que el péndulo oscile en demasía; produce así una cierta concordancia objetiva entre el orden del Estado social de Derecho y el contenido del ordenamiento jurídico-privado.

No menos decisiva es la transcendencia del Derecho Privado para el orden constitucional de la Ley Fundamental.

Esto se apoya, en primer lugar, en el desarrollo de las relaciones y de los ámbitos vitales garantizados por los derechos fundamentales <sup>75</sup> mediante el Derecho Privado: frecuentemente sólo tal desarrollo posibilita el ejercicio de los derechos fundamentales, y a menudo contiene también concreciones sobre el sentido de los derechos fundamentales. Ello está a la vista en las garantías del matrimonio, de la familia,

<sup>75</sup> Sobre ello P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG* (3.<sup>a</sup> ed., 1983), págs. 180 y ss.

de la propiedad o de la herencia, que sin las reglas más detalladas del Derecho Privado no podrían desarrollarse ni tener efecto alguno. En medida similar vale para otras garantías, como por ejemplo para la libertad contractual<sup>76</sup> o para la libertad de asociación, cuyo objeto, la vida y actividad de asociaciones y sociedades, presupone la ordenación jurídica del Derecho Civil.

De otro lado, pero ante todo, un Derecho Civil que descansa sobre la protección de la personalidad y sobre la autonomía privada forma parte de las condiciones fundamentales del orden constitucional de la Ley Fundamental. La libertad privada de la persona, que el Derecho Civil presupone y para cuya preservación y desarrollo dispone normas y procesos jurídicos, es requisito indispensable para las decisiones responsables y para la posibilidad misma de decidir<sup>77</sup>. Ello funda la enorme transcendencia del Derecho Privado para el Derecho Constitucional. En la autodeterminación y en la propia responsabilidad se manifiesta en parte esencial el tipo de persona del que parte la Ley Fundamental y del que depende el orden constitucional.

Tal tipo humano no es aquel que nos ha descrito TOCQUEVILLE como consecuencia de la era de la

---

<sup>76</sup> Entretanto ésta se considere, como hace la jurisprudencia, constitucionalmente garantizada; véase *supra*, n. 33.

<sup>77</sup> Véase también BVerfGE 65, 1 (43 —la autodeterminación como elemental condición funcional de una comunidad democrática apoyada sobre la capacidad de acción y cooperación de sus ciudadanos).

igualdad: hombres que en absoluto han de cuidar ya de sí o de responder por sí mismos, y a los cuales una autoridad tan bienintencionada como poderosa priva incluso de pensar. Del otro lado, tampoco es el tipo humano que Gustav RADBRUCH ha elaborado como presupuesto del orden jurídico desde la época de la Ilustración y del Derecho Natural: el individualista prudente e interesado<sup>78</sup>, el hombre atento y alerta para el cual fue escrito el Derecho Privado y al que el Estado debe dejar tranquilo, porque de su inteligente egoísmo cabe esperar que por sí solo utilizará tal tranquilidad del modo más provechoso<sup>79</sup>. Es, más bien, el tipo de hombre como «persona»: un ser de valor inalienable, determinado al libre despliegue de su personalidad, pero al mismo tiempo referido y ligado a la comunidad<sup>80</sup> y por ello también llamado a colaborar responsablemente en la organización de la convivencia humana.

El hombre como persona libre, autodeterminada y responsable sólo puede existir donde el ordenamiento jurídico abre posibilidades para la autonomía del pensamiento y de la acción. Justo esto es una, si no la esencial función del Derecho Privado, que así aparece como condición fundamental del orden constitucional. Ello rige para la vida personal de los

---

<sup>78</sup> G. RADBRUCH, «Der Mensch im Recht», en *Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts* (1957), págs. 12 y ss.

<sup>79</sup> Sobre ello SMEND, *op. cit.* en n. 12, pág. 313.

<sup>80</sup> BVerfGE 4, 7 (15), y jurisprudencia reiterada.

hombres. Rige para ellos como ciudadanos de una democracia liberal; puesto que quien no es capaz de decidir sobre sus asuntos o no está dispuesto a ello y quien no debe responder de sus propias acciones difícilmente podrá coestionar adecuada y responsablemente los asuntos de transcendencia general. Rige finalmente para la vida de la comunidad en su conjunto, a la cual todos están vinculados como hombres y ciudadanos. Sólo en hombres que piensan, juzgan y actúan por sí mismos descansa el potencial de nuevas ideas, concepciones e iniciativas irrenunciable para tal comunidad, sin las cuales ésta con el tiempo habrá de empobrecerse, si no fosilizarse, cultural, económica y políticamente<sup>81</sup>, y de las cuales dependerá de forma creciente en un tiempo de cambios fundamentales como el nuestro.

---

<sup>81</sup> Véase también RAISER, *op. cit.* en n. 33, pág. B 31.