



Revista Derecho del Estado  
ISSN: 0122-9893  
ISSN: 2346-2051  
Universidad Externado de Colombia

## La *Drittewirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales<sup>\*\*\*</sup>

---

BOROWSKI, MARTIN

La *Drittewirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales<sup>\*,\*\*</sup>

Revista Derecho del Estado, núm. 45, 2020

Universidad Externado de Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337662821001>

DOI: 10.18601/01229893.n45.01

## Artículos

# La *Drittewirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales<sup>\*-\*\*</sup>

The *Drittewirkung* viewed in the context of the transformation of moral rights into basic rights

MARTIN BOROWSKI borowski@jurs.uni-heidelberg.de  
Universidad Karl, Alemania

Revista Derecho del Estado, núm. 45,  
2020

Universidad Externado de Colombia

Recepción: 18 Febrero 2019

Aprobación: 07 Octubre 2019

DOI: 10.18601/01229893.n45.01

CC BY

**RESUMEN:** La construcción conceptual de la *Drittewirkung* ha desempeñado un papel de suma importancia en la historia de la dogmática alemana de los derechos fundamentales. En este trabajo se analizarán las clásicas construcciones que han presentado este concepto dentro de la jurisprudencia y el debate académico. Asimismo, el autor propone ampliar el concepto de la *Drittewirkung* con el objetivo de adecuarla a los nuevos retos presentados por los derechos fundamentales. Esto último, por medio de la teoría de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales, eficacia horizontal, *Drittewirkung*, derechos morales, terceros.

**ABSTRACT:** The conceptual construction of the *Drittewirkung* has played an important role in the history of the German dogmatic of the fundamental rights. In this paper will be analyzed the classical constructions of the *Drittewirkung* in the jurisprudence and in the academic debate. Likewise, the author proposes to widen the classical conception of the *Drittewirkung* in order to adapt it to the new challenges that face the basic rights. The latter, will be achieved through the theory of the transformation of moral rights into basic rights.

**Keywords:** Basic rights, Horizontal effect, *Drittewirkung*, Moral rights, Third parties.

## SUMARIO

1. La *Drittewirkung* de los derechos de la Ley Fundamental; 1.1 La contraposición de la *Drittewirkung* "inmediata" y "mediata" de los derechos fundamentales; 1.1.1 La *Drittewirkung* inmediata de los derechos fundamentales; a) Los particulares en el lugar del Estado como destinatarios de los derechos fundamentales; b) La tesis de la *Drittewirkung* inmediata entre particulares; 1.1.2 La *Drittewirkung* mediata de los derechos fundamentales; 1.1.3 La contraposición de la *Drittewirkung* inmediata y la mediata; 1.2. La *Drittewirkung* producto de los derechos frente al Estado; 1.2.1 La idea fundante; 1.2.2 Derechos constitucionales de defensa y de protección; 1.2.3 Derechos a legislación;
2. La *Drittewirkung* y la transformación de derechos humanos morales en derechos fundamentales; 2.1 Los derechos fundamentales; 2.2 Derechos humanos; 2.2.1 Los derechos humanos y el mandato de su transformación en derecho; 2.2.2 ¿Existe la *Drittewirkung* para los derechos humanos como derechos morales?; 2.2.3 Implicaciones de la transformación para la *Drittewirkung*;
3. Conclusión.



## INTRODUCCIÓN

Bajo el concepto de *Drittewirkung*, dentro del ámbito de los derechos fundamentales y los derechos humanos, se entiende el efecto de las relaciones horizontales entre derechos, es decir, las relaciones entre *particulares*<sup>1</sup>. Al dar un vistazo a la *Drittewirkung* es necesario diferenciar tres preguntas. La primera se refiere a la *existencia* de la *Drittewirkung*, a saber, ¿le corresponde realmente una eficacia horizontal a los derechos fundamentales y a los derechos humanos? Si esta respuesta es afirmativa, surge entonces la segunda pregunta, aquella relativa a la *construcción* de la *Drittewirkung*. La segunda pregunta deberá permanecer presente en el siguiente trabajo. Finalmente, la tercera pregunta se refiere a la *fuerza* de la *Drittewirkung*. Para formularla de manera más precisa: ¿son afectadas las relaciones entre particulares de manera decisiva o solamente en poca medida por los derechos fundamentales y los derechos humanos?<sup>2</sup>

La *Drittewirkung* de los derechos fundamentales fue uno de los grandes temas de la teoría jurídica del Estado (*Staatsrechtslehre*) en el período inicial de la Ley Fundamental de Bonn. En esta discusión se encuentran en oposición, principalmente, dos concepciones, la "*Drittewirkung inmediata*"<sup>3</sup> y la "*Drittewirkung mediata*".<sup>4</sup> Esta controversia repuntó todavía más después de que el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) en la sentencia del caso "Lüth" se haya decantado por la "*Drittewirkung mediata*", y por ello, rechazó la "*Drittewirkung inmediata*". Para una cuestión sistemáticamente central y prácticamente significativa como el efecto horizontal de los derechos fundamentales no era de esperarse que los análisis y las críticas enmudecieran completamente. Esto es así en tanto la construcción de la *Drittewirkung*, en el sentido de una "*Drittewirkung mediata*", desde un inicio no conseguía convencer a todos. En razón del hecho de que la "*Drittewirkung mediata*" como "opinión dominante" de la construcción de la *Drittewirkung* proviene de una de las primeras etapas de la dogmática de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental -a saber, esencialmente en los años cincuenta<sup>5</sup> del siglo pasado- existen motivos importantes para revisar nuevamente de manera crítica esta figura ante el trasfondo de los nuevos puntos de vista en la dogmática de los derechos fundamentales. En este contexto, se indicaría solo el desarrollo de la teoría de los deberes de protección de los derechos fundamentales, a la cual se volverá más adelante<sup>6</sup>.

En vista de que no es posible abarcar el aluvión de posiciones literarias relativas a la cuestión de la *Drittewirkung*, permanece, sin embargo, en cada nueva contribución la pregunta en el aire: ¿entonces qué hay nuevo por decir? Primero, se puede afirmar que en la discusión fundamental sobre la *Drittewirkung* bajo la Ley Fundamental no se ha dicho todo: esto aplica especialmente para la dimensión del deber de protección de los derechos fundamentales, cuyo significado para el "problema de la *Drittewirkung*" se subraya con razón frecuentemente, pero sobre el cual de ninguna manera existe claridad. Segundo, constituye un nuevo reto la

creciente apertura del punto de vista sobre los derechos fundamentales del derecho europeo. Era de esperarse que la entrada en vigor de la reforma del Tratado de Lisboa, con el cual la Carta Europea de Derechos Humanos consigue el rango de derecho europeo primario a través de una cláusula de incorporación en el art. 6, párr. 1 del Tratado de la Unión Europea, avive nuevamente intensas discusiones sobre la dogmática de los derechos fundamentales en el derecho europeo. Especialmente queda en espera la cuestión en torno a si el Tribunal Europeo de Luxemburgo, el cual en la interpretación de una gran serie de disposiciones del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ha aceptado una "Drittewirkung inmediata"<sup>7</sup>, considere esta construcción también para la interpretación de los derechos de la Carta.

En este artículo se preferirá un punto de vista más allá de lo que usualmente sucede. Junto a los derechos fundamentales nacionales deberán observarse no solo los derechos fundamentales y europeos, sino, sobre todo, los derechos humanos, en el sentido de derechos morales, los cuales están detrás de todas las formas de derechos fundamentales<sup>8</sup>. Desde esta perspectiva, en adelante será claro que la institucionalización de los derechos fundamentales no constituye meramente el producto de una decisión contingente para la creación de derecho positivo, sino que tiene su fundamento en la transformación de los derechos humanos, como derechos morales, en derechos fundamentales como parte del derecho. Antes de que puedan ser abordadas más de cerca las implicaciones de la transformación de los derechos humanos morales en derechos fundamentales para la cuestión relativa del efecto horizontal de estos derechos, es válido desglosar a continuación las distintas posiciones relativas a la *Drittewirkung*.

## 1. LA Drittewirkung DE LOS DERECHOS DE LA LEY FUNDAMENTAL

En relación a la pregunta de "si" existe la *Drittewirkung*, actualmente<sup>9</sup> hay unanimidad respecto a que a los derechos de la Ley Fundamental no se les puede negar el efecto horizontal<sup>10</sup>. Lo que el Estado prohíbe o permite al individuo en las relaciones verticales también influye en las relaciones entre particulares. El argumento substancialmente central para la existencia de la *Drittewirkung* de los derechos fundamentales yace en que los intereses de libertad e igualdad del individuo, protegidos por las disposiciones constitucionales, no se encuentran solamente amenazados por peligros originados por el Estado, sino también por los particulares con similar poder. De tal manera que el individuo, por ejemplo, como trabajador, puede encontrarse del mismo modo indefenso ante el empleador económicamente poderoso que ante el Estado<sup>11</sup>. Estas relaciones asimétricas de poder económico se presentan también en otras situaciones, algo así como entre el arrendador y el arrendatario o el banquero y sus clientes<sup>12</sup>. Después de que la pregunta de "si" existe una *Drittewirkung* de los derechos de la Ley Fundamental puede ser contestada

de forma afirmativa, esto permite poner de relieve la cuestión de la construcción del *Drittewirkung*<sup>13</sup>.

Al abordarse el tema de la *Drittewirkung*, debe estudiarse en primer plano, la contraposición de la *Drittewirkung* "inmediata" y "mediata". Sin embargo, esta contraposición no satisface de ninguna manera todas las posibles construcciones. Un candidato sumamente prometedor para la construcción de la *Drittewirkung* es la concepción de la "Drittewirkung producto de los derechos frente al Estado".

### *1.1 La contraposición de la Drittewirkung "inmediata" y "mediata" de los derechos fundamentales*

La distinción clásica entre la *Drittewirkung* "inmediata" y "mediata" puede rastrearse en las primeras discusiones entre Günter Dürig<sup>14</sup> y Hans Carl Nipperdey<sup>15</sup>.

#### *1.1.1 La Drittewirkung inmediata de los derechos fundamentales*

Dentro de la concepción de la *Drittewirkung* inmediata de los derechos fundamentales se deben diferenciar dos variantes.<sup>16</sup> De acuerdo con la primera variante, los "derechos de terceros" entran llanamente en el lugar del Estado como destinatario de los derechos fundamentales, mientras que en la segunda variante son modificados los efectos de los derechos en la relación horizontal de cara a los efectos verticales, esto es, entre el Estado y los particulares.

a) Los particulares en el lugar del Estado como destinatarios de los derechos fundamentales

La solución más sencilla del problema de la *Drittewirkung* consiste en que la diferencia entre los particulares se superpone de igual manera con la relación vertical entre el Estado y el particular<sup>17</sup>. Aquellos particulares que representen un peligro para los bienes constitucionales de otros estarían vinculados a los derechos fundamentales de igual manera que el Estado. Esta simple transferencia del efecto vertical de los derechos fundamentales al efecto horizontal entre particulares es, sin embargo, criticada con objeciones de peso desde una perspectiva estructural y substancial. En primer lugar, el Estado está generalmente facultado a través de cláusulas de restricción para limitar los derechos fundamentales. Las cláusulas de restricción exigen por lo tanto una limitación a través o con fundamento en la ley<sup>18</sup>. Los particulares, por el contrario, no pueden promulgar ninguna ley, en esto solamente el Estado está facultado<sup>19</sup>. En segundo lugar, desde una perspectiva substancial es claro que los deberes constitucionales de dos portadores de derechos fundamentales - dos particulares- no pueden ser idénticos a los deberes constitucionales entre un mero obligado por los derechos fundamentales -el Estado- y el portador -el particular-.<sup>20</sup> Al individuo le corresponde autonomía individual, a diferencia del Estado que está obligado a la neutralidad, de tal

manera que su vincula-toriedad con los derechos fundamentales relativiza de manera notable, desde una mirada estructural, todas las reglas.

b) La tesis de la *Drittewirkung* inmediata entre particulares

Los defensores de la *Drittewirkung* inmediata ven esta construcción de manera absoluta. Sin embargo, reconocen que la vinculatoriedad de los derechos fundamentales entre particulares tiene otro alcance y fuerza legal que la del Estado en las relaciones verticales<sup>21</sup>. A pesar de todas las modificaciones necesarias de cara a la vinculatoriedad del Estado, los defensores insisten en que los derechos fundamentales son eficaces directamente en las relaciones de derecho entre particulares<sup>22</sup>. Por ello, los particulares no solamente son portadores de derechos fundamentales, sino además, desde una mirada técnica, también en alguna medida destinatarios. Los argumentos a favor y sobre todo en contra de la *Drittewirkung* inmediata se pueden encontrar en innumerables contribuciones. Aquí podemos y debemos desglosar de manera rápida solamente los aspectos centrales.

Para la *Drittewirkung* inmediata se cita en primer lugar el art. 1, párr. 2 de la Ley Fundamental. Esta disposición señala: "El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo".

El pasaje "fundamento de toda comunidad humana" podría ser visto como un indicio de que los derechos mencionados también son efectivos entre particulares. Los "derechos humanos", en el sentido de esta disposición, no son, sin embargo, los derechos de la Ley Fundamental, sino todos aquellos derechos morales detrás de las disposiciones que contienen derechos fundamentales<sup>23</sup>. Se mostrará que la transformación de los derechos humanos en derechos fundamentales habla de manera más fiel para otra variante de la *Drittewirkung*, una *Drittewirkung* producto de los derechos frente al Estado.<sup>24</sup>

En la discusión sobre la *Drittewirkung* inmediata se concede generalmente que en la Ley Fundamental hay disposiciones constitucionales -en tres casos concretamente- que ordenan textualmente una *Drittewirkung* inmediata entre particulares<sup>25</sup>. En lugar de ampliar esto a los demás derechos fundamentales, se toma la conclusión inversa, es decir, que a los derechos fundamentales por regla no les corresponde una *Drittewirkung* inmediata; por ello, debe ser ordenada textualmente en los casos extraordinarios que se requiera<sup>26</sup>.

Además, los defensores de la *Drittewirkung* inmediata refieren que los derechos fundamentales, tradicionalmente dirigidos al Estado, habrían experimentado un "cambio de significado"<sup>27</sup>. De manera amplia se dirige contra el empleo de la *Drittewirkung* inmediata el desarrollo histórico de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales habrían sido desarrollados como una reacción del ordenamiento jurídico frente a las intrusiones del Estado en la libertad y la propiedad de los individuos<sup>28</sup>. Por ello, es rechazada al menos de manera implícita la tesis del "cambio de significado". También la voluntad de las cámaras

parlamentarias del constituyente alemán después de la Segunda Guerra Mundial consecuentemente ha señalado que el sentido de los derechos fundamentales debería consistir en la protección del individuo frente al Estado<sup>29</sup> y no del mismo modo que de un particular frente a otro particular.

Un argumento verdaderamente fuerte contra la *Drittewirkung* inmediata se encuentra finalmente en la letra del art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental: "Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable".

Aquí se mencionan solamente tres poderes del Estado como destinatarios de los derechos fundamentales, pero no los particulares<sup>30</sup>. Sin poder valorar de manera conclusiva los argumentos a favor y en contra de la *Drittewirkung* inmediata, se mencionará aquí únicamente que la *Drittewirkung* inmediata de los derechos fundamentales sólo se defiende en escasas ocasiones<sup>31</sup>.

### 1.1.2 *La Drittewirkung mediata de los derechos fundamentales*

El Tribunal Constitucional Federal Alemán da por sentado, como ya se vio, desde la sentencia del caso Lüth, la *Drittewirkung* de los derechos fundamentales en su forma mediata<sup>32</sup>. Esta *Drittewirkung* mediata subyace en el efecto irradiante de los derechos fundamentales. De acuerdo a la tesis del efecto irradiante, los derechos fundamentales son normas fundantes valorativamente determinantes, que irradian en todo el ordenamiento jurídico e influyen en todas las relaciones. Esto aplica también para las normas de derecho que se caracterizan por las relaciones entre particulares, sobre todo las disposiciones del derecho civil. Para las relaciones entre particulares son aplicables solamente las disposiciones legales, aquellas del derecho civil, incluso cuando su contenido pudiera estar imbuido de manera determinante por los criterios de los derechos fundamentales. Esta es la diferencia decisiva frente a la *Drittewirkung* inmediata, cuyo núcleo consiste en que los derechos y obligaciones vigentes entre los particulares deberían ser, en tanto puedan ser fundados en los derechos fundamentales, de naturaleza constitucional inmediata.

La construcción de la *Drittewirkung* mediata puede ser ilustrada gracias a la sentencia del caso Lüth por parte del Tribunal Constitucional Alemán. En esta decisión se encuentran como justificación las siguientes circunstancias: el director de cine Veit Harlan filmó durante el tercer Reich la tristemente célebre película antisemita "Jud Süß" (*El judío Süß*), de la cual él mismo redactó el guion. Más adelante, después de la Guerra, dirigió la producción de la película de entretenimiento "Unsterbliche Geliebte" (*Amada inmortal*), la cual tuvo su premier en el año 1950. El director del senado de Hamburgo, Eric Lüth, hizo un llamamiento al aquel entonces presidente del club de prensa en Hamburgo -por medio de un discurso y una carta abierta- a un boicot del nuevo filme de Veit Harlan; debido a su impune pasado durante el nacionalsocialismo.

Harlan, la compañía de producción, así como también la empresa distribuidora del filme, presentaron una demanda civil frente al Tribunal Regional contra Lüth. El Tribunal Regional vio en el llamado al boicot de Lüth un daño doloso a las buenas costumbres, en el sentido del apartado § 826 del Código Civil Alemán (BGB). El Tribunal señaló, que Harlan, en vista de sus actos durante el tercer Reich, había sido absuelto penalmente y no yacía ninguna limitante laboral proveniente del proceso de eliminación del nazismo. El llamado al boicot hacía imposible el trabajo de Harlan como director, ya que peligraban por sensibles pérdidas financieras las compañías productoras y distribuidoras. Lüth presentó una demanda constitucional contra la sentencia del Tribunal Regional, ya que su libertad de expresión había sido afectada. Esta demanda constitucional solamente podría ser exitosa si se ampliaba el efecto de los derechos fundamentales entre Lüth y Harlan<sup>33</sup>. El Tribunal Constitucional Alemán adoptó esto con una famosa formulación: La Ley Fundamental, "que no quiere ser ningún orden neutral de valores", ha establecido "en su apartado de derechos fundamentales también un orden objetivo de valores", en el cual se refleja "fundamentalmente un fortalecimiento de la fuerza de aplicación de los derechos fundamentales".

Este sistema de valores [...] debe valer como una decisión constitucional de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del derecho; los poderes legislativo, ejecutivo y judicial son destinatarios de sus directrices e impulsos. De igual manera influye evidentemente en los derechos civiles; ninguna ley civil puede encontrarse en contradicción con éste, cada disposición debe ser interpretada en su espíritu. El contenido legal de los derechos fundamentales como normas objetivas se despliega en el derecho privado por medio de las leyes, inmediatamente dominantes, de este ámbito jurídico<sup>34</sup>.

Lo anterior implicaba para el caso en concreto, que el llamado al boicot gozaba, por razones morales y políticas, de la protección del derecho fundamental de libertad de expresión y no constituía, por lo mismo, un acto "contrario a las buenas costumbres" en el sentido del § 826 BGB.

### 1.1.3 *La contraposición de la Drittewirkung inmediata y la mediata*

Sin embargo, se puede preguntar, si los mencionados argumentos, que prefieren la "*Drittewirkung mediata*" de manera clara frente a la "*inmediata*", realmente la justifican, como lo quiere hacer creer la "opinión mayoritaria". Se ha advertido, no sin razón, la potencial equivalencia de resultado de las dos construcciones de la *Drittewirkung*, es decir, todos los resultados de contenido de una concepción se pueden alcanzar también con la otra<sup>35</sup>. ¿Es la pregunta de si entre particulares son aplicados directamente derechos y deberes constitucionales o si los derechos y deberes de los particulares son nada más modificados por medio de los derechos fundamentales una discusión meramente relativa al nombre de la figura? En cualquier caso, comúnmente permanecen estas dos variantes tradicionalmente contrapuestas de la *Drittewirkung*, ya que la jurisprudencia se ocupa de forma esencial en gran manera en las dos<sup>36</sup>.

De acuerdo con la tesis de la *Drittewirkung* inmediata la función del tribunal consiste en reconocer y pronunciarse sobre los derechos y las obligaciones, aplicables e inmediatos, entre los particulares. Por el otro lado, en la tesis de la *Drittewirkung* mediata la tarea del tribunal es observar de manera proporcional los efectos constitucionales de las disposiciones civiles vigentes entre los particulares. Esto comprende, sin ninguna duda, una parte importante del problema de la *Drittewirkung*, pero no abarca todo el problema. Sumado a ello, se enfocan ambas teorías clásicas de la construcción de la *Drittewirkung* en gran medida en la relación horizontal entre los particulares. Esto sugiere ampliar el punto de vista a soluciones comprensivas.

### *1.2. La Drittewirkung producto de los derechos frente al Estado*

Tal solución comprensiva consiste en atribuir el efecto horizontal de los derechos fundamentales entre particulares a los derechos que uno de los dos particulares tiene frente al Estado. Por ende se arraiga constructivamente el efecto de la horizontalidad de los derechos fundamentales en el efecto vertical de estos.

#### *1.2.1 La idea fundante*

De acuerdo con la *Drittewirkung* producto de los derechos frente al Estado, son los derechos y obligaciones en las relaciones entre particulares una consecuencia del derecho de uno de ellos a 1) una defensa frente a actos estatales o 2) una protección de sus bienes constitucionales por medio de actos estatales. Los derechos fundamentales, como derechos de defensa o protección frente al Estado, debido a su rango como *legis superior*, tienen preferencia frente al derecho secundario en la relación entre particulares. El derecho secundario debe, en cuanto sea posible, interpretarse de conformidad con la Constitución. Mientras que el enfoque de la contraposición de la *Drittewirkung* inmediata y mediata yace sobre la relación entre particulares y la naturaleza constitucional o civil del derecho vigente en esta relación, se encuentra el papel del Estado en el centro de esta tercera variante de construcción. Los derechos y las obligaciones vigentes entre los particulares se convierten en el contenido de la demanda contra el Estado "por encima del triángulo". Veit Harlan no tiene ninguna pretensión de reparación en contra de Eric Lüth (en la relación horizontal), porque una sentencia civil, en la cual se le concede la reparación del daño a Harlan, lesionó la libertad de expresión, como derecho de defensa de Lüth<sup>37</sup>.

#### *1.2.2 Derechos constitucionales de defensa y de protección*

Vinculado a la construcción de defensa de los derechos fundamentales en los casos como "Lüth" se han dado intentos en la literatura de construir a la *Drittewirkung* completamente como una defensa. Esta construcción

puede, sin embargo, solamente aclarar una cara de la moneda. Un ejemplo clásico, que logra ilustrar este punto, es la sentencia del caso "Blinkflüer" del Tribunal Constitucional Federal Alemán. El periódico regional "Blinkflüer", del área de Hamburgo, publicaba semanalmente, después de la construcción del muro de Berlín en agosto de 1961, la programación de radio y televisión de las estaciones de la República Democrática Alemana (DDR). La Editorial Springer, que publicaba a nivel federal un sinnúmero de revistas de programas con gran tiraje, amenazó en una circular a todos los vendedores de periódicos de no enviar más sus productos, si continuaban distribuyendo el "Blinkflüer". En vista del elevado volumen de ventas que los vendedores de periódicos obtenían con las publicaciones de Springer, tal boicot tuvo serias repercusiones económicas. Muchos vendedores de periódicos se rindieron ante esta presión, por lo que las cifras de ventas del "Blinkflüer" cayeron notoriamente. El editor del "Blinkflüer" demandó ante la corte civil a la editorial Springer la indemnización por daños; y al desestimar la acción, acudió en última instancia ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán. El Tribunal revocó la sentencia de la corte civil pues consideró que se trataba de una violación a la libertad de expresión de acuerdo con el art. 5, párr. 1 de la Ley Fundamental, ya que el llamamiento al boicot por parte de un poder económico fuerte, constituía un medio injusto en la lucha de opiniones<sup>38</sup>.

Un sentido jurídico de defensa de esta construcción es solamente posible, cuando la "intervención" por parte de la editorial Springer fuese atribuida al Estado. La tesis de tal imputación es, sin embargo, ampliamente rechazada por ser poco convincente.<sup>39</sup> El problema de la sentencia civil en estas circunstancias no consiste en que esta represente una "intervención" del Estado en los derechos de defensa, sino que el mandato constitucional de protección no fue garantizado. La editorial Springer tiene un poderío económico importante, de tal manera que la editorial del "Blinkflüer" debe ser protegida frente al empleo de medios arbitrarios en el debate de opiniones.

Sin embargo, al igual que es incorrecto interpretar a la *Drittewirkung* producto de los derechos frente al Estado solamente como derecho de defensa, tampoco puede ser reconducida en su totalidad como derecho de protección. Cuando en nuevas posturas relativas al efecto horizontal de los derechos fundamentales se ha dicho que la *Drittewirkung* se debe a la "dimensión de protección" o "función de protección" de los derechos fundamentales;<sup>40</sup> por un lado, se pasa por alto la relevancia de la función de defensa y, por el otro, se emplea una definición completamente inusual de los conceptos de "función de protección" o "dimensión de protección". Solamente una concepción, la cual -según la construcción en cuestión- permita un efecto constitucional, tanto de defensa como de protección<sup>41</sup> del efecto horizontal de los derechos fundamentales "por encima del triángulo", puede entonces comprender adecuadamente todos los casos, esto es, tanto los derechos de defensa como los de protección.

### 1.2.3 Derechos a legislación

Regularmente son aplicables en la relación entre particulares disposiciones secundarias (leyes parlamentarias o similares de derecho ordinario), cuya interpretación conforme con la Constitución puede proporcionar un resultado prescrito constitucionalmente. En algunos casos concretos hacen falta tales disposiciones de derecho ordinario. Cuando, y en tanto, el Estado pueda garantizar una protección de un particular solamente por medio de la intervención en los derechos fundamentales de otros particulares, debe ser justificada esta intervención en todo caso por una ley parlamentaria<sup>42</sup>. Las clásicas y jurisprudencialmente referidas concepciones de la *Drittewirkung* inmediata y mediata pueden conducir a una serie de casos en los cuales estos requisitos falten, y que aquí son descartadas desde un inicio, a pesar de que ofrezcan buenos argumentos para un efecto horizontal de los derechos fundamentales<sup>43</sup>. Esto puede ser ilustrado con el ejemplo de las famosas decisiones del Tribunal Administrativo de Kassel sobre las instalaciones de ingeniería genética.<sup>44</sup> Una empresa contaba a finales de los años ochenta con un permiso para el funcionamiento de una instalación en la cual debía producirse insulina humana con ayuda de microorganismos genéticamente manipulados. Los vecinos presentaron una protesta contra este permiso. En el marco de las disputas legales posteriores, el Tribunal Administrativo de Kassel dio por sentado que ninguna de las leyes vigentes en materia ambiental de aquel entonces era aplicable. Por lo tanto, no existía ninguna disposición parlamentaria con la cual se pudiera fundar una sentencia jurisdiccional entre la empresa y los vecinos. Los derechos de defensa constitucional de la empresa -libertad de investigación de acuerdo al art. 5, párr. 3 enunciado 1, tercer caso de la Ley Fundamental y la libertad de profesión de acuerdo al art. 12, párr. 1 de la Ley Fundamental- y el derecho constitucional de los vecinos a la vida y la integridad física de acuerdo al art. 2, párr. 2 enunciado I de la Ley Fundamental, se encontraban uno frente al otro sin ninguna intervención del legislador de por medio.

Si uno es de la opinión de -y aquí se pueden dar buenas razones- que el vecino debe ser protegido efectivamente de los impredecibles peligros de las instalaciones de ingeniería genética, esto sucedería sin una ley parlamentaria. Entonces, la garantía de protección para los vecinos es necesariamente una intervención en la libertad de investigación y en la libertad de profesión de la empresa, la cual desde un punto de vista formal debía ser legitimada por una ley parlamentaria. Los derechos constitucionales de protección ordenan -es decir, el efecto horizontal del derecho a la vida y la integridad física de acuerdo al art. 2, párr. 2 enunciado 1 de la Ley Fundamental- en tales constelaciones de casos, la promulgación de leyes protectoras. A diferencia de las clásicas y jurisprudencialmente referidas concepciones de la *Drittewirkung* inmediata y mediata, la concepción de la *Drittewirkung* producto de los derechos frente al Estado puede comprender también tal aspecto horizontal de los derechos fundamentales.

## 2. LA DRITTWIRKUNG Y LA TRANSFORMACIÓN DE DERECHOS HUMANOS MORALES EN DERECHOS FUNDAMENTALES

La caracterización del efecto horizontal de los derechos fundamentales y humanos como *Drittwirkung* se ha arraigado fuertemente<sup>45</sup>. Sin embargo, esta no es vista por todos como muy afortunada<sup>46</sup>. En los hechos se debe demarcar que no está libre de implicaciones. El segundo particular se vuelve por ello el "tercero", porque éste aparece frente al Estado y el primer particular, entre los cuales los derechos fundamentales desarrollan su efecto vertical<sup>47</sup>. Por lo tanto, detrás de la expresión *Drittwirkung* se encuentra la concepción de un triángulo, en cuya punta está el Estado. Con este trasfondo no es de sorprender que Hans Carl Nipperdey -el clásico defensor de la *Drittwirkung* inmediata, la cual se enfoca en la relación horizontal entre particulares- quería ver reemplazado el término *Drittwirkung* por el "efecto absoluto de los derechos fundamentales"<sup>48</sup>. Este último término permitía que el Estado se desvaneciera aún más. La *Drittwirkung* mediata se enfoca a su vez fuertemente en la relación entre los particulares y el derecho privado aplicable para estos; incluso cuando el Estado, representado naturalmente en la persona del juez, está también vinculado a los derechos fundamentales. La tercera variante de construcción, la de la *Drittwirkung* producto de los derechos frente al Estado, pone, por el contrario, en primer plano la garantía jurisdiccional estatal de los derechos fundamentales. El derecho aplicable entre los particulares se convierte aquí en el contenido de los derechos de defensa o de protección correspondientes frente al Estado.

Sin embargo, aunque la *Drittwirkung* conceptualmente implica la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, no dice nada respecto de si esta implicación afecta en la cuestión. La pregunta, de si y qué tanto están garantizados los derechos fundamentales intrínsecamente de manera jurisdiccional, deberá situarse a continuación bajo el trasfondo de la idea de los derechos fundamentales como derechos morales transformados.

### 2.1 Los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son parte del derecho. Son garantizados por medio de normas jurídicas<sup>49</sup>, las cuales nuevamente pueden ser obtenidas por medio de la interpretación de disposiciones legales. Las normas jurídicas tienen validez, porque han sido establecidas de manera autoritativa<sup>50</sup> y son socialmente eficaces.<sup>51</sup> De si, y qué tanto, la corrección material -justicia-constituye un criterio más allá necesario para el carácter legal de las normas, es poco claro o debatido. De acuerdo con la tesis del positivismo jurídico excluyente<sup>52</sup>, no es este el caso. Por el lado de la tesis no-positivista de la vinculación<sup>53</sup> puede, sin embargo, la injusticia de las normas jurídicas, al menos en los casos extremos, llevar a una pérdida del carácter jurídico. Una toma de posición

comprendsiva respecto a esta discusión de más de dos mil años entre el positivismo y el naturalismo sobrepasaría por mucho el marco de esta investigación. Sin embargo, las normas de los derechos fundamentales no pueden ser descritas completamente sin su vinculación con la moral; lo que también sería aplicable para otras normas jurídicas. Los intereses protegidos de libertad e igualdad de los individuos, en la dimensión del derecho de los derechos fundamentales, constituyen por igual el núcleo prácticamente de toda teoría de los derechos fundamentales. Las asambleas constituyentes prevén los derechos fundamentales, porque se sienten vinculadas a reclamos morales, no porque tomen decisiones políticas, en las cuales su opinión pudo haber sido otra. En la Ley Fundamental fue plasmado este convencimiento del legislador constituyente de la cámara del parlamento, en el ya mencionado art. 1, párr. 2 de la Ley Fundamental. Más allá del mero hecho subjetivo de que la asamblea constituyente quiere transformar, en todo caso, derechos morales en derechos jurídicos, éstos elevan también la pretensión objetiva de llevar a cabo dicha transformación correctamente<sup>54</sup>. Esto está implícito gracias a la pretensión de corrección que las normas legales requieren necesariamente<sup>55</sup>.

Según si las disposiciones que erigen una pretensión objetiva de transformar los derechos humanos como derechos morales en derechos jurídicos son del derecho nacional, de la comunidad europea o del derecho internacional, entonces se hablará de derechos fundamentales nacionales, derechos fundamentales supranacionales y derechos fundamentales internacionales<sup>56</sup>.

## 2.2 Derechos humanos

El concepto de derechos humanos deberá ser entendido aquí, como ya se mencionó, en primera línea en el sentido de derechos morales<sup>57</sup>. El concepto de "derechos humanos" es empleado, empero, generalmente con diferentes significados o también no pocas veces sencillamente con un significado poco claro. Esto aplica sobre todo para los derechos fundamentales internacionales, algo como los derechos fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tales disposiciones de derechos fundamentales internacionales son sistémicamente vistas como parte del derecho -del derecho internacional- y tienen validez con implementación autoritativa y eficacia social, lo que -con todas las diferencias entre derecho internacional y el clásico derecho nacional- desde un punto de vista sistémico los conecta y separa de los derechos morales. Lo anterior es válido para el derecho de la comunidad europea: el derecho supranacional. Aun cuando el discurso de los "derechos humanos" se ha arraigado ampliamente, aparece la caracterización como "derechos fundamentales" preferible en aquellos ensayos en los cuales, como este trabajo, debe ser separada la dimensión moral de los derechos fundamentales de su dimensión legal<sup>58</sup>.

Para evitar malentendidos es válido mencionar además otra definición amplia de "derechos humanos", la cual se refiere a la clase de los derechos de la Ley Fundamental. Se trata de derechos fundamentales, que les corresponden a todas las personas físicas "humanas", independientemente de su característica como "alemanes" en el sentido del art. 116, párr. 1 de la Ley Fundamental. Esto encamina, por ello, a una diferenciación de los "derechos humanos" y los "derechos de los alemanes"<sup>59</sup>. Debido a los recurrentes malentendidos deberán, empero, ser contrapuestos los "derechos fundamentales de los alemanes" por el conceptualmente superior "derechos fundamentales de toda persona"<sup>60</sup>.

### *2.2.1 Los derechos humanos y el mandato de su transformación en derecho*

Las normas morales, que protegen los derechos humanos como derechos morales, tienen validez solamente debido a su corrección interna<sup>61</sup>. La implementación autoritativa y eficacia social no juegan ningún rol determinante para su validez. Esto, porque los derechos humanos se caracterizan solamente por su corrección interna, lo cual constituye su fuerza, así como también su debilidad. Es su fuerza, porque nadie puede hacer la crítica contra estos bajo el indicio de que los derechos humanos en su sistema legal no son implementados autoritativamente o incluso porque no tienen eficacia social. En tanto los derechos humanos valgan con una fuerza de corrección moral, tienen validez en cualquier lugar y en contra de todos.

No obstante, desde un segundo punto de vista yace en esta única dependencia de los derechos humanos con su corrección interna su debilidad. En primer lugar es muy debatido cómo la corrección moral puede ser precisada. Hay un amplio espectro de diferentes teorías de la justicia, en cuyo centro se encuentran, por lo mismo, diferentes catálogos de derechos humanos. Aquí y allá se ha negado, aun de forma completa, la existencia de los derechos humanos -bastaría solamente hacer mención de la famosa cita de Alasdair MacIntyre, quien equipara la creencia de los derechos humanos con la creencia en brujas y en los unicornios<sup>62</sup>. A través de esta inseguridad y falta de claridad se dificulta fundamentalmente el reconocimiento de los derechos humanos<sup>63</sup>. En segundo lugar, los derechos humanos, como derechos morales, no establecen ningún aparato para su aplicación. Los derechos fundamentales como parte del derecho valen con fuerza de implementación autoritativa -lo cual facilita fundamentalmente su reconocimiento- y con eficacia social. Lo último comprende la sanción por inobservancia, lo cual con otras palabras, podría decirse así: la aplicación por medio de los tribunales. La coerción es un elemento esencial -cuando no el necesario- del derecho, lo cual no puede equiparse en medida alguna a la moral.

Sin embargo, antes de que uno rechace a los derechos humanos, en el sentido de derechos morales, como mera habladuría, uno debe tener presente que estos, desde una perspectiva de contenido, constituyen

la base de los derechos fundamentales. Incluso cuando los derechos humanos valen sólo moralmente, ordenan una efectiva protección de los intereses del individuo. Esta protección efectiva exige una aplicación eficaz en contra de todos los demás, que los derechos humanos por la fuerza de su mera naturaleza moral no pueden lograr. Sin embargo, estos pueden provocar una aplicación efectiva mediata, cuando ordenen moralmente la transformación del contenido que protegen en derechos fundamentales.<sup>64</sup> Tan pronto y en cuanto esta transformación ha sido exitosa, se han convertido de un contenido como meros derechos humanos al mismo tiempo en contenido de derechos fundamentales. Su aplicación efectiva se produce, entonces, por medio de la naturaleza coercitiva de los derechos fundamentales.

### 2.2.2 *¿Existe la Drittewirkung para los derechos humanos como derechos morales?*

Esta transformación de derechos humanos en derechos fundamentales es significativa en relación con la *Drittewirkung*, en tanto los derechos humanos, en el sentido de derechos morales, son caracterizados regularmente como derechos *erga omnes*<sup>65</sup>. Esto implica que los derechos humanos tienen como destinatarios a todas las personas físicas y jurídicas. También al Estado, cuando este exista. Los derechos morales presuponen la existencia del Estado como construcción jurídica, pero no es indispensable. Son destinatarios todos aquellos que puedan hacer peligrar o dañar, por medio de actos u omisiones, los intereses protegidos del portador de un derecho humano a la libertad e igualdad<sup>66</sup>.

Esta estructura *erga omnes* de los derechos humanos, como derechos morales, conduce también a deberes de asistencia recíprocos. Cada uno no está *prima facie* obligado a no dañar a todos los demás solamente (deber universal de omisión), sino que además está, uno está obligado a proteger a todos (deber universal de asistencia o de protección).<sup>67</sup> Esto significa que cada uno, cuyos bienes de protección derivados de un derecho humano peligran, tiene una pretensión frente a todos los demás -consistente en que el potencial ofensor omita el acto dañoso, y en contra de todas las demás personas la pretensión *prima facie* de que éstas impidan al ofensor provocar tal acto.<sup>68</sup> La cuestión de la medida del deber no tiene que depender, por lo mismo, sólo en criterios normativos -responsabilidad especial por el impedimento del perjuicio-, sino también de acuerdo a la fuerza fáctica que se oponga con éxito al perjuicio. Una responsabilidad especial del Estado se desprende, por esto mismo, de la mera plenitud de poderes que lo caracteriza, en todo caso, frente a los particulares<sup>69</sup>.

Desde una estructura *erga omnes* de los derechos humanos, en el sentido de los derechos morales, se desprende que el concepto de la *Drittewirkung* -que presupone al Estado como destinatario de los derechos fundamentales- es completamente inadecuado para los derechos humanos. Los derechos humanos tienen vigencia, en todo caso, entre los particulares en igual medida. De tal modo que así el triángulo se convierte

en una figura geométrica de complejidad casi ilimitada. Indudablemente son suficientes los derechos de cara a la responsabilidad primaria (desde un punto de vista normativo) o los derechos de protección frente a personas especialmente poderosas, y van más allá que los derechos *erga omnes*. Sin embargo, esto representa una cuestión de grado, como aquella relativa a la existencia fundamental de derechos *prima facie*<sup>70</sup>.

### 2.2.3 *Implicaciones de la transformación para la Drittewirkung*

Como consecuencia de la transformación de los derechos humanos en derechos fundamentales -la transformación de la moral en derecho-, se sitúa al Estado en el centro de la reflexión. En la legislación constitucional se establece típicamente un catálogo de derechos fundamentales, el cual concretiza e institucionaliza la protección de la libertad y la igualdad. El Estado erige un monopolio del poder, por el cual prohíbe la aplicación coercitiva de supuestos de derecho propio, a saber, la autosuficiencia. Para compensar esta prohibición de la autosuficiencia, el Estado asume el deber de demarcar la esfera de derechos de los individuos y de vigilar dicha delimitación, e imponerla en casos de urgencia<sup>71</sup>. En tanto, el Estado se convierte en el centro primario de imputación de los derechos y deberes, el cual media entre los particulares. Los derechos humanos, anteriormente dirigidos a todos, se han convertido en derechos fundamentales jurídicos, los cuales tienen al Estado como destinatario<sup>72</sup>. Para el reconocimiento y aplicación de los derechos ya no se extiende la estructura *erga omnes* de los derechos humanos en el derecho. Los derechos fundamentales nacen desde un inicio dirigidos al Estado esencialmente. No es improbable que las disposiciones de los catálogos de derechos fundamentales, en todo caso, mencionen decididamente al Estado como destinatario de los derechos fundamentales -no en contra de particulares. Naturalmente existen derechos y obligaciones en las relaciones horizontales entre los particulares. Desde una perspectiva de los derechos fundamentales es, sin embargo, determinante que el Estado no sea partícipe de algún modo en la lesión del derecho fundamental por parte del otro particular (derecho de defensa contra el Estado) o en los casos donde los daños individuales de bienes protegidos por derechos humanos y fundamentales peligren por particulares, y el Estado no pueda ayudar efectivamente a proteger al individuo de estos daños, con el uso de un medio proporcional (derecho de protección frente al Estado).

## 3. CONCLUSIÓN

En resumen, puede establecerse que las construcciones de la *Drittewirkung* -la "*Drittewirkung mediata*" y la "*Drittewirkung inmediata*"-, tradicionalmente contrapuestas, no pueden explicar o convencer de manera plena. Esto se consigue solamente por medio de la construcción de la *Drittewirkung* producto de los derechos frente al Estado. Esta construcción es recomendable también gracias al análisis de la

transformación de los derechos humanos como derechos morales en derechos fundamentales como parte del derecho.

## REFERENCIAS

- ALEXY, R. An Answer to Joseph Raz. En PAVLAKOS, G. *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007.
- ALEXY, R. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4a. ed. Friburgo/Múnich: Alber Karl, 2005.
- ALEXY, R. *Die Institutionalisierung der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat*. En GOSEPATH, S. y LOHMANN, G. *Philosophie der Menschenrechte*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1998.
- ALEXY, R. *Law and Correctness*. En FREEMAN, M. D.A. *Legal Theory at the End of the Millenium*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 3a. ed. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1996.
- BOROWSKI, M. *Classifying and Qualifying Properties of Fundamental Rights*. En OLLERO, A. *Human Rights and Ethics*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007.
- BOROWSKI, M. *Die Glaubens- und Gewissenfreiheit des Grundgesetzes*. Tübinga: Mohr Siebeck, 2006.
- BOROWSKI, M. *Discourse Theory in International Law - Human Rights through Discourse*. En *German Yearbook of International Law*. Berlín: Duncker & Humblot, N° 44, 2001.
- BOROWSKI, M. *Grundrechte als Prinzipien*. 2a. ed. Baden-Baden: Nomos, 2007.
- DÜRIG, G. *Art. 1 III GG*. En MAUNZ, T. y DÜRIG, G. *Grundgesetz Kommentar*, Múnich: C.H. Beck, Colección de hoja suelta (año de trabajo 1958).
- DÜRIG, G. *Art. 3 I GG*. En MAUNZ, T. y DÜRIG, G. *Grundgesetz Kommentar*, Múnich: C.H. Beck, Colección de hoja suelta (año de trabajo 1973).
- DÜRIG, G. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. En MAUNZ, T. *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*. Múnich: Isar-Verlag, 1956.
- GRABENWARTER, C. *Europäische Menschenrechtskonvention*. 3a. ed. Múnich/Basel/Vienna: C.H. Beck, 2008.
- GUCKELBERGER, A. *Die Drittewirkung der Grundrechte*. En *Juristische Schulung*, 2003.
- HAGER, J. *Grundrechte im Privatrecht, JuristenZeitung*. N° 49, 1994.
- HERDEGEN, M. *Art. 1, Abs. 3 GG*, En MAUNZ, T. y DÜRIG, G. *Grundgesetz Kommentar*, Múnich: C.H. Beck, Colección de hoja suelta, 2005.
- ISENSEE, J. *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin/New York: De Gruyter, 1983.
- KOLLER, P. *Der Geltungsbereich der Menschenrechte*. En GOSEPATH, S. y LOHMANN, G. *Philosophie der Menschenrechte*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1998.

- KOLLER, P. *Theorie des Rechts*. 2a. ed. Viena/Colonia/Weimar: Böhlau, 1997.
- KONRAD, H. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20º ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.
- KRÜGER, H. *Die Verfassung in der Zivilrechtsprechung*. En *Neue Juristische Wochenschrift*, 1949.
- LOHMAN, G. *Menschenrechte zwischen Moral und Recht*. En GOSEPATH, S. y LOHMAN, G. *Philosophie der Menschenrechte*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1998.
- LOWER, W. *Art. 9 GG*. En VON MÜNCH, INGO y KUNIG, PHILIP (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*. 5a. ed. Múnich: C.H. Beck, vol. 1, 2000.
- MACINTYRE, A. *After Virtue*. 2a. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1985.
- MAGER, U. *Art. 4 GG*. En VON MÜNCH, I. y KUNIG, P. *Grundgesetz-Kommentar*, 5a. ed. Múnich: C.H. Beck, vol. 1, 2000.
- MAUNZ, T. y ZIPPELIUS, R. *Deutsches Staatsrecht*. 30a. ed. Múnich: C.H. Beck, 1998.
- VON MÜNCH, I. *Praembel, art. 1-19 GG*. En VON MÜNCH, I. y KUNIG, P. *Grundgesetz-Kommentar*. 5a. ed. Múnich: C.H. Beck, vol. 1, 2000.
- NIPPERDEY, H. C. *Grundrechte und Privatrecht*. Editado por encargo a los trabajadores de Hans Carl Nipperdey en *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*. Múnich/ Berlín: Beck, 1962.
- OSSENBUHL, F. *Vorrang und Vorbehalt der Gesetze*. En ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, t. 3, 1988.
- OVEY, C. y C. A. WHITE, R. *Jacobs & White - The European Convention on Human Rights*. 4a. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- PAPIER, H.-J. *Drittewirkung der Grundrechte*. En MERTEN, DE. y PAPIER, H.-J. *Handbuch der Grundrechte*. Heidelberg: C.F. Müller, t. 2, 2006.
- PIEROTH, B. y SCHLINK, B. *Grundrechte-Staatsrechtii*. 23 ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2007.
- RIEDEL, E. *Menschenrechte der dritten Dimension*. En *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*. Kehl am Rhein: N.P. Engel Verlag, 1989.
- RÜFNER, W. *Grundrechtsadressaten*. En ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, t. 5, 1992.
- STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Múnich: C.H. Beck, t. 3/1, 1988.
- STREINZ, R. *Europarecht*. 8a. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2008.
- TUGENDHAT, E. *Vorlesung über Ethik*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, am Main, 1993.
- VGH KASSEL, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990.

## Notas

- 1 De distinta manera se habla también del efecto de los derechos fundamentales entre "ciudadanos", el cual alude a la contraposición entre el Estado y los ciudadanos subordinados a la administración estatal. Sin embargo, la expresión de "ciudadano" está vinculada con la nacionalidad. Esto la hace

- inadecuada para identificar a todas las personas naturales que se encuentran frente al Estado. Además, el concepto de "ciudadano" se refiere a personas físicas, a pesar de que la *Drittewirkung* también es aplicable a personas jurídicas. Las personas jurídicas, de acuerdo a los requisitos del art. 19, párr. 3 de la Ley Fundamental, son portadores de derechos fundamentales. Lo mismo sucede en otros catálogos de derechos fundamentales y humanos. Con este trasfondo será preferida dentro del marco de esta investigación la *Drittewirkung* de los derechos fundamentales que identifica a las personas físicas y jurídicas como "particulares" frente al Estado.
- 2 En particular la pregunta *estructural* relativa a la construcción de la *Drittewirkung* y la pregunta *substancial* relativa a la fuerza de la *Drittewirkung* deben ser diferenciadas adecuadamente. Uno puede difícilmente defender la expresión -que tiene su origen dentro de la discusión sobre la *Drittewirkung* en el sentido de la "*Drittewirkung* inmediata", y que no por ello encuentra pocas veces oposición porque tácitamente se presupone- *según la cual* una "*Drittewirkung* inmediata" sería necesariamente "más fuerte" que una mera "*Drittewirkung* mediata". Sin embargo, este no es el caso. Una *Drittewirkung* construida de manera inmediata puede ser substancialmente débil, y una *Drittewirkung* construida de manera mediata puede ser substancialmente fuerte.
- 3 Véase apartado I. 1. b).
- 4 Véase apartado I. 1. a).
- 5 La contribución fundamental de Günter Dürig, que apareció en el año 1956, relativa a la *Drittewirkung* mediata (DURIG, G. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. En Maunz, T. *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*. Múnich: Isar-Verlag, 1956, 157-190), cuenta incuestionablemente como la publicación más influyente de los inicios de la dogmática de los derechos fundamentales. Dos años más tarde le siguió su muy referido comentario del art. 1 de la Ley Fundamental en el *Comentario de la Ley Fundamental* editado en conjunto con Theodor Maunz, el cual fue considerado por unas décadas como la obra guía de la Ley Fundamental. También el caso Lüth del Tribunal Constitucional Federal Alemán proviene del año 1958 (Cfr., i. 1. b).
- 6 Véase i. 2
- 7 Cfr. Relativo a la *Drittewirkung* o efecto horizontal de las libertades del derecho comunitario véase solamente, STREINZ, R. *Europarecht*. 8a. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, número de apartado 837; PAPIER, H.-J. *Drittewirkung der Grundrechte*. En Merten, D. y Papier, H.-J. *Handbuch der Grundrechte*. Heidelberg: C.F. Müller, t. 2, 2006, § 55, número de apartado 49 y ss., con referencias posteriores.
- 8 Relativo a los distintos usos del concepto de "derecho humano" y "derecho fundamental" véase especialmente el apartado II. 2.
- 9 Relativo a los vacilantes comienzos de una discusión sobre la *Drittewirkung* de los derechos fundamentales antes de la Segunda Guerra Mundial, véase STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Múnich: C.H. Beck, t. 3/1, 1988, 1515 y ss.
- 10 Sin embargo, es válido decir que ciertos derechos fundamentales pueden ser dirigidos solamente contra el Estado, por ejemplo, el derecho de libertad de conciencia militar de acuerdo al art. 4, párr. 3 de la Ley Fundamental (VON MÜNCH, I. *Praembel, art. 1-19 GG*. En von Münch, I. y Kunig, P. *Grundgesetz-Kommentar*. 5a. ed. Múnich: C.H. Beck, vol. 1, 2000, Vorb. Art- 1-19 GG, número de apartado 29; MAGER, U. *Art. 4 GG*. En von Münch, I. y Kunig, P. *Grundgesetz-Kom-mentar*, 5a. ed. Múnich: C.H. Beck, vol. 1, 2000, número de apartado 81). Para tal justificación se aduce que los particulares no tendrían ningún "poder de coacción legal" (MAGER, U. *Ibíd.*). Esto es válido igualmente para las construcciones clásicas de la *Drittewirkung*. Por ejemplo, la editorial Springer no tenía en el caso en el que

se basó la sentencia "Blinkflüer" (véase I. ". b)), ninguna fuerza de coacción legal frente al pequeño periódico semanal. Ésta tenía, sin embargo, a través de su superioridad económica, una fuerza de coacción fáctica. El Tribunal Constitucional Federal Alemán protegió al periódico semanal de esta fuerza de coacción fáctica por medio de la *Drittewirkung* mediata, *cfr.*, BVERFGE 25, 256 (264 y ss.). En el sentido de tal coacción sería también pensable, por ejemplo, que un empleador con una fuerza económica grande se negase a contratar a objetores de conciencia militar. Eso podría buscarse abarcar naturalmente a través de la prohibición a la discriminación del art. 3, párr. 3 de la Ley Fundamental. Sin embargo, se trata no solamente de un problema de igualdad, sino también de libertad -un problema de la libertad de objeción de conciencia militar y la libertad de profesión. Esto da razones a favor, para que sea protegido el bien garantizado constitucionalmente con el art. 4, párr. 3 de la Ley Fundamental bajo ciertas circunstancias, en el sentido de la *Drittewirkung*, contra el efecto negativo de otros particulares.

- 11 Relativo a este argumento, *Cfr.*, en lugar de varios Rüfner, *w. Grundrechtsadressaten*. En ISENSEE, J. y KIRCHHHOF, P. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, t. 5, 1992, § 117, número de apartado 77 y ss.
- 12 *Cfr.* solamente PAPIER. *Drittewirkung der Grundrechte*, cit., § 55, número de apartado 4, con posteriores referencias.
- 13 La tercera pregunta de la *Drittewirkung*, la pregunta relativa a su fuerza, trata al contrario sobre los problemas de la argumentación sustantiva constitucional. Para citar solamente un ejemplo muy discutido: en la Litis, que adoptó como base el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la "decisión de fianza", aceptó la demandante "un alto riesgo económico fuera de lugar, sin tener del crédito asegurado un propio interés económico. Bajo renuncia de casi todas las disposiciones derogables protectoras del Código Civil, respondía la demandante de manera deudora por el riesgo empresarial de su padre en un contexto, que sobrepasaba sus relaciones económicas. Era visible desde un principio y para la institución de crédito también fácilmente verificable que, en caso de responsabilidad por falta de pago, la demandante, y hasta el final de su vida, no podría por sus propios medios liberarse de la deuda contraída" (BVERFGE 89, 214 (230 y ss.). ¿Es la aceptación de tal tipo de fianza, la cual los bancos hacen dependiente la garantía de créditos comerciales a las personas del negocio y a la cual son empujados miembros de la familia, compatible con el orden constitucional de la Ley Fundamental? El Tribunal Constitucional Federal Alemán negó esto en la citada sentencia. La decisión de tales cuestiones depende en todo caso de la fundamentación de una gran serie de premisas normativas, la cuales, no en pocas ocasiones, bien se pueden debatir. La cuestión relativa a la fuerza de la *Drittewirkung* de los derechos de la Ley Fundamental no puede profundizarse más en el marco de esta obra.
- 14 *Cfr.*, *Supra* nota 5.
- 15 *Cfr.* solamente Nipperdey, en NIPPERDEY, H. C. *Grundrechte und Privatrecht*. Editado por encargo a los trabajadores de Hans Carl Nipperdey en *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*. Múnich/Berlín: Beck, 1962, pp. 17-33. Nipperdey tuvo después como presidente del Tribunal Laboral Federal de 1954 a 1963 una significativa influencia en la jurisprudencia de este último. El Tribunal Laboral Federal fue el único Tribunal, que -al menos por un cierto tiempo- prefirió la *Drittewirkung* "inmediata", *cfr.* solamente BAGE (Compendio de sentencias del Tribunal Laboral Federal) 1, 185 (191 y ss.); 4, 274 (276 f.); 24, 438 (441). Desde la sentencia BAGE 47, 363 (373) ha sido abandonada esta jurisprudencia, *cfr.*, por ejemplo, también BAGE 52, 88 (98).
- 16 Lo cual no siempre sucede con el ofrecido cuidado. Principalmente en la argumentación de los defensores de la *Drittewirkung* "mediata" contra la *Drittewirkung* "inmediata" son generalmente planteados argumentos que solamente se refieren a la primera variante. Un ejemplo es el empleo del

argumento de la "destrucción de la autonomía privada", el cual no pocas veces ha sido formulado (Cfr., DÜRIG. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, cit., 166 y ss.; DÜRIG, G. *Art. 1 m GG*. En MAUNZ, T. y DÜRIG, G. *Grundgesetz Kommentar*, Múnich: C.H. Beck, Colección de hoja suelta (año de trabajo 1958), número de apartado 129; Ibíd., Art. 3 I GG (año de trabajo 1973), número de apartado 505; KONRAD, H. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20º ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995, número de apartado 354; PAPIER. *Drittewirkung der Grundrechte*, cit., § 55, número de apartado 18 y ss.). Este uso afecta de poca manera a la segunda variante del *Drittewirkung* "inmediata", así como a la propia *Drittewirkung* "mediata".

- 17 No debe darse aquí la impresión de que esta posición será defendida de manera seria o que ha sido defendida de algún modo. El significado de esta posición yace en primera línea en que los defensores de la *Drittewirkung* "mediata" se sirven de esta modalidad para dirigir a la *Drittewirkung* "inmediata" en *toto* en un supuesto *ad absurdum*.
- 18 En tanto que la correspondiente cláusula de restricción no establezca esta obligación se observa en cualquier caso la teoría del contenido esencial por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán, por la cual una limitación por medio de una ley parlamentaria debe ser suficientemente certera o al menos debe atribuirse ésta por medio de una ley parlamentaria precisa. Cfr., relativo a la teoría de la esencia, en lugar de varios, véase solamente OSSENBUEHL, F. *Vorrang und Vorbehalt der Gesetze*. En ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, t. 3, 1988, § 62, número de apartado 41 y ss.
- 19 Si uno replica que el individuo sería entonces así mismo, dentro del marco de las leyes estatales, destinario de los derechos fundamentales, se abandonaría por definición "la respuesta sencilla", a saber, el particular en lugar del Estado. Entonces se reconocería que la posición del individuo -el -cual no está facultado a expedir leyes- no podría ser igualada completamente con la posición del Estado. Cfr., relativo a este uso estructural también a ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 3a. ed. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1996, p. 489.
- 20 Véase, respecto a esto, NIPPERDEY. *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 27 y 32. Cfr., también ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 408 y ss. (489 y ss.).
- 21 Cfr. NIPPERDEY. *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 27 y 32.
- 22 Cfr. HAGER, J. *Grundrechte im Privatrecht*. En *JuristenZeitung*, N° 49, 1994, 373-383 (373 y ss.).
- 23 Cfr., al respecto sobre todo BOROWSKI, M. *Die Glaubens- und Gewissenfreiheit des Grundgesetzes*. Tubinga: Mohr Siebeck, 2006, pp. 106 y ss. Relativo al concepto de derecho humano véase también 11. 2.
- 24 Véase 11.
- 25 Estos son: (1) Art. 9, párr. 3 enunciado 2 de la Ley Fundamental (cfr., respecto a esto LOWER, W. *Art. 9 GG*. En von MÜNCH, I. y KUNIG, P. *Grundgesetz-Kommentar*, cit., número de apartado 85); (2) Art. 20, párr. 4 de la Ley Fundamental y; (3) Art. 38, párr. 1 enunciado 1 vinculado al art. 48, párr. 2 de la Ley Fundamental.
- 26 Cfr., solamente, Ingo von Münch en: VON MÜNCH. *Praemel, art. 1-19GG*, cit., número de apartado 29; GUCKELBERGER, A. *Die Drittewirkung der Grundrechte*. En *Juristische Schulung*, 2003, 1151-1157 (1153).
- 27 NIPPERDEY. *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 25 y ss.; BAGE (Compendio de sentencias del Tribunal Laboral Federal) 1, 185 (193 y ss.).
- 28 En lugar de varios, BVERFGE 7, 198 (204 y ss.).
- 29 Cfr., solamente PIEROTH, B. y SCHLINK, B. *Grundrechte-Staatsrecht 11*. 23 ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2007, número de apartado 175; BVerfGE 7, 198 (204 y ss.).
- 30 En lugar de varios, PAPIER. *Drittewirkung der Grundrechte*, cit., número de apartado 16 y ss. También el art. 20, párr. 3 de la Ley Fundamental dispone

la vinculación de los tres poderes del Estado a los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son parte del "ordenamiento constitucional" en el sentido de esta disposición, a los cuales está vinculada la legislatura, y además son parte del "derecho", al cual están vinculados el poder ejecutivo y el judicial. Tampoco se habla de los particulares en esta disposición.

- 31 Algo de esto en, HAGER. *Grundrechte im Privatrecht*, cit., 373 y ss.
- 32 BVERFGE 7, 198 y ss., más acerca de esta sentencia véase directamente el texto. Ya desde las primeras publicaciones de la literatura, bajo la Ley Fundamental, relativas a la Drittwirkung se muestra una dirección hacia la Drittwirkung mediata: "Disposiciones y espíritu de una constitución son [...] una fuente importante, de las cuales se debe agotar la interpretación de los conceptos jurídicos de los ciudadanos y el cumplimiento de las cláusulas generales", Krüger, H. Die Verfassung in der Zivilrechtsprechung. En Neue Juristische Wochenschrift, 1949, 163-166 (166).
- 33 El éxito del recurso de inconstitucionalidad (Verfassungsbeschwerde) de Lüth requería de aún más, a saber, que el juicio erróneo del efecto de los derechos fundamentales en la sentencia civil -dentro de la relación entre Lüth y Harlan- constituía una violación a los derechos fundamentales por parte del Estado, la cual el individuo puede contrarrestar con éxito por medio del recurso de inconstitucionalidad.
- 34 BVerfGE 7, 198b (205).
- 35 ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, cit., 483 y ss.
- 36 Ibíd.
- 37 El embrión de esta construcción se encuentra en la sentencia del caso Lüth. En esta decisión el Tribunal Constitucional Federal Alemán consideró que la sentencia civil del Tribunal Regional, era violatoria de los derechos fundamentales, por vulnerar los derechos de Lüth. Lüth puede protegerse contra dicha violación con ayuda de la demanda constitucional. Desde entonces, en la jurisprudencia actual se ha visto a cualquier sentencia civil que ignore el efecto irradiador de los derechos fundamentales, como una violación estatal en los derechos fundamentales, véase, solamente BVERFGE 42, 143 (149): 89, 214 (229 y ss.). Correspondientemente, se aplica tal criterio para sentencias jurisdiccionales en disputas entre particulares más allá de la jurisdicción civil. Pero el Tribunal Constitucional Federal Alemán sigue reforzando la Drittwirkung mediata con el recurso de inconstitucionalidad, en lugar de desarrollar estos planteamientos desde una concepción comprensiva de la Drittwirkung producto de los derechos frente al Estado. Cfr., para una concepción similar también a ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, cit., 486 y ss.
- 38 BVERFGE 25, 256 (264 y ss.).
- 39 Cfr., respecto a esta cuestión BOROWSKI, M. *Grundrechte als Prinzipien*. 2a. ed. Baden-Baden: Nomos, 2007, 304 y ss., con posteriores referencias.
- 40 Cfr., solamente a PIEROTH y SCHLINK. *Grundrechte-Staatsrecht II*, cit., número de apartado 183; qfr; además HERDEGEN, M. Art. 1, Abs. 3 GG. En MAUNZ, T. y DÜRIG, G., cit., número de apartado 64 y ss. Relativo al problema de la Drittwirkung bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos véase, en el mismo sentido, GRABENWARTER, C. *Europäische Menschenrechtskonvention*. 3a. ed. Múnich/Basel/Vienna: C.H. Beck, 2008, § 19, número de apartado 15.
- 41 Usualmente se habla realmente de deberes de protección constitucional, cuando el Estado afecta un deber correspondiente y la lesión de este deber puede ser atacada de manera exitosa como una lesión a los derechos fundamentales por medio del recurso de inconstitucionalidad. Le deviene entonces al individuo un derecho correspondiente a un derecho de protección constitucional. Cfr., relativo a la terminología también, Borowski. *Grundrechte als Prinzipien*, cit., 294.
- 42 Véase ya *Supra* nota 18.

- 43 Cfr., también RUFNER. *Grundrechtsadressaten*, cit., número de apartado 59 y 64, el cual ve también al legislador, junto al juez, como destinatario de los derechos fundamentales en el sentido de la *Drittewirkung*.
- 44 VGH KASSEL, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 336 y ss.
- 45 Esto es aplicable no solamente para la discusión alemana, sino mucho más allá. De especial mención, se ha empleado el término en alemán de *Drittewirkung* de manera literal no pocas veces en la discusión de habla inglesa, cfr, solamente OVEY, C. y C. A. WHITE, R. Jacobs & White -*The European Convention on Human Rights*. 4a. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006, 51, con posteriores referencias.
- 46 Relativo a la terminología véase, en lugar de varios, STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., 1513 y ss.
- 47 Naturalmente cuentan los derechos fundamentales con su efecto vertical también entre el Estado y el segundo particular.
- 48 NIPPERDEY. *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 24: "Sería correcto, hablar del indudable efecto absoluto de los derechos fundamentales".
- 49 En cuanto a la relación de normas y de las situaciones jurídicas por ellas garantizadas véase, BOROWSKI. *Grundrechte als Prinzipien*, cit., 24, referencia 24.
- 50 Relativo al establecimiento autoritativo véase, ALEXY, R. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4a. ed. Friburgo/Múnich: Alber Karl, 2005, 142 y ss.; KOLLER, P. *Theorie des Rechts*. 2a. ed. Viena/Colonia/Weimar: Böhlau, 1997, 25.
- 51 Sobre la eficacia social, véase, ALEXY. *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., 139 y ss.; KOLLER. *Theorie des Rechts*, cit., 24.
- 52 Cfr., relativo la tesis positivista excluyente, ALEXY. *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., 15; KOLLER. *Theorie des Rechts*, cit., 31.
- 53 Cfr., relativo a la tesis naturalista de la vinculación, ALEXY. *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., 17; KOLLER. *Theorie des Rechts*, cit., p. 31.
- 54 Relativo a esta vinculación objetiva débil entre los derechos fundamentales y derechos humanos morales, véase, BOROWSKI. *Die Glaubens und Gewissenfreiheit des Grundgesetzes*, cit., 92 y ss.; BOROWSKI, M. *Classifying and Qualifying Properties of Fundamental Rights*. En Ollero, A. *Human Rights and Ethics*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007, 37-35 (40 y ss.).
- 55 Sobre la pretensión de corrección, véase, sobre todo, ALEXY, R. *LAW AND CORRECTNESS*. En FREEMAN, M.D.A. *Legal Theory at the End of the Millennium*. Oxford: Oxford University Press, 1998, 205-221 (205 y s.); ALEXY, R. *An Answer to Joseph Raz*. En PAVLAKOS, G. *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, 37-55 (37 y ss.).
- 56 Sobre esta sistematización, cfr, también BOROWSKI. *Die Glaubens- und Gewissenfreiheit des Grundgesetzes*, cit., 87 con posteriores referencias.
- 57 Relativo a este concepto de los derechos humanos véase también, BOROWSKI, M. *Discourse Theory in International Law - Human Rights Through Discourse*. En *German Yearbook of International Law*. Berlín: Duncker & Humblot, N° 44, 2001, 38-71 (42 y ss.); BOROWSKI. *Die Glaubens- und Gewissenfreiheit des Grundgesetzes*, cit., 85 y ss.; el anterior con posteriores referencias.
- 58 Lo que no implica decisivamente separar la dimensión moral de la jurídica. Los derechos fundamentales internacionales y supranacionales pueden ser caracterizados por ello como "derechos humanos". Esto apunta, sin ninguna duda, hacia algo correcto, que no puede ser eliminado el contenido moral de los derechos humanos por su transformación en derechos fundamentales. Se incorpora más que una razón de validez moral, una razón de validez jurídica. Cfr., sobre esto, BOROWSKI. *Die Glaubens und Gewissenfreiheit des Grundgesetzes*, cit., 95; BOROWSKI. *Classifying and Qualifying Properties of Fundamental Rights*. cit., 38.
- 59 Cfr., por ejemplo, KONRAD, H. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., número de apartado 284; MAUNZ, T. y

- ZIPPELIUS, R. *Deutsches Staatsrecht*. 30a. ed. Múnich: C.H. Beck, 1998, pp. 144 y ss. Debido a que el concepto de "alemán", en el sentido del art. 116, párr. 1 de la Ley Fundamental, no abarca solamente la ciudadanía alemana, resulta ser muy angosto el concepto de "derechos ciudadanos" bajo la Ley Fundamental alemana.
- 60 Cfr., solamente, STERN. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., 1016 y ss.
- 61 Relativo a la corrección como criterio general de validez, véase, ALEXY, R. *Infra* nota 64, p. 249; BOROWSKI. *Die Glaubens und Gewissenfreiheit des Grundgesetzes*, cit., 85 y ss.
- 62 Cfr., MACINTYRE, A. *After Virtue*. 2a. ed. *Notre Dame: University of Notre Dame Press*, 1985, 69: "[T]here are no such rights, and belief in them is one with the belief in witches and unicorns".
- 63 Esta falta de claridad es la razón principal por la que plantea problemas serios la vinculación objetiva fuerte entre los derechos humanos, como derechos morales, y los derechos fundamentales -es decir, son los derechos fundamentales objetivamente producto de la transformación de derecho humano en derechos fundamentales. Cuando uno no puede ciertamente saber, si los derechos humanos existen y cuál contenido presentan, tampoco puede uno saber, si y qué tanto una disposición legal es un derecho humano transformado. La inseguridad respecto a los derechos humanos sería en gran medida trasladada a los derechos fundamentales, cfr., sobre esto, BOROWSKI. *Die Glaubens- und Gewissenfreiheit des Grundgesetzes*, cit., 92 y ss.; BOROWSKI. *Classifying and Qualifying Properties of Fundamental Rights*, cit., 39 y ss.
- 64 Respecto al mandato moral de transformación de los derechos humanos como derechos morales, cfr., solamente TUGENDHAT, E. *Vorlesung über Ethik*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, am Main, 1993, 349; ALEXY, R. *Die Institutionalisierung der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat*. En Gosepath, S. y Lohmann, G. *Philosophie der Menschenrechte*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1998, 244-264 (255); BOROWSKI. *Die Glaubens- und Gewissenfreiheit des Grundgesetzes*, cit., 96 y ss. Este mandato moral se refleja también a nivel del derecho internacional por medio del art. 28 de la *Declaración General de los Derechos Humanos*, cfr., sobre esto, BOROWSKI. *Die Glaubens und Gewissenfreiheit des Grundgesetzes*, cit., 96, referencia 54. Contra el mandato moral de la transformación de derechos morales y por un mero postulado racional de interés propio. En contra, LOHMANN, G. *Menschenrechte zwischen Moral und Recht*. En Gosepath, S. y Lohmann, G. *Philosophie der Menschenrechte*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1998, 62-95 (90).
- 65 Cfr., solamente KOLLER, P. *Der Geltungsbereich der Menschenrechte*. En GOSEPATH, S. y LOHMANN, G. *Philosophie der Menschenrechte*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1998, pp. 96-122 (pp. 100 y ss.); ALEXY, R. *Die Institutionalisierung der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, cit., 248; RIEDEL, E. *Menschenrechte der dritten Dimension*. En *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*. Kehl am Rhein: N.P. Engel Verlag, 1989, 9-21 (10).
- 66 Hay razones a favor para que, desde una perspectiva jurídica de los derechos humanos, tenga prioridad el bien protegido frente a la dirección de la protección. Cuando A tiene, desde una perspectiva moral, un interés urgente a la integridad física, entonces tiene prioridad el bien jurídico de integridad física. Es entonces realmente secundario, si peligran daños de este bien jurídico de A por medio de acciones positivas de la persona B (derechos negativos o de defensa) o también por medio de una omisión de B de proteger de dichos peligros, ocasionados por las acciones de C, al portador del derecho humano A (derechos positivos o de prestación en forma de derechos de protección). Cuando de alguna forma consista en un bien protegido, será protegido comprensivamente, sin importar desde que dirección peligra e independientemente de si es necesario para su prevención de una omisión o

un acto positivo. Hasta qué grado puede ser ejercido el derecho humano en esta dirección, en la respectiva colisión de derechos y bienes, es sin duda una cuestión de libre contenido argumentativo.

- 67 Esto es válido, sin embargo, en tanto se cumplan todos los requisitos del supuesto de hecho para el surgimiento de un deber de protección del derecho humano.
- 68 El paso de deberes *prima facie* a deberes definitivos se reduce al sentido de, o no se mandata ningún acto o el destinatario del deber puede elegir entre una clase de actos, pero no puede permanecer pasivo. *Cfr.*, relativo a la concretización de deberes de actuación *prima facie* a deberes definitivo por medio de la ponderación, BOROWSKI. *Grundrechte als Prinzipien*, cit., 176 y ss.
- 69 El aspecto de la plenitud fáctica de poderes puede ser justificada, sin necesidad de una responsabilidad reforzada, a actores no estatales, cuando y en tanto estos posean una fuerza especial.
- 70 Respecto de la concretización de deberes *prima facie* a deberes definitivos, véase ya nota 68.
- 71 *Cfr.*, respecto a esto, en lugar de varios, ISENSEE, J. *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin/New York: De Gruyter, 1983, 21 y ss.
- 72 *Cfr.*, sobre este cambio estructural, también, ALEXY. *Die Institutionalisierung der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, cit., 260; BOROWSKI. *Discourse Theory in International Law - Human Rights through Discourse*, cit., 46; BOROWSKI. *Die Glaubens- und Gewissenfreiheit des Grundgesetzes*, cit., 95; BOROWSKI. *Classifying and Qualifying Properties of Fundamental Rights*. cit., 41.
- \* Para citar el artículo: BOROWSKI, M. *La Drittewirkung ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 45, enero-abril de 2020, pp. 3-27. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.01>
- \*\* Texto original en alemán en: BOROWSKI, M. *Die Drittewirkung vor dem Hintergrund der Transformation moralischer Menschenrechte in Grundrechte*. En SANDKÜHLER, H. J. *Menschenrechte in die Zukunft denken*. Baden-Baden: Nomos, 2009, 109-126. Traducción de Arnulfo Daniel Mateos Durán, doctorando en derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Karl-Ruprecht de Heidelberg, Alemania. ORCID: 0000-0002-2874-5288. Revisión de Alejandro Nava Tovar. ORCID: 0000-0002-5770-5998.